

indice

editoriale

- 565 CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Riflessione generale sulla “Italian Jobs (Insecurity) Act”: verso un rozzo e liberale diritto “produttivista del lavoro”

saggi

- 575 DONATA GOTTARDI
Ultima chiamata per il sistema dualistico: partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema
- 611 ROSA CASILLO
Profili di (in)sostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia
- 637 MATTEO CORTI
La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?
- 663 STELLA LAFORGIA
L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014: la riforma del sistema di relazioni sindacali e il principio di maggioranza
- 693 CHIARA LAZZARI
Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92
- 719 GIUSEPPE MELI
Clausole sociali. Fair-outsourcing delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)

giurisprudenza

- 743 MARIO CERBONE
*La nozione di mobbing nella giurisprudenza di legittimità
(Commento a Corte di Cassazione 17 gennaio 2014 n. 898)*

osservatorio

- 763 MARCO BIASI
*La (a)causalità del contratto a termine in Europa. Riflessioni comparative sulle
novità in Italia*

lavoro e... cinema

- 789 STEFANO RODOTÀ
Quel film sul lavoro e la dignità da ritrovare

793 *Notizie sugli autori*

795 *Abbreviazioni*

811 *Errata corrige*

813 *Indice annata 2014*

821 *Indice autori 2014*

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

Anna ALAIMO, Edoardo ALES, Tania BAZZANI, Marco BIASI, Rosa CASILLO, Mario CERBONE, Matteo CORTI, Massimiliano DELFINO, Maria Dolores FERRARA, Umberto GARGIULO, Domenico GAROFALO, Donata GOTTARDI, Stella LAFORGIA, Chiara LAZZARI, Giuseppe MELI, Claudia MURENA, Raoul C.D. NACAMULLI, Riccardo SALOMONE, Raffaello SANTAGATA DE CASTRO, Rosario SANTUCCI, Laura TEBANO

Il referaggio è stato effettuato da:

Edoardo ALES, Gian Guido BALANDI, Marzia BARBERA, Alessandro BELLA-VISTA, Mimmo CARRIERI, Maximilian FUCHS, Jeffrey KENNER, Donata GOTTARDI, Vincenzo LUCIANI, Mariella MAGNANI, Arturo MARESCA, Luigi MARIUCCI, Paolo PASCUCCHI, Roberto ROMEI, Maurizio RICCI, Umberto ROMAGNOLI, Antonio VISCOMI, Carlo ZOLI, Antonello ZOPPOLI

table of contents

editorial

- 565 CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
General reflections on the “Italian Jobs (Insecurity) Act”: towards a rough and liberal labour “productivist law”

articles

- 575 DONATA GOTTARDI
Last call for the two-tier system: workers’ denied participation and systemic risks
- 611 ROSA CASILLO
Aspects of social and legal (un)sustainability within the current old age pension system
- 637 MATTEO CORTI
The new law on minimum wage in Germany: decline or revival of collective bargaining?
- 663 STELLA LAFORGIA
The national multi-industry Agreement of January 10, 2014: the reform of the industrial relations system and the principle of majority
- 693 CHIARA LAZZARI
Defects of form in the dismissal after the Law 28 June 2012 n. 92
- 719 GIUSEPPE MELI
Social clauses. The public services fair-outsourcing and the proportionality paradigm (Part I)

case law

- 743 MARIO CERBONE
The notion of mobbing according to the Supreme Court
(Note to judgement of Corte di Cassazione 17 January 2014 n. 898)

observatory

- 763 MARCO BIASI
The (lack of) justification in the Fixed-Term Employment Contract in Europe: comparative remarks on the recent developments in the Italian scenario

labour and... movies

- 789 STEFANO RODOTÀ
A movie about work and the need of recovering dignity

793 *Authors' information*

795 *Abbreviations*

811 *Errata corrige*

813 *Table of contents 2014*

821 *Table of authors 2014*

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

Anna ALAIMO, Edoardo ALES, Tania BAZZANI, Marco BIASI, Rosa CASILLO, Mario CERBONE, Matteo CORTI, Massimiliano DELFINO, Maria Dolores FERRARA, Umberto GARGIULO, Domenico GAROFALO, Donata GOTTARDI, Stella LAFORGIA, Chiara LAZZARI, Giuseppe MELI, Claudia MURENA, Raoul C.D. NACAMULLI, Riccardo SALOMONE, Raffaello SANTAGATA DE CASTRO, Rosario SANTUCCI, Laura TEBANO

The referees have been:

Edoardo ALES, Gian Guido BALANDI, Marzia BARBERA, Alessandro BELLA-VISTA, Mimmo CARRIERI, Maximilian FUCHS, Jeffrey KENNER, Donata GOTTARDI, Vincenzo LUCIANI, Mariella MAGNANI, Arturo MARESCA, Luigi MARIUCCI, Paolo PASCUCCI, Roberto ROMEI, Maurizio RICCI, Umberto ROMAGNOLI, Antonio VISCOMI, Carlo ZOLI, Antonello ZOPPOLI

Cristóbal Molina Navarrete

Riflessione generale sulla “Italian Jobs (Insecurity) Act”:
verso un rozzo e liberale diritto
“produttivista del lavoro”*

*“Si quemáis el papel,
no quemáis el pensamiento a él confiado,
y menos aún el que está en mi cerebro”*

*“Anche se brucerai la carta,
non brucerai il pensiero ivi affidato,
e meno anche quello che abita nel mio cervello”*

IBN HAZM, el mejor poeta cordobés andalusí. Siglo X

1. Por encima de la creciente seducción de las palabras, auténticas “fórmulas mágicas” de la ciencias económicas y empresariales actuales, más cautivadoras si se enuncian en inglés pero igual de vacías de valores que si se expresan en lengua vernácula, como “*flexsecurity*”, “*Jobs Act*”, “*empleability*” (“impiegabilità”), hay una análoga orientación de política jurídica: la reforma del mercado de trabajo nacional, impuesta por “recomendación” del nuevo modelo de gobernanza económica comunitaria, debe devaluar internamente los derechos laborales – y de seguridad social – para favorecer una mayor creación de empleo, aunque este ya sea de mucha menos calidad protectora. La “inseguridad del puesto de trabajo” (“*Job Insecurity*”) es la moneda de cambio – el precio a pagar – para el aumento de empleos (“*empleability*”). Diversos países del Sur de Europa han asumido este falso intercambio, muy presionados por sus problemas financieros. Se impone con ello la lógica pa-

* La versione italiana del presente scritto sarà pubblicata sul sito dell'Editore, al link della Rivista, e sulla proiezione telematica disponibile alla pagina csdle.lex.unict.it.

trimonial del deudor – acreedor, primando la razón de éste sobre la de aquél, por encima de la lógica social de protección del contratante más débil, sobre la que se fundamentaron los Derecho del Trabajo europeos.

Primero fueron Grecia y Portugal, las que se vieron obligadas a reformas de esta guisa, luego fue España la que, junto a algún otro país del Norte de Europa, como Irlanda, asumió, de forma muy sumisa, este desmantelamiento de derechos laborales al servicio de mayor empleo. Ahora le ha llegado el turno a Italia, y también se está produciendo, con menor intensidad, en Francia, que hasta ahora parecía resistirse. En efecto, la mayoría de las personas sabemos que el principal problema de las economías europeas para mantener y crear más empleos es el de la asfixia financiera de las empresas, sobre todo de las pequeñas.

Por eso, la política de EEUU para salir de la crisis generando más empleo ha sido la de asegurar la financiación. En cambio, la Unión Económica, ha apostado por exigir profundas reformas estructurales, en especial de los mercados de trabajo, como condición para poder recibir ayudas financieras y recuperar, en lo posible, la competitividad perdida. Si se quiere analizar la reforma del corazón de las instituciones reguladoras del trabajo promovida por el “*paquete Poletti*” con mirada global es fácil darse cuenta de que el intercambio principal no es flexibilidad en la gestión empresarial por seguridad en la relación de protección en el mercado de trabajo, cuanto más bien de una promesa – incierta – de más empleos por una constatable inseguridad en el trabajo. En efecto, creo que sería mucho más apropiado hablar de la “*Italian Jobs Insecurity Act*”.

A mi juicio, compartiendo la crítica de algunos de los más célebres juristas italianos del trabajo (Rusciano, Romagnoli), hay en ella más ideología que razón – económica y jurídica –, más política que técnica – jurídica –. Como la griega, la portuguesa y la española, sin perjuicio de sus notables diferencias concretas, globalmente considerada, la “*Jobs Act*” implica una reforma autoritaria, regresiva e incoherente con el modelo social europeo de Derecho del Trabajo. Trataré de explicar, brevemente, las razones para tal valoración crítica.

2. Me parece “autoritaria” por el exceso de unilateralidad, de auto – referencialidad que presenta esta legislación de reforma de las instituciones angulares del Derecho italiano del Trabajo. De este modo, contrastaría gra-

vemente con el carácter pluralista y dialógico de la producción de las normas reguladoras de las relaciones de trabajo, pues el Derecho Laboral presenta como una señal de identidad principal un sistema complejo de fuentes, legislativas y extra – legislativas, convencionales y judiciales.

Primero, porque usa y abusa de la técnica de la delegación en el poder ejecutivo con fórmulas demasiado genéricas y abiertas – mandatos en blanco –, por lo que prima la posición de aquél respecto del legislativo. El resultado es una mayor inseguridad jurídica, generando amplias dudas de legitimidad constitucional, incluso internacional. La OIT ha reprobado esta técnica unilateral de reformas al Gobierno español, que se vale en exceso de la técnica del “Real Decreto Ley” – norma con valor legal pero del Poder Ejecutivo –; sorprendentemente ha sido avalada esta técnica por el Tribunal Constitucional español – S. 119/2014 –. Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales – CEDSE –, órgano máximo de garantía de la Carta Social Europea – CDE –, ha reprochado el uso de la misma técnica en las reformas griegas.

Segundo, porque ha prescindido, al igual que ha sucedido en las reformas laborales griega, portuguesa y española, de cualquier forma de diálogo social. La *Jobs Act* no sólo carece de cualquier forma de concertación social, sino que debilita el papel del sindicato en el sistema de fuentes de las relaciones de trabajo (F. Carinci, Liso), dejando un escaso papel a la contratación colectiva. De nuevo, la OIT ha considerado ilegítima esta opción para el caso de España, porque una reforma de tal calado requiere siempre de, al menos, consultas con las partes sociales¹, así como el CEDSE respecto de la reforma análoga griega. La doctrina de la OIT es seguida tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH – como por el CEDSE – caso Laval n. 85/2012 –.

Tercero, porque pretende recortar significativamente el espacio interpretativo de los Jueces, por considerar que éstos mantienen una lógica *de garantismo jurídico social* clásico, individual y colectivo, opuesta a la flexibilidad de gestión que precisaría la productividad. La “tiranía del valor de la productividad” exigiría reducir el control judicial material de las decisiones económicas, limitándose a un control de pura legalidad. También esta desconfianza hacia los jueces, reconocible en reformas precedentes pero reforzada en el decreto legislativo n. 34/2014 y más aún en la ley n. 78/2014,

¹ Vid. Informe 371, Caso número 2947, Consejo Administración de la OIT en su 320ª reunión, celebrada en mayo de 2014.

está presente en el resto de reformas nacionales marcadas por las recomendaciones económicas comunitarias. Como es sabido, se trata de una usual tentación del legislador, que se remonta a la aspiración burguesa y liberal decimonónica de la Codificación. Pero la experiencia enseña, en Italia (F. Carinci), en España (Valdés dal Rè) y en cualquier país con un Estado Constitucional de Derecho (Ferrajoli), que es imposible tal restricción en la práctica, además de ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, hoy reconocido también como un derecho fundamental comunitario. La Sala Social del Tribunal Supremo español, al igual que otras altas jurisdicciones europeas, ha corregido expresamente este intento, lo que está siendo objeto de fuertes críticas por las organizaciones económicas internacionales y, en cambio, de valoración positiva por la OIT y el CEDSE.

3. La reforma es también, entrando ya en el fondo, *regresiva*. Más que una reforma orientada a la, siempre necesaria modernización de las relaciones de trabajo, promoviendo su desarrollo, supone una clara involución, una vuelta atrás varias décadas, invirtiendo el sentido de una buena parte de las instituciones nucleares del Derecho italiano del Trabajo (Liso). Referiré dos ejemplos, muy conocidos para la prestigiosa doctrina italiana, para confirmarlo.

De un lado, la liberalización del requisito causal para los contratos temporales, sin más límite que el plazo máximo de tres años y un determinado porcentaje, supone una quiebra del principio de seguridad, que erosiona el derecho constitucional al trabajo, así como el Convenio n. 158 de la OIT, sin que haya razones estructurales, más allá de la coyuntura de empleo, que lo justifiquen. La flexibilidad de entrada desplaza la seguridad en el acceso al empleo. De otro, lo mismo sucede con las facilidades dadas para el despido, a fin de favorecer la flexibilidad de salida para el despido por causas de interés empresarial – económicas, técnicas, productivas u organizativas – y para el disciplinario, y en especial la novedad relativa al “contrato indefinido de tutelas crecientes” en relación con la antigüedad del servicio. Con ello, la “tutela real” se convierte en excepción y la “obligatoria” en regla, pero a costes cada vez menores: “*Se prima la relazione ...fra tutela reale e obbligatoria restava problematica... ora è affermata a piene lettere la natura di regola della tutela obbligatoria*” (F. Carinci).

En suma, se libera la posición de quien decide ya contratar ya despedir,

que ocupa una posición socio – económica más fuerte, reforzada jurídicamente, y se transfieren mayores riesgos al trabajador. Éste, además, debe hacerse más disponible y dócil para aumentar sus expectativas de empleabilidad. Las limitaciones establecidas, al mismo tiempo, al control del juez, potencia ese desequilibrio de poderes. La norma laboral deja de orientarse hacia la “ley del más débil” – principio de favor – para devenir cada vez más “ley del más fuerte” – principio pro empresario –, intentando justificar concretos sacrificios individuales por meras promesas de más empleo, en todo caso siempre de menos calidad.

No obstante, como escribiera a finales del siglo XIX un magnífico jurista francés, F. Géný, toda asignación de facultades que expresen autonomía de la voluntad, debe mostrarse dominada, cuando entra en tensión con derechos de otros sujetos, por un principio general que se manifiesta de una manera constante en el mundo jurídico, más en el social. Se trata, del principio del equilibrio de los intereses opuestos. Este principio no sólo debe ser una guía para el legislador, sino que debe constituir la pauta de la interpretación judicial, sobre todo si en juego hay derechos constitucionales, como es el caso, e incluso internacionales. Para ello, hay que reconocer los valores, derechos e intereses opuestos, evaluar su fuerza respectiva, pesar o ponderarlas en la balanza de la justicia, a fin de asegurar la primacía de los más importantes, según un criterio social, no sólo economicista; y, finalmente, establecer entre ellos el equilibrio deseado en el tiempo en que deben ser aplicados.

La normativa internacional refleja este principio y forma de proceder. Así se refleja en el art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea – TFUE –. También lo han aplicado algunos Tribunales Supremos nacionales, es el caso del español, e internacionales, en especial el CEDSE, para corregir los excesos de las reformas de devaluación de derechos laborales con las vagas promesas de mejorar las tasas de empleo, a cambio de rebajar su calidad. Con ello, advierten unos y otros, no se trata de dejar inaplicadas leyes nacionales como rebeldía del juez frente a la Ley, sino sencillamente como exigencia de responsabilidad y coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos sociales suscritos por Italia, o España, o Grecia.... Por eso, el CEDSE, en sus decisiones recientes respecto a Grecia, y también para España (conclusiones xx-3, 2014), sin llegar a garantizar un rígido principio de no regresividad de los derechos, sí recuerda que la CSE significa un compromiso jurídicamente significativo de progreso no sólo económico, sino social.

Se afirma que aquí el equilibrio, el intercambio, es una garantía de se-

guridad dinámica, porque lo que el trabajador pierde en seguridad en el trabajo lo ganaría en oportunidades de recolocación, primero porque tendría seguridad económica – una renta: políticas pasivas – y luego porque tendría servicios de recolocación – políticas activas –. Ahora bien, se trata más bien de un espejismo, una pura ilusión, una falacia. Lo explico con datos económicos y jurídicos.

Este tipo de intercambios procede de los países del norte de Europa, en los que siempre han tenido un desempleo bajo – por debajo del 7 por cien – y una fuerte presión fiscal para asegurar el pago de los servicios públicos. Pero en los países del Sur, sucede lo contrario, altas tasas de desempleo y baja capacidad de recaudación fiscal. En Italia, hay ahora más del 13,4 % del desempleo, que llega casi al 50 por cien para jóvenes. Mantiene una altísima tasa de evasión fiscal – como España – y su deuda llega al 135% del PIB, la segunda más elevada de la Unión Europea, solo por debajo de la de Grecia (176%), y muy superior a la de España. La Jobs Act establece como condición para la “seguridad en el mercado de trabajo” – inseguridad laboral, empleabilidad de mercado – que no haya un coste económico global superior al actual. Pero si son más los desempleados ¿cómo se va a hacer para mantener esa carga global?

Es manifiesto que, como ha ocurrido en España, lo que se hará es reducir la protección contributiva, primero, y luego redistribuirla entre otros conceptos de base universal, pero con menor intensidad protectora. La experiencia española enseña que se reduce la tasa de cobertura contributiva, se incrementa la disponibilidad para aceptar cualquier empleo ofrecido por unos, ineficientes, servicios públicos y se deteriora el patrimonio profesional.

La fiabilidad de un intercambio de este tipo – inseguridad en el trabajo por seguridad en la continuidad de un estatuto profesional de la persona (Supiot) –, pasa por asegurar tanto derechos incondicionados como fondos suficientes, en un contexto de mayor desempleo y mayor transferencia de riesgos desde la empresa a la sociedad. Pero las políticas de austeridad impuestas por Europa exigen un equilibrio financiero de las cuentas públicas que impiden que ese intercambio tenga los recursos necesarios, por lo que sólo es posible con la devaluación de los derechos sociales.

4. Pero es que, además, este tipo de reformas son *contradictorias* o *contra-productivas*, esto es, irracionales e incoherentes con los objetivos que dicen

perseguir. No comparto la opinión, siempre respetable, de los colegas – ni italianos ni españoles – que consideran que la eliminación de garantías laborales compensadas con fuertes incentivos fiscales cree más puestos de trabajo, porque reduce el coste del empleo, según el típico ideario liberal (Maresca). Una vez más, pondré un par de ejemplos.

En primer lugar, se ha recordado que la nueva legislación laboral de la crisis, según su inspiración liberal, elimina el principio de causalidad para los contratos a tiempo determinado. Pues bien, la experiencia española de hace tres décadas – 1984 – enseña que una opción de ese tipo – en España también se prescindió de causa y se limitó a 36 meses el máximo del contrato – tan sólo sirve para aumentar la precariedad en el empleo. En esa reforma está el origen de que España sea el país de la UE con más temporalidad. Por tanto, multiplica la dualidad de los mercados de trabajo. Cierto que crea empleo, pero muy voluble, de modo que al menor viento desfavorable se pierden muchos empleos, por eso España ha perdido tanto empleo en esta crisis. En segundo lugar, acogiendo un sucedáneo del célebre mito del contrato único, el citado contrato indefinido de tuteladas crecientes, se pretende fomentar el contrato indefinido con un coste menor, convirtiéndolo en regla común. Ahora bien, la experiencia española enseña, una vez más, que ese tipo de medidas, asentadas en multiplicar las modalidades contractuales y ampliar los incentivos fiscales, tan sólo tienen un efecto de sustitución de contratos, de modo que no se crea nuevo empleo verdadero, sino que los que ya se iban a crear se reconducen or las modalidades que ahora se incentiven. Por eso los economistas del trabajo lo llaman el “efecto de peso muerto”, que expresa el hecho de que se incentivan puestos de trabajo que se iban a crear de todas formas, aun en ausencia de incentivo.

Paradójicamente, este tipo de reformas – sucede lo mismo en la española – siempre remiten a otras reformas para “racionalizar”, tanto los tipos contractuales como los incentivos. La realidad es que a cada reforma crecen unos y otros, por tanto se abre un círculo vicioso, de remisiones sin fin. El efecto práctico, real, tangible, es que aumenta la inseguridad jurídica y también la segmentación de los mercados de trabajo, por tanto, la desigualdad. España, como Italia, ven crecer peligrosamente sus tasas de pobreza, incluso de aquellos que tienen empleo, que no propiamente trabajo decente. Se difunden los “trabajadores pobres”, un fenómeno antes sólo de EEUU y Reino Unido, se decía.

5. El resultado final, globalmente valorado, es que este tipo de reformas – al igual que la española, la portuguesa, e incluso la griega, aunque esta comparación sea incómoda para los españoles, y para los italianos, pero es inevitable – no suponen una modificación más de las normas laborales, habituadas a experimentar – sufrir – continuos cambios. Aquí hay algo más profundo. En la reforma italiana laboral que valoro globalmente, por la amable invitación de mi querido amigo y colega Marco Esposito – al que agradezco esta oportunidad de volver a escribir un artículo también en italiano, evocando mi paso hace más de 30 años por la Universidad de Bolonia –, al igual que en la española, y por encima de ciertas diferencias de medidas concretas, hay escrito un cambio cultural, una deconstrucción, sino una auténtica desestructuración, muy profunda del orden jurídico – laboral y la búsqueda de un modelo diferente. Se dice que se trata de modernizar el viejo y caduco sistema, pero en realidad supone, por lo dicho, una vuelta al pasado. Las reformas de los mercados impuestas por la “tiranía del valor” de la productividad y por el “principio del ajuste total de mercado” (Supiot) llevan el germen de una nueva época, impulsan un “cambio de las dos almas” del Derecho clásico del Trabajo.

Así, en el plano jurídico, el “alma constitucional” muta por otra típicamente “civil”, y en el plano sociológico, el “alma social” cambia por la propia del “*homo economicus*”. La lógica o razones del mercado tienden a triunfar sobre las razones de la persona, invirtiendo la norma laboral clásica su papel redistributivo para potenciar su función productiva (Treu). Para eso no duda en convertirse en el instrumento de transferencia de los riesgos de empresa, típicos del empresario según el esquema clásico de la economía de mercado, al trabajador y a la sociedad en general – socialización de los riesgos –, al tiempo que se transfiere rentas desde el trabajo – ciudadanía – al capital – beneficios –, para asegurar la rentabilidad de las inversiones.

El Gobierno italiano no esconde este vuelco. Como en 2012 el Gobierno español, ahora es Italia la que quiere presentarse como el mejor alumno de las políticas de reformas liberales exigido por el nuevo modelo de crecimiento económico impuesto por la austeridad alemana a los Estados deudores. La historia se repite. Cuando la reforma laboral española se preparaba, el Ministro de Economía y Competitividad, se mostró orgulloso ante sus colegas europeos por la intensidad de sus reformas, que seguro le traería una huelga general, como así sucedió. Ahora, es el homólogo Ministro italiano, Pier Carlo Padoan, quien, antiguo alto cargo del Fondo Monetario In-

ternacional – FMI –, saca pecho con ese mismo efecto de la “*Jobs Act*” y no tiene ningún reparo en mostrar en público su satisfacción: “La huelga es la señal de que vamos en la dirección correcta. Los sindicatos se han dado cuenta y, gracias a esta huelga, también Europa comprobará que el Gobierno italiano está haciendo lo que tiene que hacer”.

Después, cuando ya se puso en marcha la reforma laboral, la canciller alemana felicitó al presidente del Gobierno español por un cambio tan sustancial de las reglas jurídicas sobre el mercado de trabajo. Y ahora, el presidente español pregona por todo el mundo las virtudes de esa reforma, pese a que mantiene más de un 23 por cien de desempleo – análogo al de la reforma dos años después –, habiendo empeorado notablemente la calidad de esos empleos. Con esa reforma, y con un crecimiento estimado para España del 20 por cien, sólo en el 2019 sería posible volver a situaciones similares de desempleo anteriores a la crisis – un 10 por cien de desempleo –. Pues bien, ahora es el primer ministro italiano, Renzi, el que ha sido felicitado, durante el Foro económico de Davos, por la canciller alemana Angela Merkel, que reconocía satisfecha: “*Por fin, también Italia está haciendo las reformas*”.

El despegue económico, pues, se ha iniciado, aunque para ello haya sido “necesario” un sésimo en el Derecho clásico del Trabajo. Las críticas a esta mutación constitucional de hecho suelen reconducirse expresando las dudas de constitucionalidad de la reforma y, al tiempo, reclamando los recursos ante los Tribunales Constitucionales nacionales. Sin embargo, esta es una vía de defensa del orden constitucional e internacional de valores poco segura, como prueba la diversidad de orientaciones. En Portugal sí ha tenido éxito, si bien la política se encarga de vaciar de efectos prácticos los límites puestos por los jueces. Pero en España, el TCO ha asumido plenamente este tipo de reformas, sin reparo alguno, al menos por la mayoría del Tribunal, pues algunos Magistrados expresan votos particulares.

Por eso, es más prometedor y eficaz el camino de implicar a los jueces nacionales en una labor de corrección, e incluso inaplicación, de las Leyes de reforma nacionales a través de la invocación de las normas internacionales, que son de aplicación preferente. Para eso hay que tener en cuenta la doctrina fijada por sus órganos de garantía, más que el TJUE, o el TEDH, el CEDSE. La defensa del empleo y de la productividad, valores a tener en cuenta en el actual Derecho del Trabajo, no puede hacerse a costa de la institucionalización de la inseguridad laboral. De lo contrario, estaremos ante una evolución que se deja el futuro a las espaldas.

En última instancia, no sólo el legislador es falible, sino que no tiene la última palabra. Buena prueba de ello, es que el Comité Europeo de Derechos Sociales y económicos - CEDSE - acaba - diciembre de 2014 - de declarar contrarios a la CSE varias medidas de reforma laboral (conclusiones xx-3, 2014). Ahora toca no sólo a la doctrina científica - función crítica -, sino también y sobre todo a los jueces promover una racionalización de este proceso de devaluación de los derechos laborales fundamentales. A tal fin, desmantelados una parte significativa, no toda por supuesto, de las garantías en el orden nacional, es necesario desarrollar un principio de civilización jurídico-laboral, no sólo europeo - reivindicación del espíritu y la letra de la Carta Social Europea -, sino internacional - principios de la OIT o "espíritu de Filadelfia" (Supiot) -. En él queda claro que la inseguridad en el trabajo y su empobrecimiento no puede ser la moneda de cambio para crear más empleo, porque el trabajo no es una mercancía, tampoco sólo un recurso productivo, es un derecho humano fundamental y un valor esencial para una sociedad civilizada y decente. En definitiva, y como escribiera un gran jurista normativo-realista:

“Vivimos en medio de incertidumbres entre las cuales debemos elegir; la ley puede limitar nuestras posibilidades de elección, pero no podría elegir por nosotros” (Hart).

Donata Gottardi

**Ultima chiamata per il sistema dualistico:
partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema**

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Le origini riconosciute a livello nazionale ed europeo: l'articolo 46 della Costituzione e la normativa sulla SE e sulla SCE. **3.** Il sistema dualistico e la partecipazione alla gestione. **4.** Il sistema dualistico nella riforma societaria e la sua crisi. **5.** La composizione del consiglio di sorveglianza e gli ostacoli alla partecipazione. **6.** Alla ricerca della nozione di indipendenza. **7.** La disciplina speciale per le società quotate e le banche e l'indipendenza come assenza di conflitto di interessi. **8.** Le funzioni di indirizzo e di supervisione strategica, con particolare riferimento alle banche. **9.** Le funzioni di controllo. **10.** Sistema dualistico e partecipazione azionaria dei lavoratori. **11.** Le possibili vie d'uscita: i progetti di riforma e il ruolo della contrattazione collettiva. **12.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Negli ultimi anni si assiste a una ripresa di attenzione da parte della dottrina giuslavoristica¹ al tema della partecipazione dei lavoratori nelle imprese o, meglio, del loro coinvolgimento, secondo il termine ampio di origine unionale. Le analisi sono volte a considerare le molteplici forme in cui può realizzarsi, e spesso introducono preliminari chiarimenti di ordine metodologico e definitorio, soprattutto al fine di operare la distinzione

¹ Da ultimo ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-219/2014; ALES, *quale futuro per il modello partecipativo in Italia?*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37; BIASI, *Il nodo della partecipazione dei lavoratori in Italia. Evoluzione e prospettive nel confronto con il modello tedesco ed europeo*, Egea, 2013; ZOLI, *La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*, in questa rivista, 2013, p. 557; CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza dei lavoratori*, Vita e pensiero, 2012; ARRIGO, CASALE (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori. Rassegna comparata di nozioni e normative*, Eidos/Ediesse, 2011.

interna tra forme ‘deboli’ e forme ‘forti’, quasi sempre analizzate partitamente².

Il presente lavoro intende inserirsi in questo dibattito, condividendo la necessità di rilanciare una prospettiva regolativa inclusiva, che non separi il versante della partecipazione dalla rappresentanza, dalla contrattazione collettiva e dallo sciopero. È il progetto, da ultimo, elaborato e presentato dalla rivista *Diritti Lavori Mercati* (su cui torneremo *infra*).

Lo spettro di analisi è però volutamente limitato, poiché si intende concentrare l’attenzione su un profilo specifico, che presenta singolari anomalie e una prospettiva evolutiva contrastata. Si tratta di verificare se e come sia possibile inserire rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori negli organismi societari e, in particolare, nel consiglio di sorveglianza, introdotto nel nostro ordinamento giuridico a partire dal 2003 con la riforma che ha adeguato i modelli societari al panorama dell’Unione europea (d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6).

Non rientra nell’oggetto di queste note nemmeno l’indicazione di chi sono o possono essere i rappresentanti negli organismi e per questo si continuerà ad utilizzare il termine generico di ‘rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori’, inclusivo anche degli esperti o amministratori indipendenti di loro promanazione³.

L’ambito di osservazione è, pertanto, ristretto, ma questa focalizzazione mirata pare idonea a una verifica che consenta di proiettarsi oltre l’ambito delle relazioni industriali, per tener conto di dati normativi solitamente trascurati o solo tralattiziamente evocati e che invece, come avremo modo di verificare, producono ricadute di notevole rilievo, costituendo barriere anziché promozione di prospettive partecipative per la rappresentanza dei lavoratori.

² In realtà questo approccio caratterizza tutte le fasi di interesse al tema che si sono succedute nel tempo. Si consideri che nel lontano 1981, MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell’impresa*, FrancoAngeli, inizia la sua analisi su ‘partecipazione, cogestione, controllo, democrazia industriale’, ricordando ‘i presupposti storici del dibattito sulla partecipazione in Italia’ e precisando che “la letteratura esistente in materia di democrazia industriale è ormai sterminata” (p. 7).

³ Si pensi alla suggestione di BAGLIONI, *Una proposta per la presenza del lavoro negli organi societari*, in *DLRI*, 2005, p. 483, ripresa nei lavori di GUARRIELLO, a partire da *Quale partecipazione dei lavoratori negli organi societari in Italia? La proposta Baglioni*, p. 495, e ora rilanciata da VELLA, *L’impresa e il lavoro: vecchi e nuovi paradigmi della partecipazione*, in *GCom*, 2013, I, p. 1120, e p. 1148.

Il tema scelto porta, in altri termini, a interrogarsi su come sia avvenuta e come si sia sviluppata – giuridicamente – l'introduzione del regime opzionale del c.d. 'sistema dualistico' degli organi societari. Quella che Guido Baglioni da più di un decennio inserisce nell'ambito della 'partecipazione strategica'⁴ o che, come più recentemente proposto, può essere individuata come 'partecipazione incisiva'⁵ od 'organica'⁶.

Come vedremo, il filo di queste note si dipana non tanto attorno alla nozione di partecipazione, quanto piuttosto alla composizione degli organismi e alla indipendenza dei componenti, nonché alle competenze gestionali, di indirizzo e di controllo. Un percorso relativamente inusuale per i giuslavoristi, ma che appare doveroso effettuare, mediante la scelta di introdurre l'analisi a partire dall'impianto e dalla verifica di alcuni contenuti della riforma societaria. Questo non significa sotto-ordinazione dei profili di diritto del lavoro al diritto commerciale⁷. Anzi. Significa semmai mettere in evidenza gli esiti negativi della scarsa attenzione a questi dedicata. Piuttosto sia guardata con tolleranza l'incursione che qui si realizzerà nei territori del diritto societario, incursione necessaria e fonte di interessanti verifiche, che portano a comprendere i limiti dell'attuale assetto ordinamentale e i possibili snodi su cui intervenire.

Prima di far questo occorre ricollegarsi alle origini e chiarire i termini della polarizzazione indotta dalla disciplina in materia di Società europea (SE) e di Società cooperativa europea (SCE).

2. *Le origini riconosciute a livello nazionale ed europeo: l'articolo 46 della Costituzione e la normativa sulla SE e sulla SCE*

Il nostro Paese si è presentato all'appuntamento con il portato di una storica dissociazione che ha le sue radici nel progetto costituzionale iscritto

⁴ Cfr. BAGLIONI, *Lavoro e decisioni nell'impresa*, il Mulino, 2001.

⁵ Cfr. CARRIERI, MILITELLO, *Il cammino incompiuto: i sindacati e la partecipazione incisiva*, in *Rassegna Astrid*, maggio 2014.

⁶ Come nella proposta della rivista DLM.

⁷ Troppo spesso la posizione della dottrina giuslavoristica è stata flebile. Cfr. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, relazione AIDLASS, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 17: "la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese ..., se entra in confronto con il diritto commerciale, poiché riguarda la struttura dell'impresa, appartiene indubbiamente anche al diritto del lavoro" (p. 48).

nell'articolo 46⁸. Se è vero che tutte le diverse forme e graduazioni del coinvolgimento dei lavoratori è compatibile con la disposizione costituzionale, è altrettanto vero che il disposto letterale – per quanto ingombrante sia stato, al punto da paralizzarne l'attuazione – si rivolge a un obiettivo su cui tornare a impegnarsi. È questo l'invito di alcuni attenti interpreti: “riaprire quel capitolo al quale ci invitavano i padri della Costituzione italiana”⁹.

Le radici, storicamente determinate, della riforma societaria e dell'introduzione anche nel nostro Paese di regimi alternativi rispetto a quello tradizionale, oltre che nel principio costituzionale, si rinvencono nella regolamentazione proveniente dalle istituzioni europee sulla SE¹⁰. È la stessa Relazione illustrativa al d.lgs. 6 del 2003, come costantemente ricordato da tutta la dottrina giuscommercialista che si è occupata del tema, ad affermare che il modello dualistico è “largamente ispirato ... soprattutto allo Statuto della Società europea”¹¹, così come disciplinato dal Regolamento, precisando che la scelta del legislatore è stata quella di astenersi da qualsiasi intervento sul profilo connesso della presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori negli organismi societari (il consiglio di sorveglianza).

Per parte gius-lavoristica, l'attenzione è stata invece dedicata alla prospettiva della partecipazione dei lavoratori aperta dalla coeva Direttiva che affianca e completa il Regolamento sulla SE. Ci si può qui limitare a fare riferimento alle analisi già ottimamente condotte in merito allo stato della disciplina¹², utilizzandone gli esiti, che hanno concordemente dimostrato: la titubanza delle istituzioni europee, al momento della emanazione del regio-

⁸ Ricostruisce il dibattito costituzionale e l'evoluzione storica successiva BIASI, *op. cit.*, p. 10 ss.

⁹ Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, relazione AIDLASS, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 89, in funzione non tanto di riequilibrio di relazioni conflittuali, quanto piuttosto del crescente individualismo dell'economia di mercato, con la supremazia della libertà di impresa e della tutela della concorrenza sui diritti sociali. Per questo è “necessario o addirittura indispensabile avere nelle imprese ... dei meccanismi partecipativi collettivi per dare equilibrio e coesione al sistema socio-economico” (p. 109).

¹⁰ Regolamento CE n. 2157/2001 e suo completamento per quanto riguarda profilo del ‘coinvolgimento’ dei lavoratori con la direttiva n. 2001/86/CE. A questa coppia, ha fatto seguito la disciplina della SCE con il Regolamento n. 2003/1435 e la correlata direttiva 2003/72/CE.

¹¹ *Relazione* al d.lgs. 6/03, pubblicata in *RSoc*, 2003, p. 126.

¹² In particolare le analisi di GUARRIELLO, tra cui, per tutte, il *Commentario alla direttiva 2001/86/CE*, in CORAPI, PERNAZZA (a cura di), *La società europea, Fonti comunitarie e modelli nazionali*, Giappichelli, 2011, p. 287, anche in *Quaderni Assonime*, maggio 2010.

lamento e della direttiva, e la reticenza nazionale, al momento del loro recepimento, ma anche la possibilità di cogliere le potenzialità insite in una definizione di partecipazione che fa espresso e diretto riferimento alla presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi societari¹³.

Come è noto, è proprio la direttiva che, in sede definitiva (art. 2), indica la partecipazione come “l’influenza dell’organo di rappresentanza dei lavoratori e/o dei lavoratori nelle attività di una società mediante il diritto di eleggere o designare alcuni dei membri dell’organo di vigilanza o di amministrazione della società o il diritto di raccomandare la designazione di alcuni o di tutti i membri dell’organo di vigilanza della società e/o di opporvisi” (lett. k).

Non pare revocabile in dubbio che il decreto di recepimento della direttiva sulla SE (d.lgs. 19 agosto 2005 n. 188) abbia tradito le attese, limitandosi a riprodurre le alternative possibili individuate dalle fonti di livello europeo (quasi una traduzione del testo più che una trasposizione, come del resto spesso capita): “il decreto legislativo di trasposizione della direttiva non scioglie quindi alcun nodo riguardo alla partecipazione dei lavoratori, sicché il nostro ordinamento resta ‘agnostico’ rispetto a questo tema”¹⁴.

La pressoché totale assenza di SE (e di SCE) nel nostro Paese – mentre a livello europeo i dati confermano una presenza significativa, sia pure caratterizzata dal fenomeno delle SE ‘vuote’, prive non solo di soluzioni partecipative, ma addirittura di lavoratori¹⁵ –, porta a ritenere preferibile un’analisi rivolta al solo versante della normativa nazionale in materia di assetti societari.

Resta sul punto da aggiungere solo un richiamo alle posizioni delle parti sociali in sede di emanazione dell’Avviso comune del 2 marzo 2005 per il recepimento della direttiva sulla SE per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori¹⁶. Il negoziato, come è noto, è stato lungo e faticoso,

¹³ Per una interessante serrata critica alle definizioni della direttiva, cfr. CATTERO, *Tra diritto e identità. La partecipazione dei lavoratori nel modello sociale europeo*, in *SL*, 2011, 123, p. 117 e p. 126 ss.

¹⁴ GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei alla società europea: una transizione difficile*, in FICARI (a cura di), *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, 2006, p. 127 e p. 142.

¹⁵ Cfr. GUARRIELLO, *Commentario alla direttiva*, cit., p. 322 ss., cui vanno aggiunte le SE ‘conchiglia’ (*shelf*), non solo senza dipendenti ma nemmeno operative. Cfr. CATTERO, *Figlia di un dio minore. Società per azioni europea (SE) e partecipazione a dieci anni dalla direttiva*, in *SD*, 2011, p. 75 e p. 76.

¹⁶ Le parti che hanno sottoscritto sono: dal lato dei datori di lavoro, Confindustria, Abi, Ania, Confcommercio, Confservizi, e dal lato dei lavoratori, Cgil, Cisl, Uil e anche UGL.

ma in quella occasione le confederazioni sindacali hanno indubbiamente “sciolto alcune storiche riserve in favore del modello dualistico di partecipazione”¹⁷. Non pare corretto, pertanto, continuare a utilizzare come paravento al mancato inserimento nel regime dualistico di meccanismi di partecipazione dei lavoratori la ritrosia delle o, meglio, di una delle confederazioni storiche dei lavoratori (la Cgil) su questo tema. Piuttosto questa va ascritta al fronte delle associazioni imprenditoriali e, in particolare, alla Confindustria. Lo dimostra il tenore letterale del documento, ma forse ancora di più la nota della Cgil¹⁸, in riferimento al documento congiunto di accompagnamento al testo, che valuta come risultato positivo dell’*intesa*, “la chiara opzione espressa dalle parti sociali in favore del ‘modello dualistico’ di società, ritenuto più idoneo ad esprimere le istanze di partecipazione dei lavoratori”, “in quanto prevede la netta distinzione dei compiti di gestione (consiglio di gestione) dai compiti di indirizzo (consiglio di sorveglianza), consentendo ai rappresentanti dei lavoratori, eletti o nominati nel consiglio di sorveglianza, di svolgere in quella sede un ruolo di influenza sulle strategie delle imprese, contribuendo positivamente a criteri più evoluti di trasparenza della *Governance*”¹⁹.

3. *Il sistema dualistico e la partecipazione alla gestione*

È passato poco più di un decennio dal decreto legislativo sulla riforma societaria, un periodo sufficiente per osservare lo sviluppo del sistema dualistico, ivi compresa una proiezione sul suo futuro, che si annuncia quanto mai compromesso²⁰, proprio quando – e senza che vi sia rapporto causale – se ne stanno scoprendo le potenzialità sul lato della partecipazione del sindacato e/o dei lavoratori.

Si osservi che non si intende utilizzare la nozione di cogestione, pur non

¹⁷ Ancora GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei*, cit., p. 143.

¹⁸ *Il recepimento della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella Società europea*, in www.cgil.it.

¹⁹ È la Cgil a lamentare che la c.d. riforma Vietti “**tace** del tutto sul/sui modello/i normativo/i idonei a dare corpo all’idea di partecipazione organica definita dalla normativa sulla Società europea, non fornendo alcuna indicazione al riguardo”.

²⁰ Nel Documento di consultazione su “Concorrenza fra sistemi di regole e vigilanza” e “Semplificazione regolamentare del mercato finanziario italiano” della CONSOB del 26 luglio 2011, risulta che, a fine 2010, nel nostro Paese erano solo 7 le società quotate che hanno adottato il sistema dualistico (e 3 quello monistico).

potendosi sottacere che sarebbe per tradizione congruente, soprattutto se si fa riferimento all'esperienza tedesca. È preferibile fare riferimento alla più ampia nozione di partecipazione alle decisioni o, meglio, di presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori nei luoghi in cui vengono assunte le decisioni, come è desumibile e auspicato dalla normativa proveniente dalle istituzioni europee. Questa è vero che si arresta alle porte delle scelte dei decisori nazionali, ma la spinta all'adozione del modello societario dualistico è innegabilmente collegata alla possibilità di inserire rappresentanti dei lavoratori negli organismi, costituendone questi l'ambiente giuridico propedeutico.

L'analisi che segue, come anticipato in premessa, è volta a verificare se sia possibile ipotizzare non solo un disinteresse, ma l'esistenza di vere e proprie barriere frapposte all'ingresso negli organismi societari di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori, superate le quali ci si trova comunque nelle maglie di una fitta rete di protezione, stesa per evitare una presenza quantitativamente più che simbolica ed in grado di esercitare una influenza sulla gestione non limitata al controllo formale e successivo²¹ (su cui *infra*).

Per questo mi pare non si possa parlare nel nostro Paese di meccanismi giuridici di 'co-gestione', ma nemmeno di (una più blanda) 'partecipazione alla gestione'. È da condividere, pertanto, la posizione di chi segnala la "sfasatura lessicale e concettuale" fra questa "e la tradizionale elaborazione teorico-dottrinale"²², sfasatura presente nella stessa legislazione nazionale, e nella sua applicazione regolamentare sugli assetti societari, impermeabile alle proposte di riforma in chiave partecipativa.

La partecipazione alla gestione delle imprese resta tuttora "la grande assente dal diritto sindacale"²³, assenza voluta, e determinata non – come troppo spesso pensiamo, guardandoci all'interno dei nostri confini di disciplina scientifica – dalle difficoltà della sua coesistenza con la cultura conflittuale che ha a lungo caratterizzato il nostro sistema di relazioni sindacali, quanto piuttosto dall'assetto normativo societario, che è stato approntato perseguendo la logica dei "circuiti separati"²⁴.

²¹ Si osservi che nel Codice di autodisciplina nelle società quotate, nella versione vigente adottata il dicembre 2011, si commenta, a proposito dei sindaci, che al collegio sindacale – e di conseguenza al consiglio di sorveglianza – spetta "un compito di vigilanza anche preventiva ... , che si traduce in una verifica sui processi" (commento all'art. 8. P.2).

²² Come suggerito da ALAIMO, *op. cit.*, p. 7.

²³ Così ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 93.

²⁴ Così ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 138.

Il regime opzionale dualistico non sembra rappresentare – almeno attualmente – una opportunità²⁵. O almeno, potrebbe esserlo, ma solo se affrontiamo la questione fino in fondo, collegando le analisi e le interpretazioni e condividendo gli obiettivi, in una prospettiva di indagini interdisciplinare. Lasciato a se stesso, come mero meccanismo alternativo e discrezionale di *Governance* societaria, è destinato a naufragare, rimanendo in vigore solo formalmente, privo di applicazioni significative nel panorama societario.

4. *Il sistema dualistico nella riforma societaria e la sua crisi*

Nell'introduzione ai lavori destinati all'analisi della riforma delle società di capitali, realizzata con il d.lgs. 6 del 2003²⁶, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 366 del 2001 (art. 4, co. 8), si individua tra i principi cardine quello della libertà di scelta da parte delle società in ordine a quale modello adottare: il tradizionale, il dualistico, il monistico. Larga parte della dottrina giuscommercialista sviluppa il richiamo alla regolamentazione proveniente dalle istituzioni europee in riferimento all'introduzione della SE proprio su questo piano: come modello di ispirazione, ma non tanto sul versante della partecipazione dei lavoratori, quanto piuttosto su quello della opzionalità dei regimi²⁷.

Per quanto riguarda il sistema dualistico, le disposizioni del codice civile si rinviengono nell'art. 2409 *octies* fino a *quinqüesdecies*. Particolare rilievo hanno però altre fonti, che dettano specifiche disposizioni per le società quotate, per le banche e per le cooperative. Le principali esperienze nazionali si rinviengono, infatti, nel settore bancario²⁸, soprattutto in occasione di ristrutturazioni.

²⁵ Blandamente acritica la posizione di OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva*, cit., secondo la quale “la recente riforma del diritto societario ..., pur non avendo disposto nulla sui modelli di partecipazione dei lavoratori, con l'introduzione della facoltà di scegliere, con gli statuti,” il modello “dualistico, ha offerto una *chance*” (p. 69).

²⁶ Successivamente più volte modificato.

²⁷ Così, ad esempio, CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Giappichelli, 2012, nella Introduzione (p. XVIII). Per la ricostruzione storica dell'elaborazione a livello di istituzioni europee e dei contenuti della disciplina in materia di SE la bibliografia è vastissima. Si veda per tutti GUARRIELLO, *Dalle prime proposte in tema di partecipazione all'attuale direttiva*, in BORDOGNA, GUARRIELLO (a cura di), *Aver voce in capitolo, Società europea e partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Edizioni Lavoro, 2003, p. 61.

²⁸ “Quello bancario è il settore dove più di altri ha attecchito il modello (se non altro per

turazioni e fusioni – per tutte, Banca Intesa e Banca Sanpaolo IMI – e di revisioni profonde della *Governance* – per tutte, Banca popolare di Milano –, a conferma “che il diritto bancario rimane un laboratorio di innovazione e sperimentazione per il resto dell’ordinamento societario”²⁹. Il numero è però sempre più esiguo: nello stesso settore, tre quotate e una non quotata³⁰.

Nei commenti della dottrina di diritto commerciale si cercano costantemente le ragioni del ‘mancato decollo’ e addirittura del ‘precoce abbandono’ dei regimi societari alternativi. Per quanto riguarda il sistema dualistico, queste sono individuate essenzialmente nella composizione pletorica, nella farraginosità del meccanismo decisionale, scarsamente efficiente, che ha determinato una opaca commistione e una moltiplicazione dei centri decisionali, con conseguente confusione di ruoli e responsabilità. A questo si aggiungano valutazioni più caustiche, come quella di chi ritiene il sistema dualistico italiano, “sotto più punti di vista, un congegno camaleontico”³¹.

Alcuni autori segnalano inoltre un difetto di conoscenza, accentuato dall’infelice formulazione normativa, che appare un ginepraio inestricabile, tra regole specifiche e rinvii al sistema tradizionale, che finiscono per assumere un ruolo di primazia; assenza di sufficiente coordinamento, con incremento esponenziale dei costi di transazione e di transizione; diffusa tendenza a ricondurre il consiglio di sorveglianza al collegio sindacale, evitando di mettere in evidenza le specificità e le potenzialità del regime dualistico³².

Altri criticano l’impianto normativo, osservando “che l’obiettivo di separare proprietà e potere allo scopo di garantire un esercizio professionale del secondo non può che dirsi mancato”. E questo soprattutto alla luce del confronto con il c.d. ‘modello tedesco’³³ e in particolare con la cogestione che vi fa da perno. “Nessuno potrà negare che, nel sistema dualistico italiano, fra soci e consiglio di sorveglianza non è in alcun modo garantita quella di-

le dimensioni delle banche interessate all’adozione di esso”. Così RIOLFO, *Il sistema dualistico*, Cedam, 2013, p. 899.

²⁹ Cfr. CERA, *Il sistema dualistico e l’ordinamento bancario*, in *RSoc*, 2008, p. 915, che arriva a parlare di co-gestione tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione (p. 918).

³⁰ Dal sito www.nedcommunity.

³¹ Così si apre l’analisi dedicata al tema di SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, in *Liber amicorum G. F. Campobasso*, diretto da ABBADESSA, PORTALE, vol. II, Utet, 2006, p. 685.

³² Così CARIELLO, *op. cit.*, p. XIX ss.

³³ Sia consentito in questa sede effettuare questa approssimazione e fare riferimento a un generico ‘modello tedesco’, ben consapevoli delle diverse articolazioni interne.

stanza di braccio che caratterizza il modello tedesco in conseguenza del regime della *Mitbestimmung* e che dà effettività all'idea della separazione fra proprietà e potere³⁴. È condivisa l'opinione che, come rinvenibile anche nella Relazione ministeriale alla riforma del diritto societario del 2003, il sistema dualistico si ispiri al modello tedesco, ma solo nello schema esteriore.

Le differenze più profonde³⁵ poggiano su due aspetti, ai nostri fini decisivi: la mancata previsione della presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza³⁶ e la possibilità di scegliere mediante statuto se affidare o meno la funzione di alta amministrazione e di indirizzo e, di conseguenza la funzione di supervisione strategica, al consiglio di sorveglianza.

5. *La composizione del consiglio di sorveglianza e gli ostacoli alla partecipazione*

La dottrina giuscommercialista volta a interpretare e commentare il sistema societario dualistico si limita, nella maggior parte dei casi³⁷, a registrare la scelta del legislatore nazionale di non seguire il modello tedesco di composizione del consiglio di sorveglianza, il cui tratto distintivo principale consiste nella presenza – più o meno significativa, ma mai maggioritaria – di rappresentanti dei lavoratori, in modo da realizzare la co-gestione. Significativo che questo risultato sia spesso riportato in via incidentale³⁸ e che la scelta non-includente in realtà sia il derivato di una singola disposizione (almeno apparentemente) escludente: quella secondo cui non possono essere eletti consiglieri

³⁴ Entrambe le citazioni di ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in ABBADESSA, CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e Governance bancaria*, Giappichelli, 2009, p. 2 e p. 3.

³⁵ Cfr. BIASI, *op. cit.*, pp. 107 e ss.

³⁶ Cfr. DEL SOLE, *Commento all'art. 2409 octies*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2010, p. 317 e p. 319.

³⁷ Con alcune significative eccezioni come, di recente, VELLA, *op. cit.*, p. 1120.

³⁸ Così CARIELLO, *op. cit.*, p. 6, nota 12: “la mancata previsione della cogestione nel diritto domestico costituisce una scelta consapevole e voluta del nostro legislatore”. In che modo esercitata? “Stanti le cause legali di ineleggibilità a consigliere di sorveglianza, i lavoratori sono ineleggibili nell'organo di vigilanza di s.p.a. italiane (quotate e non)”. In realtà nella parte di testo successiva dedicata ai ‘requisiti dei componenti’ l’A. modifica la sua posizione e sposta l’attenzione sui requisiti dell’indipendenza (p. 456 ss.).

di sorveglianza, e se eletti decadono, coloro che sono legati alla società o alle sue controllate “da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d’opera retribuita che ne compromettano l’indipendenza” (art. 2409-*duodecies*, co. 10, lett. c), cod. civ.). Il testo in origine, prima delle modifiche apportate con il d.lgs. 28 dicembre 2004 n. 310, era più generico e ricalcava la disciplina dei sindaci (art. 2399, co. 1, cod. civ.), facendo riferimento ad “altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l’indipendenza”. Si potrebbe osservare che la modifica apportata nel 2004 tenda a tipizzare i rapporti considerati ‘di lavoro’ con l’effetto, ad esempio, di includere la ‘consulenza continuativa’ e di escludere ‘l’associazione in partecipazione’, ma non è di questo che qui ci si intende occupare.

Solo una parte della dottrina giuscomercialista osserva che l’esistenza di un rapporto di lavoro continuativo non è condizione in sé di ineleggibilità, dipendendo questa dalla compromissione dell’indipendenza³⁹. A queste posizioni è da aggiungere quella di chi si interroga sulla possibile riferibilità della verifica dell’indipendenza solo alle collaborazioni e alle consulenze o anche ai rapporti di lavoro subordinato⁴⁰.

Ancora più minoritario risulta essere l’orientamento secondo il quale la formulazione della disposizione consente di introdurre una rappresentanza dei lavoratori, utilizzando come riscontro la normativa sulla partecipazione dei lavoratori nella gestione della SE⁴¹. Altri, commentando il regolamento comunitario sulla SE, hanno osservato che il rinvio per i requisiti soggettivi di eleggibilità alle legislazioni nazionali comporta, nel nostro Paese, un conflitto normativo: “palese è ... l’illogicità di una causa di ineleggibilità nata in un sistema che prevede la partecipazione dei lavoratori nel modello della SE che la consente” e suggerisce, inascoltato, di trovare soluzione in sede di attuazione della SE⁴².

³⁹ POMELLI, *Sull’indipendenza dei consiglieri di sorveglianza nei gruppi di società*, in *GComm*, 2008, I, p. 970 e p. 981.

⁴⁰ Così CAPRARA, *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Cedam, 2008: “occorre vedere se la clausola generale contenuta nell’ultima parte della disposizione sia da riferire a tutti i rapporti ivi indicati o solo ai rapporti d’opera e di consulenza, con riflessi non solo sul piano dell’indipendenza, ma anche su quella della possibilità, in taluni casi, di nomina anche di dipendenti del consiglio di sorveglianza” (p. 267, nt. 272).

⁴¹ Cfr. BREIDA, *Il modello dualistico*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, Zanichelli, 2008, p. 1157.

⁴² Così PERNAZZA, *Le norme comuni ai sistemi monistico e dualistico*, in CORAPI, PERNAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 216 e p. 220.

La dottrina dominante è, al contrario, orientata alla tesi genericamente limitativa: “rispetto ai modelli stranieri cui il legislatore italiano si è ispirato, non vi è alcuna previsione che consente l’accesso al consiglio di sorveglianza di rappresentanti dei lavoratori”. “La condizione di dipendente della società determina l’ineleggibilità per mancanza del requisito di indipendenza”⁴³.

In alcuni casi l’esclusione è basata sul tenore letterale del disposto normativo⁴⁴, in altri viene riferita alla prassi o comunque alla scelta a monte esercitata dal legislatore di esclusione del profilo della partecipazione dei lavoratori dall’impianto della riforma societaria, ritenendo irrilevante la questione⁴⁵. Quasi sempre, però, il confronto tra le posizioni dei giuscommercialisti è confinato in nota al testo e vi sono dedicati pochi cenni veloci.

Viene trascurato del tutto, anche da parte di chi si basa sul dato testuale, che se l’ineleggibilità dipendesse dal legame derivante da un rapporto lavorativo, di collaborazione o di consulenza, non sarebbe stato necessario il richiamo all’indipendenza. In altri termini, se la *ratio* della disposizione consistesse nel ritenere che non si è indipendenti in tanto in quanto prestatori di attività lavorativa in favore della società, non avrebbe alcun significato la formula utilizzata. Se la condizione lavorativa costituisse esclusione assoluta, non andava espresso il riferimento all’indipendenza. Aver introdotto la verifica della mancata compromissione dell’indipendenza, porta a concludere che si tratti di condizione relativa di ineleggibilità.

I giuslavoristi, per parte loro, hanno dedicato scarsa attenzione alla questione⁴⁶, con qualche rara eccezione. In un’analisi dedicata alla SE, Fausta Guarriello rileva, infatti, l’“evidente contrasto con la lettera e con lo spirito della normativa comunitaria”⁴⁷.

⁴³ JAEGER, DENOZZA, TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè, 2010, p. 406. Si veda anche SCHIUMA, *op. cit.*: “di tutte le incompatibilità che già accomunavano il consiglio di sorveglianza al collegio sindacale” la modifica apportata nel 2004 all’art. 2409 *duodecies*, co. 10, lett. c) “ha mantenuto proprio quella relativa ai rapporti di lavoro”.

⁴⁴ Cfr. GUACCERO, *Sub art. 2409/VIII-XV*, in NICCOLINI, STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), *Commentario Società di capitali*, Jovene, 2004, p. 887.

⁴⁵ Per RIOLFO, *op. cit.*, “in presenza di particolari ipotesi (per le quali non vi sia una compromissione dell’indipendenza) di rapporti di lavoro, il dipendente potrebbe anche sedere in consiglio di sorveglianza. Il che, per altro, è un falso problema: non è tanto la possibilità che il lavoratore venga nominato consigliere di sorveglianza che caratterizza il modello tedesco, ma quanto che i lavoratori stessi possano nominare loro ‘rappresentanti’ in consiglio” (p. 483, nt. 152).

⁴⁶ Rilevato acriticamente da BIASI, *op. cit.*, p. 224 e s.

⁴⁷ GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei*, cit., p. 141, nonché in *Quale partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 495.

La pericolosità della disposizione legislativa è colta nel documento sopra citato della Cgil sul recepimento della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori nella SE, in occasione della sottoscrizione dell'Avviso comune del marzo 2005⁴⁸. In questo commento si segnala con preoccupazione che la normativa prevede l'incompatibilità "con l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato, sia pure per qualifica dirigenziale". "Ove questa causa di inleggibilità non venisse rimossa, si assisterebbe all'evidente paradosso di consentire la partecipazione organica di rappresentanti dei lavoratori solo ove questi non siano dipendenti dalla società ... ma siano sindacalisti esterni o figure terze di esperti. L'ipotesi va valutata attentamente a causa dell'impropria funzione partecipativa che il sindacato verrebbe ad assumere. Senza considerare che uno dei tradizionali ostacoli posti da parte padronale alla partecipazione dei lavoratori è proprio il timore di un controllo sindacale della funzione partecipativa".

Si è ritenuto utile riportare per esteso questi passaggi perché alcuni rilievi meritano di essere ripresi e valutati. In particolare: l'implicita affermazione che l'ineleggibilità riguardi solo i 'dirigenti', ritenuti portatori, tra tutti i lavoratori, del minor grado di indipendenza; la quasi cinica minaccia delle conseguenze cui porterebbe una interpretazione restrittiva e cioè l'ingresso nel consiglio di sorveglianza di sindacalisti esterni, in una sorta di scambio a scacchiera di rappresentanti eletti nei diversi consigli di sorveglianza.

Il tema si presta ad attente riflessioni, data l'importanza ostativa rivestita nei confronti del profilo partecipativo oggetto di queste note.

6. *Alla ricerca della nozione di indipendenza*

La nozione di indipendenza ha portata determinante, ma gli interpreti sembrano essere tuttora impegnati nella difficile ricerca di soluzioni soddisfacenti. La maggior parte rileva come la sua determinazione avvenga essenzialmente con un processo 'in negativo', assemblando nel 'non essere' situazioni eterogenee dalle quali sembra derivarsi una sorta di presunzione assoluta di conflitto immanente, se pur potenziale, di interessi in ordine ovviamente non già ad uno specifico atto, ma all'attività. Occorrerebbe pertanto

⁴⁸ Per una ampia ricostruzione dei contenuti, degli obiettivi e dei problemi dell'avviso comune, si rinvia all'analisi di GUARRIELLO, *Commentario alla direttiva*, cit., p. 312 ss.

“cercare di individuare come fondamento dell’indipendenza un dato positivo”, ravvisato talora “nel valore di reputazione proprio del soggetto”⁴⁹. Si osservi che il Codice di autodisciplina per le società quotate (su cui *infra*), nel testo riformato adottato nel dicembre 2011, considera indipendenti i consiglieri “che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l’emittente o con soggetti legati all’emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l’autonomia di giudizio” (art. 3. P.1).

Tra le contraddizioni dell’impianto normativo vi è quella di inquadrare l’indipendenza come “mero requisito, ancorché essenziale, per l’assunzione della carica”, anziché considerarla “regola di condotta che trova sanzione e tutela sul piano della responsabilità”⁵⁰.

Si osservi, infine, che l’indipendenza sembra essere modulata a seconda dei casi e ritenuta necessaria in numerosità variabile, con riferimento a specifiche fattispecie. Non è richiesto dalla disciplina legislativa che tutti i componenti il consiglio di sorveglianza siano indipendenti. Il sesto comma dell’art. 2409 cod. civ. attribuisce allo statuto la possibilità di “subordinare l’assunzione della carica al possesso di particolari requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza”. L’indipendenza è, pertanto, un requisito richiesto ad un certo numero di consiglieri, ma non a tutti. Possiamo ipotizzare una sua doppia valenza: rilevante ma non necessario nella generalità dei casi, indispensabile in presenza di legame ‘lavorativo’ tra il componente il consiglio di sorveglianza e la società.

Acquisito questo risultato, l’analisi deve spostarsi nello specifico, interrogandosi sul significato dell’indipendenza per le persone legate alla società da un rapporto di lavoro, collaborazione o consulenza. Condivisibile risulta la posizione di chi ritiene indispensabile, al fine di sciogliere gli innumerevoli nodi problematici che la disposizione pone, fare riferimento alla sua *ratio*, che è quella di “evitare che chi, con la propria attività professionale, contri-

⁴⁹ Cfr. FERRO-LUZZI, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell’esercizio dell’impresa bancaria nel sistema dualistico*, in ABBADESSA, CESARINI, *op. cit.*, p. 145 e p. 151 ss.

⁵⁰ Cfr. CAPRARÀ, *op. cit.*, p. 53 ss., che segnala una lettura rigida e riduzionistica della dottrina, che non ha fatto emergere profilo e funzione dell’indipendenza. Dello stesso A. anche *La clausola generale dell’indipendenza: nozione e declinazioni operative*, in MERUZZI, TANTINI (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, Cedam, 2011, p. 294: “il nucleo centrale dell’intera disciplina” sta “nella completezza e correttezza delle informazioni. In altri termini, il paradigma normativo non può che essere quello che si fonda sull’assunzione della responsabilità per le informazioni fornite e le motivazioni date, nonché sulla adeguata e ponderata analisi delle informazioni ricevute” (p. 347 ss.).

buisca alla definizione delle politiche gestionali di quella società ... oppure che ne sia comunque coinvolto a titolo di consulente o dipendente, possa poi svolgere un'attività di controllo ... su quelle stesse politiche gestionali"⁵¹.

Il pensiero corre alla tradizione della nostra materia e alla teoria – che si condivide⁵² – in base alla quale è la doppia alienità la condizione identificativa del lavoro subordinato. In questa prospettiva sarebbe proprio il lavoratore subordinato ad essere il più indipendente dal datore di lavoro. Non risultano autori che si siano espressamente occupati della questione, salvo talora in maniera indiretta o incidentale⁵³. Un riferimento si trova nella nota prima riportata della Cgil, che effettua una distinzione, all'interno del lavoro subordinato, ritenendo proprio i dirigenti coloro che sono maggiormente a rischio di mancanza di indipendenza.

Se poi passiamo alle relazioni sindacali, la rappresentanza dei lavoratori non può che essere 'indipendente' dalla società, pena la riconduzione nel campo del 'sindacato di comodo' e l'applicazione della disciplina dello Statuto dei diritti dei lavoratori.

Per trovare coerenza normativa, l'indipendenza va considerata come assenza di conflitto di interessi in chiave dinamica che si basa sull'assunzione della responsabilità. Questo porta a distinguere i requisiti per la nomina (professionalità e onorabilità) dall'indipendenza come regola di comportamento⁵⁴, tenendo conto della funzione che si è chiamati a svolgere nell'organismo societario.

Supporto in tal senso proviene da testi dell'Unione europea. Lo si desume, in particolare, dal documento del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sui *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, nella versione più recente, adottata a settembre 2012, in cui, tra i criteri di valutazione, si cita la professionalità e l'onorabilità dei consiglieri ma non l'indipendenza e

⁵¹ Così RIOLFO, *op. cit.*, p. 484 ss., sia pure essenzialmente con riferimento ai collegamenti tra società, controllate e capogruppo.

⁵² Il Manuale di Massimo Roccella è ora curato e aggiornato da Fausta Guarriello e da chi scrive.

⁵³ Cfr. PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in *RDC*, 2013, I, p. 25, che riporta il dibattito della dottrina tedesca sul concetto di 'indipendenza' degli azionisti componenti del consiglio di sorveglianza. L'A. aggiunge una osservazione introdotta letteralmente tra parentesi: "(tenendo conto ... che in una situazione di costante conflitto di interessi si collocano i rappresentanti dei lavoratori che fanno parte dello stesso organo)" (p. 26).

⁵⁴ Si può fare riferimento a CAPRARA, *op. cit.*, in particolare pp. 144 e 151.

poi si chiede di verificare l'eventuale esistenza di conflitti di interessi (p. 28). Il principio ispiratore si rinviene nella Raccomandazione della Commissione del 15 febbraio 2005, *sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del consiglio di amministrazione o di sorveglianza* (su cui *infra*). Ci troviamo così proiettati nella disciplina speciale per le società quotate e per le banche.

7. *La disciplina speciale per le società quotate e le banche e l'indipendenza come assenza di conflitto di interessi*

La disciplina del consiglio di sorveglianza nelle società quotate presenta notevoli peculiarità proprio in tema di sua composizione, in quanto non si applica l'art. 2409-*duodecies*, decimo comma, cod. civ., ma una specifica disposizione sulla ineleggibilità che, nel punto che qui interessa, amplia lo spettro facendo riferimento a “rapporti di lavoro autonomo o subordinato ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o professionale che ne compromettano l'indipendenza”⁵⁵.

Ricompare qui la formula adottata nel sistema tradizionale per il collegio sindacale con il risultato di incrementare il raggio di operatività delle esclusioni, con perdita di coerenza del sistema⁵⁶ e tendenza all'“appiattimento del consiglio di sorveglianza sul collegio sindacale”⁵⁷.

In relazione alle banche non sono, invece, previste disposizioni speciali, dato che l'art. 26, primo comma, del TUB rinvia a un regolamento, che è stato adottato nel 1998⁵⁸ e non è stato più aggiornato per tener conto dei nuovi modelli societari come il sistema dualistico.

⁵⁵ È l'effetto del combinato disposto dell'art. 148, co. 4-*bis*, co. 3, lett. c) e art. 154 del TUF, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, come modificato da ultimo dal d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37 e dalla l. 28 dicembre 2005 n. 262.

⁵⁶ Cfr. MARCHETTI, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007, p. 317.

⁵⁷ GUACCERO, *Quotazione e sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *GCom*, 2004, I, p. 673.

⁵⁸ D. m. del Tesoro n. 161 del 18 marzo 1998. In realtà va fatto riferimento non solo a questo regolamento, ma anche a quello del ministero della Giustizia del 30 marzo 2000, n. 162, che stabilisce i requisiti di professionalità e onorabilità dei componenti il collegio sindacale delle società quotate, requisiti che si applicano anche ai consiglieri di sorveglianza delle stesse ai sensi dell'art. 1, co. 6-*quater*, del TUF).

Ai nostri fini, non sembrano rinvenibili elementi che possano condurre a una diversa interpretazione rispetto a quanto sopra proposto. Da un lato, viene mantenuta la formula finale sulla verifica del requisito dell'indipendenza, dall'altro riferirsi al lavoro autonomo e al lavoro subordinato è formula generica, idonea a ricomprendere le specificazioni sopra viste quanto a collaborazioni e consulenze.

Tutto questo però significa fermarsi al dato testuale e formale. In realtà, la tagliola della decadenza in caso di elezione di persona ineleggibile, il ruolo delle autorità di vigilanza (Consob e Banca d'Italia), l'assenza di esperienze e, quindi, di precedenti in materia, portano a rafforzare le barriere e gli ostacoli alla presenza nel consiglio di sorveglianza di lavoratori o loro rappresentanti, in virtù di una supposta condizione assoluta di non eleggibilità. Questo rilievo non è marginale, anzi. Non si può, infatti, dimenticare che la propensione più forte ad adottare il sistema dualistico si è manifestata, come abbiamo rilevato in precedenza, proprio nelle banche quotate⁵⁹, soggette a rigidi regimi di ispezione e controllo.

Se usciamo dai confini nazionali, appare evidente l'anomalia del sistema italiano, che si palesa in tutta la sua distonica impostazione andando a verificare i principi enunciati nella Raccomandazione della Commissione europea del 15 febbraio 2005, già richiamata in chiusura del paragrafo che precede. Vi si trova conferma che l'indipendenza va considerata come garanzia di assenza di conflitti di interesse (in particolare punti 4 e 13), senza rientrare tra le "qualifiche" richieste, che consistono in "conoscenze, esperienze e opinioni, nel complesso, sufficientemente diversificate da consentire loro il corretto esercizio dei compiti loro affidati" (punto 11). Illuminante è l'Allegato II, sul *Profilo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza indipendenti*. Si fa effettivamente riferimento all'esclusione dell'esistenza di un rapporto di lavoro (il consigliere "non dovrebbe essere dipendente della società o di una società collegata"), tranne nel caso in cui l'elezione avvenga "nell'ambito di un sistema di rappresentanza dei lavoratori riconosciuto dalla legge". Nell'introdurre l'eccezione si fa riferimento alla situazione del "dirigente del livello più elevato", per il quale sembra restare, quindi, confermata la mancanza di indipendenza.

Ed è proprio così che la questione va affrontata e risolta. Vero che si tratta di una Raccomandazione, ma i suoi contenuti dimostrano ancora una

⁵⁹ In dottrina, rilevato da ultimo da RIOLFO, *op. cit.*, p. 872.

volta – e su uno dei profili più determinanti – la distanza siderale dell'impianto normativo nostrano se letto in maniera avulsa e ostile all'inserimento nel diritto societario di profili partecipativi. Dimostrano altresì che, se si guarda all'ordinamento giuridico con approccio interdisciplinare, è possibile superare le aprioristiche chiusure e interpretare la disciplina nazionale in conformità alle indicazioni unionali.

Non è chi non veda come in questa materia il tema del conflitto di interessi o riguarda aspetti di intreccio di convenienze e di reti di natura economica – “vero nodo legato agli intrecci societari e agli scambi di cariche nell'ambito delle società quotate”⁶⁰ – oppure va a toccare uno dei punti cruciali del sistema di relazioni sindacali partecipative: la determinazione della sua capacità di condizionamento delle scelte dell'impresa, tenendo conto dei diversi ‘interessi’ in gioco e della loro interdipendenza, al fine di individuare un “interesse di sistema”⁶¹.

Possiamo qui considerare acquisito un primo aspetto: è possibile interpretare le disposizioni legislative come non preclusive nei confronti dei lavoratori, collaboratori e consulenti, ma attente alla loro indipendenza, e l'indipendenza come assenza di conflitto di interessi, inclusiva dell'autonomia di giudizio, nel senso sopra chiarito. Resta l'opportunità di un intervento di modifica, che preveda espressamente l'ingresso dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di vigilanza e adatti di conseguenza l'impianto normativo.

Si deve ora passare al tema – che a sua volta, come si vedrà, necessita di un intervento di modificazione normativa – dell'attuale possibilità di scegliere, per via statutaria, quale sia l'organismo cui affidare compiti di indirizzo e di supervisione strategica.

8. *Le funzioni di indirizzo e di supervisione strategica, con particolare riferimento alle banche*

Un rafforzamento dei poteri del consiglio di sorveglianza è stato operato con i decreti correttivi della riforma societaria (d.lgs. 37/04 e d.lgs. 310/04), mediante l'attribuzione della possibilità di deliberare in ordine all'indirizzo strategico e i piani industriali e finanziari della società (la c.d. ‘alta ammini-

⁶⁰ Cfr. TANTINI, *L'indipendenza dei sindaci*, Cedam, 2010, p. 2.

⁶¹ Da ultimo, CARRIERI, MILITELLO, *op. cit.*, rispettivamente p. 6 e p. 17.

strazione’) predisposti dal consiglio di gestione (art. 2409-*terdecies*, co. 1, lett. f-*bis*), cod. civ.)⁶². Questa importante e decisiva competenza è però solo eventuale.

La possibilità di scegliere a livello di statuto se affidare o meno la funzione di alta amministrazione è la seconda basilare differenza rispetto al c.d. ‘modello tedesco’, assieme all’assenza di disciplina quanto all’inserimento di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza. Si tratta, a mio avviso, di aspetti strettamente interconnessi, come si cercherà di dimostrare.

È soprattutto nel settore bancario che la questione si pone con particolare rilevanza, data l’ostilità, più o meno espressa, all’affidamento di queste competenze al consiglio di vigilanza da parte della Banca d’Italia, con conseguenze strutturalmente negative, oltre che ostative di qualsiasi apertura alla partecipazione. Eppure è questo il settore in cui l’attribuzione solo opzionale della funzione di indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza si scontra (ancora una volta) con la normativa unionale.

La direttiva 2013/36/UE *sull’accesso all’attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle imprese di investimento*, altrimenti detta ‘CRD IV’⁶³ e che include i contenuti dell’accordo c.d. ‘Basilea III’, è chiara nel garantire agli Stati membri la scelta tra modello a struttura monistica o dualistica, ma una volta adottato il secondo esige la distinzione delle funzioni e attribuisce la supervisione strategica al consiglio di sorveglianza: “negli Stati membri con sistema dualistico, la funzione di supervisione strategica è svolta da un consiglio di sorveglianza separato, che non ha funzioni esecutive, e la funzione esecutiva è svolta da un consiglio di gestione separato, che è responsabile della gestione quotidiana dell’impresa e ne risponde. Di conseguenza alle diverse entità all’interno dell’organo di gestione sono affidati compiti distinti” (cons. 56). Ed è così che, nell’art. 3, dedicato alle definizioni, si precisa che quando la direttiva “fa riferimento all’organo di gestione e, conformemente al diritto nazionale, le funzioni di gestione e di supervisione strategica dell’organo di gestione sono assegnate a organi ... diversi ..., lo Stato membro identifica gli organi ... responsabili” (comma 2).

⁶² Cfr. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 4 ss.

⁶³ Ossia la quarta direttiva europea che aggiorna la regolamentazione dei requisiti minimi di capitale delle banche europee.

È interessante osservare che, nello stesso testo, la presenza di una rappresentanza dei lavoratori negli organismi di gestione viene auspicata, assieme alla presenza equilibrata di donne e di uomini, quale “strumento positivo per rafforzare la diversità, dal momento che apporta una prospettiva essenziale e una reale conoscenza del funzionamento interno degli enti” (cons. 60)⁶⁴, smentendo in radice le motivazioni che nel nostro Paese sono alla base dei tentativi di esclusione.

Si tratta di indicazioni nuove che le direttive precedenti (del 2002 e del 2006), di cui quella del 2013 rappresenta modifica o sostituzione, non trattavano, ma questo non impedisce che prosegua l'indifferenza, se non l'implicita resistenza, della Banca d'Italia, che conferma invece sul punto l'impostazione seguita qualche anno fa al momento dell'emanazione delle Disposizioni di vigilanza per le banche. Ora, con la circolare n. 285 nell'aggiornamento del 24 giugno 2014⁶⁵, come allora, con la circolare del 4 marzo 2008, la funzione di supervisione strategica dell'impresa bancaria è attribuita al consiglio di sorveglianza solo a fini di vigilanza, ripartendola con il consiglio di gestione, e solo qualora il consiglio di sorveglianza risulti statutariamente intestatario della funzione di alta amministrazione e di indirizzo strategico (parte I, sez. I, titolo IV, cap. I, ‘governo societario’).

Siamo in presenza di una doppia condizionalità, che finisce per allontanare definitivamente il sistema nazionale non solo da altri, come quello tedesco, ma dalle indicazioni provenienti dall'Unione europea. La direttiva sopra richiamata è, infatti, solo uno dei documenti in cui si ribadisce che, qualora si adotti il sistema dualistico, “la funzione di supervisione del consiglio è svolta da un'entità separata nota come consiglio di sorveglianza”⁶⁶.

Se si possono comprendere gli apprezzamenti⁶⁷, in realtà ondivaghi e

⁶⁴ La direttiva prosegue consigliando che la diversità faccia parte dei criteri per la composizione degli organismi di gestione, anche perché in questo modo è possibile “controllare più efficacemente la dirigenza e contribuire pertanto a migliorare la supervisione del rischio e la resilienza degli enti”.

⁶⁵ La circolare è del 17 dicembre 2013 ed è già arrivata, al momento in cui si scrive, al quinto aggiornamento, il primo dei quali, quello del 6 maggio, determinante ai nostri fini, occupandosi del Titolo IV ‘Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi’.

⁶⁶ Così nel documento del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sui *Principi fondamentali per un'efficace vigilanza bancaria*, per spiegare il riferimento distinto ai “membri del consiglio di amministrazione e dell'alta direzione” (p. 27).

⁶⁷ Così CARIELLO, *op. cit.*, secondo il quale queste “Disposizioni non erano e non sono predisposte ... per boicottare e frustrare l'attribuzione statutaria al consiglio di sorveglianza

non sempre condivisi, degli interpreti nei confronti delle Disposizioni di vigilanza del 2008 in materia di organizzazione e governo societario, il nuovo quadro istituzionale non consente il permanere della tiepidezza della Banca d'Italia nei confronti del sistema dualistico, basata sulla compresenza nello stesso organismo di funzioni di controllo e di gestione.

Prima di proseguire sia consentito un richiamo a una questione di portata generale e che riguarda il ruolo e l'efficacia delle disposizioni della Banca d'Italia nel sistema delle fonti. L'attuazione della direttiva è avvenuta per via regolamentare prima dello stesso affidamento della delega alla trasposizione per via legislativa. Il Parlamento solo a ottobre 2014 (l. 7 ottobre 2014 n. 154) ha approvato la "legge di delegazione europea 2013", contenente la delega al Governo per il recepimento della direttiva 2013/36/UE, tra i cui principi vi è quello del ricorso, se opportuno, "alla disciplina secondaria adottata dalla Banca d'Italia e dalla Consob" (art. 3, co. 1, lett. b). Ogni commento pare superfluo!

Del resto, nel ricostruire il sistema dualistico per le società bancarie, la dottrina richiama il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, TUB), con le modifiche apportate dalla riforma del diritto societario a partire dal 2003. Questo, però, fino al 2008. Da quel momento in poi il riferimento va alle disposizioni della Banca d'Italia: "maggiore peso rispetto alla legge, nel settore bancario, hanno ... le Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia, emanate per garantire che l'adozione del modello dualistico da parte di istituti bancari fosse rispettoso delle esigenze di tutela del settore e della salvaguardia degli interessi generali coinvolti nella materia del credito"⁶⁸. Consci dei rischi, si precisa che si tratta di indicazioni per l'adozione di modelli, senza efficacia normativa, ma se ne accetta la diffusa applicazione, con l'unico limite rappresentato dalla compatibilità con le fonti primarie. Si sostiene, ad esempio, che per quanto controversi siano "i confini in cui può esplicarsi l'intervento di Banca d'Italia nell'indirizzare l'esercizio dell'autonomia statutaria delle banche", "le esigenze di corretta e prudente

delle funzioni d'indirizzo e supervisione strategica, bensì per corredarle di quelle opportune cautele idonee a scongiurare che tale riserva dia luogo a indebite intromissioni del consiglio di sorveglianza nell'esercizio di funzioni e competenze di esclusiva pertinenza del consiglio di gestione" (p. XX ss.). Ma si veda la diversa posizione a pagina XXII, in cui si valorizza la 'compartecipazione' dei due organismi resa possibile dall'opzione statutaria per l'attribuzione di poteri di indirizzo strategico al consiglio di sorveglianza.

⁶⁸ Cfr. RIOLFO, *op. cit.*, p. 875.

gestione non possono giungere sino a legittimare clausole statutarie confliggenti con disposizioni inderogabili di legge⁶⁹.

La dottrina prevalente è anche concorde nel ritenere che le Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia siano previsioni 'correttive' imposte alle banche che hanno adottato il sistema dualistico, per ricondurlo nell'alveo dei principi che regolano il settore del credito. Si arriva, infatti, ad affermare, che la normativa secondaria non solo inserisce una pluralità di fonti aumentando la difficoltà del loro coordinamento, ma introduce disposizioni amministrative di attuazione che arrivano ad essere "pervasive e riduttive dell'autonomia statutaria"⁷⁰, soprattutto per la parte relativa alle competenze in materia di supervisione strategica affidate al consiglio di sorveglianza, nel tentativo di ripiegamento verso il tradizionale ruolo affidato al collegio dei sindaci.

La necessaria separazione di competenze e funzioni tra compiti di supervisione strategica e compiti di gestione produce una limitazione delle funzioni di controllo del consiglio di sorveglianza, uno slittamento dalla gestione alla supervisione strategica per il consiglio di gestione e la delega di funzioni gestionali all'amministratore delegato, portando il sistema da *two-tier board* (nella traduzione italiana, appunto, il sistema dualistico) a *three-tier board*⁷¹.

9. Le funzioni di controllo

Attribuire al consiglio di sorveglianza esclusivamente compiti di controllo significa tradire l'ispirazione originale della introduzione del sistema dualistico. Come si legge nella Relazione al d.lgs. 6/03, il consiglio di sorveglianza è un organo "misto di gestione e controllo". In altri termini, tale organo deve essere in grado di condizionare la gestione⁷². Questo è sempre più

⁶⁹ Così RESCIO, *L'adeguamento degli statuti nelle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in NARDONE, TOMBARI (a cura di), *Il sistema dualistico: prospettive e potenzialità applicative*, Giappichelli, 2009, p. 174.

⁷⁰ Così PRESTI, *Il modello dualistico applicato alle banche*, in NARDONE, TOMBARI, *op. cit.*, p. 156.

⁷¹ Espressione proposta da LOPREIATO, *Le autorità di vigilanza di fronte alla Governance dualistica delle banche*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007, anticipando e intuendo lo schema che ora sta per consolidarsi definitivamente.

⁷² Cfr. SANTI, *Sub art. 2409-duodecim*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Cedam, 2005, p. 1168.

difficile se si considera che la stessa funzione di controllo risulta depotenziata rispetto al modello societario tradizionale.

È la circolare n. 285, già sopra citata, della Banca d'Italia a precisare che "la funzione di supervisione strategica si riferisce alla determinazione degli indirizzi e degli obiettivi aziendali strategici e alla verifica della loro attuazione", mentre "la funzione di controllo si sostanzia nella verifica della regolarità dell'attività di amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca" (parte prima.IV.I.2). Siamo in presenza di una interpretazione restrittiva, ostile all'affidamento al consiglio di sorveglianza della verifica sull'attuazione degli indirizzi strategici del consiglio di gestione. Che questo rientri nei timori della Banca d'Italia è di tutta evidenza: "l'attribuzione di compiti di supervisione strategica al consiglio di sorveglianza non deve condurre a ingerenze di quest'ultimo nella gestione, per non snaturarne di fatto la funzione di controllo e non limitare l'autonomia dell'organo cui è attribuita la gestione" (parte prima.IV.I.10).

In realtà, la tendenza a confinare le competenze del consiglio di sorveglianza nel mero controllo è accentuata dal tentativo di applicare il principio della distinzione di ruoli mediante la tripartizione sopra richiamata: supervisione strategica, gestione e controllo, con uno slittamento dal piano delle funzioni a quello degli organismi, che porta ad assegnare la prima al consiglio di gestione, la seconda all'amministratore delegato e la terza al consiglio di sorveglianza.

Da non sottovalutare la riflessione dei giuscommercialisti sul bilanciamento tra proprietà (dei soci) e potere (degli organi societari) che il sistema dualistico dovrebbe maggiormente consentire, comprimendo il ruolo dell'assemblea e, almeno sulla carta, sviluppando amministrazione e controllo in una dialettica ripartita tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione⁷³. Convincente appare il rilievo di chi ha osservato, occupandosi della nozione di indipendenza, che in realtà "quanto meno il consiglio di sorveglianza è indipendente dall'assemblea, tanto più l'assemblea, per il tramite del consiglio di sorveglianza, può condizionare fattualmente il consiglio di gestione"⁷⁴.

L'allontanamento dal nucleo ideale originario accentua la critica che fa leva sulla mancanza di economicità del sistema dualistico per quanto riguarda

⁷³ Cfr. ZAMPERETTI, *Prime significative applicazioni del sistema dualistico*, in *Società*, 2006, 10, p. 1193.

⁷⁴ Cfr. SCHIUMA, *op. cit.*, p. 709.

composizione ipertrofica, inefficienza decisionale e farraginosità procedimentale e sbarra la strada – e qui ci avviciniamo al tema oggetto di queste note – a percorsi partecipativi, non più solo sotto il profilo tecnico, ma anche sotto quello funzionale. Il sistema dualistico italiano, “nel suo essere alternativo sul solo fronte del controllo e non anche dell’amministrazione”, tradisce l’impianto originale, che evocava un organismo alternativo ‘di amministrazione e di controllo’ e viene “decisamente appiattito sul paradigma del collegio sindacale”, sbilanciando l’equilibrio “a favore delle esigenze del controllo, del tutto marginali risultando quelle della direzione strategica o dell’alta amministrazione”⁷⁵. E così, come ci avvertiva Massimo D’Antona, con i diritti di controllo, “ciascuna parte resta libera in ordine all’atteggiamento da tenere o alle decisioni da prendere”⁷⁶.

Si osservi che l’appiattimento sul collegio sindacale è ancora più spinto per le società quotate e quelle bancarie, così come risulta dalla disciplina speciale (TUF e TUB), che prevede diffusamente l’estensione al consiglio di sorveglianza delle disposizioni dettate per il collegio sindacale.

È evidente a questo punto che le due principali differenze del sistema dualistico italiano da quello tedesco sono fortemente interconnesse: l’ostilità ammantata da indifferenza nei confronti della presenza nel consiglio di sorveglianza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori si salda con la tendenziale limitazione delle funzioni al controllo a posteriori.

Resta, infine, da segnalare un ulteriore specifico aspetto relativo al controllo, che dimostra la lontananza rispetto all’obiettivo partecipativo della regolamentazione prevista per le banche quotate. Tra i molteplici doveri attribuiti al consiglio di sorveglianza, nelle società quotate e nelle banche, rientra quello della tempestiva comunicazione alle autorità nazionali di vigilanza (rispettivamente: Consob e Banca d’Italia) delle irregolarità riscontrate, trasmettendo i verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti o ogni altra utile documentazione (art. 149, commi 3 e 4-*bis*, TUF e art. 52 TUB). Le banche sono sottoposte a stringenti verifiche, al punto da far parlare di eccesso di controlli, di autolimitazioni e di procedure, interne ed esterne. Difficile pensare che in presenza di irregolarità non si cerchi di trovare una

⁷⁵ Cfr. SCHIUMA, *op. cit.*, rispettivamente p. 693 e p. 699.

⁷⁶ D’ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *RGL*, 1992, I, p. 213, ora in *Massimo D’Antona - Opere*, a cura di CARUSO, SCIARRA, Giuffrè, 2000, vol. II, p. 332.

soluzione interna e informale, in modo da ritardare o evitare il più possibile la loro segnalazione alle autorità.

Qui non rileva la questione del difficile doppio binario della rappresentanza sindacale, tra partecipazione e conflitto, ma quella della salvaguardia delle sorti della società, all'interno della quale si giocano quelle dei lavoratori.

10. Sistema dualistico e partecipazione azionaria dei lavoratori

È necessario, prima di concludere queste note, dedicare qualche cenno alle società che hanno adottato il modello dualistico e hanno altresì, per loro natura o per scelta, azionariato dei dipendenti. Si tratta di una fattispecie in cui diventa impossibile separare la partecipazione alla gestione, intesa come presenza nel consiglio di sorveglianza, dalla partecipazione azionaria. In effetti, chi si è occupato di partecipazione economica o finanziaria dei lavoratori⁷⁷ si è sempre posto il problema della presenza di loro rappresentanti negli organismi societari, mentre non è sempre vero il contrario.

Questo collegamento, che supera la distinzione tradizionale e la separazione di analisi, riceve nuova linfa dal dibattito e dalla “progettualità legislativa dell'attuale fase”, che, come è stato osservato, porta all’“avvicinamento della partecipazione alla gestione alle formule di partecipazione finanziaria”, in una sorta di “*continuum* partecipativo”⁷⁸. Si tratta di un impianto metodologico che non è solo funzionale al meritorio obiettivo di progettare “una disciplina legale organica delle varie forme possibili” di partecipazione, ma a mettere in evidenza che “forme incisive di partecipazione all'economia delle imprese” non possono che implicare “un certo grado di partecipazione alle decisioni riguardanti la gestione”⁷⁹.

Come è noto, la partecipazione azionaria dei lavoratori trova nell'ordinamento dell'Unione europea fondamento risalente alla Raccomandazione 92/443/CEE, sulla *promozione della partecipazione dei lavoratori subordinati ai profitti e ai risultati dell'impresa (compresa la partecipazione al capitale dell'impresa)*,

⁷⁷ Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 417 ss.; GHERA, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, in RIDL, 2003, p. 414; GUAGLIANONE, *Individuale e collettivo nell'azionariato dei lavoratori*, Giappichelli, 2003, p. 858; ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, Giuffrè, 1998.

⁷⁸ Così ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit., pp. 22 e 24.

⁷⁹ Ancora ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit., p. 25.

cui sono seguiti studi e documenti, i più significativi e recenti dei quali consistono nel parere del CESE, sulla *Partecipazione finanziaria dei lavoratori in Europa*, del 21 ottobre 2010, in cui si sottolinea l'importanza del "coinvolgimento nei processi decisionali" ai fini della promozione di "una buona Governance societaria" (punto 3.5); nel Libro verde su *Il quadro dell'Unione europea in materia di governo societario*⁸⁰, che si interroga sulla necessità e sulle modalità della promozione della partecipazione azionaria dei dipendenti, e nella risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2014, sulla *partecipazione finanziaria dei dipendenti agli utili dell'impresa*⁸¹, che prospetta un "29° piano di partecipazione quale quadro giuridico unico" e, tra i principi, il coinvolgimento nella *Governance*.

Nell'ordinamento nazionale la disciplina è scarsa, avulsa da qualsiasi prospettiva di coinvolgimento negli organi societari, di impronta essenzialmente individualista, senza conferimento ai lavoratori azionisti di un'identità e, quindi, di una rappresentanza collettiva, se non con riferimento all'azionariato di minoranza.

La riforma societaria del 2003 con l'introduzione del sistema dualistico (e monistico) ha "sostanzialmente confermato, in materia di azionariato dei lavoratori, la opzione individualistica presente fin dalle origini nel modello codicistico". Ne deriva che la tutela dell'azionista lavoratore dipendente rimane all'interno della "più ampia e problematica area della tutela delle minoranze azionarie"⁸². Si può, pertanto, fare riferimento solo agli strumenti ordinari connessi alla titolarità di azioni.

Sotto il profilo qui considerato una disposizione di estrema rilevanza è quella posta al quinto comma dell'art. 2351 cod. civ.⁸³, che affida allo statuto societario la possibilità di introdurre una disposizione che porti a riservare ai lavoratori assegnatari di strumenti finanziari (peraltro diversi dalle azioni, ai sensi del secondo comma dell'art. 2349 cod. civ.) la nomina di un consigliere indipendente. È stato osservato dagli interpreti del sistema societario che la disposizione consente "l'introduzione anche in Italia di un meccanismo di minima rappresentanza dei lavoratori", dando per acquisita la regola

⁸⁰ COM (2011), 164 def., punto 2.8.

⁸¹ 2013/2127, INI, punto 16 e 21, lett. g).

⁸² Cfr. GHERA, *La partecipazione azionaria dei dipendenti dopo lo statuto della società europea*, in *DL*, 2005, p. 241 e p. 247.

⁸³ Cui in realtà va aggiunto l'art. 2499 cod. civ. sull'attribuzione di tale potere di nomina allo Stato o ad altro ente pubblico.

generale della ineleggibilità⁸⁴. Si ripresenta così la questione dell'indipendenza dei componenti il consiglio (di sorveglianza, ma anche di amministrazione o il collegio sindacale), che va risolta in senso esattamente opposto, ribadendo che la regola generale chiede la verifica di indipendenza ai fini della eleggibilità. Solo così si riesce ad effettuare un coordinamento, altrimenti impossibile, di questa disposizione con quella prima commentata sui limiti alla eleggibilità di coloro che sono legati da un rapporto di lavoro, collaborazione o consulenza, confermandone l'interpretazione proposta. Questa disposizione, in altri termini, non costituisce un'eccezione, ma si inserisce a pieno titolo nella previsione generale⁸⁵. Anzi. Proprio la presenza di questa disposizione porta ulteriori elementi utili ai fini di una interpretazione sistematica delle disposizioni in materia di indipendenza, coerente con le indicazioni provenienti dalle istituzioni dell'Unione europea.

Per le società quotate in borsa, viene riconosciuta alle associazioni di azionisti la possibilità di costituirsi come gruppo di minoranza (art. 141 del d.lgs. 58/98, TUF). La disposizione fa riferimento genericamente agli azionisti, tra i quali ovviamente possono rientrare anche i lavoratori, ma senza attenzione specifica, e ammettendo una presenza fortemente minoritaria. Le associazioni di azionisti “non hanno ... alcuna possibilità di formare ... una volontà maggioritaria idonea a prevalere sulla volontà e sull'interesse individuale”⁸⁶.

Esistono tuttavia casi in cui i lavoratori possessori di azioni non sono affatto minoranza. Questo porta a una delle esperienze più particolari di applicazione del sistema dualistico nel nostro Paese, già così carente di esperienze: un caso limite, ma significativo, di banca con sistema dualistico, quotata in borsa, e di natura cooperativa⁸⁷, e queste note sono frutto dell'esperienza personale maturata nel suo consiglio di sorveglianza. Si tratta

⁸⁴ Cfr. RIOLO, *op. cit.*, p. 450. Secondo questo A., “attraverso tale meccanismo si aggirebbe il divieto di nominare ... nel consiglio di sorveglianza soggetti legati alla società” o alle controllate di soggetti legati da rapporto di lavoro, “(perché passibili di comprometterne l'indipendenza)” (nt. 49, stessa pagina).

⁸⁵ D'altro canto si chiude ribadendo che “alle persone così nominate si applicano le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipano”.

⁸⁶ Cfr. GHERA, *Azionariato dei lavoratori*, cit., p. 433 e, da ultimo, ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione*, cit., p. 28.

⁸⁷ In dottrina si è addirittura teorizzato che, dato il “difficile adattamento a particolari società cooperative, come quelle di lavoro”, si può arrivare a ritenere non applicabile il modello dualistico. Così RIOLO, *op. cit.*, p. 917.

della Banca popolare di Milano (BPM), che ha modificato l'assetto della propria *Governance* in tempi relativamente recenti (il 2011), al fine di introdurre un filtro tra la rappresentanza degli interessi dei lavoratori azionisti e la gestione della banca, filtro reso necessario da situazioni patologiche ancora al vaglio della magistratura. Non si può entrare nel dettaglio, ma solo segnalare come, dal punto di vista delle relazioni industriali, si è realizzata una paradossale utilizzazione rovesciata del modello dualistico, come strumento di interdizione dell'influenza dei dipendenti, resa possibile dal voto capitario ('una testa un voto') – a prescindere dal controllo sul capitale della società – condizionante l'elezione degli organi societari da parte dell'assemblea. Si spiega anche così perché sia solo questa banca, a differenza di tutte le altre che hanno adottato il sistema dualistico, ad avere uno statuto che esclude l'attribuzione al consiglio di sorveglianza dei poteri di indirizzo e, quindi, per l'interpretazione fornita dalla Banca d'Italia, delle competenze di supervisione strategica.

Il principio del voto capitario rende determinanti, ai fini dell'elezione del consiglio di sorveglianza, le scelte dei soci lavoratori, data la elevata numerosità dei dipendenti (e dei pensionati), che però rappresentano la percentuale ampiamente minoritaria quanto a quote di possesso del capitale. Viene così in rilievo la questione delle coalizioni azionarie, con 'sindacati di voto' o patti parasociali (artt. 2341-*bis* e 2341-*ter*, cod. civ.), con la possibilità di conferimento della rappresentanza ad una società, associazione, fondazione o altro ente collettivo o istituzione (art. 2372, co. 4, cod. civ.) al fine dell'espressione di una posizione comune nelle assemblee.

In realtà, nelle società quotate, proprio l'esistenza di un patto parasociale rilevante ma occulto, in quanto non comunicato né pubblicato ai sensi dell'art. 122 del d.lgs. 58/98 (TUF), e, soprattutto, il comportamento delle parti, emerso durante le ispezioni della Banca d'Italia, ha portato la Consob, con delibera n. 18605 del 3 luglio 2013⁸⁸, a sanzionare l'Associazione di dipendenti-soci, denominata 'Associazione Amici della Bipiemme', e i suoi componenti, per il tentativo di influenzare la nomina e l'agire del consiglio di sorveglianza. Nel documento si legge che, tra le violazioni contestate, a seguito delle verifiche ispettive della Banca d'Italia, vi è quella dell'esistenza di "numerose criticità nell'assetto di governo" della banca, riconducibili alle "frequenti interlocuzioni dirette tra membri del Consiglio e le rappresen-

⁸⁸ In www.consob.it.

tanze dei dipendenti” ed al “peso predominante delle rappresentanze dei soci dipendenti” nella *Governance* della banca, tale da determinare un “loro improprio coinvolgimento nelle scelte gestionali, con conseguente condizionamento della funzionalità degli organi”, “condizionat(i) da una delicata ricerca di preventivo consenso e da un obiettivo di conservazione degli equilibri nell’ambito di tale compagine”. Si osservi che viene inoltre contestato un particolare esercizio di influenza da parte dell’associazione di dipendenti sulle determinazioni di voto assembleare contrario ai *desiderata* dell’organismo di vigilanza: “sulla base dell’esame delle singole manifestazioni di voto espresse ... è stato, infatti, possibile rilevare che il voto contrario degli associati è stato determinante per impedire l’approvazione della modifica statutaria di innalzamento del numero delle deleghe, individuata dalla Banca d’Italia quale strumento per favorire il ripristino di un equilibrato sistema di *Governance*”. Ogni commento appare ancora una volta superfluo e sempre con riferimento al ruolo della Banca d’Italia.

Come risulta evidente, eventuali tentativi di ripercorrere l’esperienza associativa, anche scegliendo la strada esplicita del patto parasociale, dovranno essere valutati attentamente, sia per la discussa (in dottrina) possibilità di stipulare tale patto in riferimento alle cariche sociali, sia per l’evidente contrarietà manifestata dagli organismi nazionali di vigilanza (Consob, ma anche Banca d’Italia).

Tornando al profilo più generale, le proposte rivolte a collegare l’azionariato dei dipendenti alla titolarità di speciali diritti funzionali all’influenza sulla gestione dell’impresa sono rimasti nel dibattito interno al sistema di relazioni sindacali, restando del tutto estranei al diritto societario. È invece da condividere il rilievo che porta a “dubitare della perseguibilità di una ‘soluzione giuslavoristica’ scindibile da quella di diritto societario”⁸⁹ e questo rimanda alla prospettiva *de iure condendo*.

II. *Le possibili vie d’uscita: i progetti di riforma e il ruolo della contrattazione collettiva*

Per comprendere quali siano le attuali ipotesi di inserimento della prospettiva partecipativa nel sistema societario e, in particolare, in quello duali-

⁸⁹ Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 155.

stico, sono da prendere in considerazione i progetti di legge delle ultime due legislature, che si collocano a cavallo della delega non esercitata contenuta nella l. 28 giugno 2012 n. 92⁹⁰.

Per fare il punto sulla ripetuta attività di presentazione di progetti di legge da parte di deputati e senatori, si può partire dalla “bozza provvisoria di testo unificato”, del 24 ottobre 2009, elaborata da Pietro Ichino sulla base di quattro testi⁹¹, eterogenei sul punto che ci interessa⁹², e che continua a costituire il modello delle proposte di legge dell’attuale legislatura⁹³. In questo testo, si prevede la stipulazione di un contratto collettivo destinato a introdurre anche la “partecipazione di rappresentanti eletti dai lavoratori o designati alle organizzazioni sindacali in organi di sorveglianza” ai fini del “controllo sull’andamento o su determinate scelte di gestione aziendale” (art. 1, co. 1, lett. d). Una specifica disposizione è dedicata alla partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza delle S.p.a. e delle SE con più di 300 lavoratori a seguito di stipulazione di contratto aziendale, ferme restando le disposizioni in materia di sistema dualistico del codice civile. Ripartizione dei posti e modalità di designazione sono rimesse al contratto aziendale, fermo restando che qualora sia stato anche attivato un piano di azionariato dei dipendenti, un posto nel consiglio di sorveglianza va riservato “a un rappresentante dei dipendenti che aderiscano al detto piano” (art. 3).

In realtà il testo parlamentare più completo è quello che ha come primo firmatario Tiziano Treu, in cui la partecipazione di “una quota non inferiore a un quinto e non superiore alla metà dei componenti” di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza viene fatta derivare da una richiesta qualificata avanzata o da almeno il 30% dei dipendenti o dalle RSA/RSU o dalle OO. SS. e regolata dalla contrattazione collettiva. Salva sua diversa disposizione, i consiglieri sono eletti per il 70% dai lavoratori,

⁹⁰ Per un articolato commento cfr. GUARRIELLO, *I diritti di informazione e partecipazione*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 766.

⁹¹ CASTRO, n. 803/2008, TREU, n. 964/2008, CINZIA (e non Anna, come viene costantemente ripetuto) BONFRISCO, n. 1307/2009 e ADRAGNA, n. 1531/2009.

⁹² Segnala GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit. che la convergenza delle proposte nella bozza unificata ha finito per confonderne “i contorni, inquinando con finalità improprie il genuino richiamo all’opzione partecipativa contenuta nell’art. 46 della Costituzione e nelle normative europee” (p. 777), riprendendo TREU, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *DRI*, 2010, I, p. 93.

⁹³ Ad esempio quella di NENCINI, n. 1183 del 22 novembre 2013 e di NASTRI, n. 1998 del 24 gennaio 2014.

mentre il restante 30% è designato dalle associazioni sindacali territoriali. Il tutto cercando di mantenere paritaria la proporzione tra le due quote e rappresentare tutte le categorie di lavoratori: operai, impiegati, quadri e dirigenti (artt. 6 e 7 del d.d.l. n. 964).

Più recentemente, una disposizione sulla ‘partecipazione dei lavoratori negli organi societari’ è inserita nella articolata ‘proposta di legge sindacale’ della rivista *Diritti, Lavori, Mercati*, pubblicata sul numero 1, 2014. La soglia dimensionale scende da 300 a 250 lavoratori e le società considerate possono assumere qualsivoglia veste (S.p.a., S.r.l., cooperative, SE). La quota di presenza rimane compresa tra un quinto e non più della metà dei componenti. La differenza più rilevante e significativa consiste nella scelta di rendere questa presenza obbligatoria e non opzionale (su richiesta dei lavoratori o sindacale) e applicabile anche in assenza di adozione del sistema dualistico⁹⁴, prevedendosi – ma forse solo in alternativa tra loro – per il consiglio di amministrazione, per il consiglio di sorveglianza, per il collegio sindacale. Alla contrattazione collettiva spetta comunque la determinazione di composizione, funzioni e modalità elettorali (art. 8).

Si concorda, tuttavia, con quanti hanno rilevato la debolezza insita nello strumento della contrattazione collettiva, su cui peraltro ancora – forse ancor più che in passato – si punta, in omaggio alla tradizione politico-culturale del nostro sistema di relazioni sindacali, ma senza tener conto della sua inadeguatezza, in termini giuridico-formali e sostanziali: “la storia della partecipazione all’italiana ha preso le mosse, più di trent’anni fa, dall’abbozzo di una democrazia industriale fondata sulla via contrattuale” ma, “per quanto generoso quell’abbozzo è risultato poco concludente”⁹⁵.

Se rimane immutato il contesto normativo della riforma societaria, che ha espressamente escluso di utilizzare i regimi societari come ambiente per far germogliare la partecipazione dei lavoratori, e se permangono percorsi blindati, presidiati dal diritto bancario, finanziario e societario, la contrattazione collettiva appare un’arma possibile ma particolarmente spuntata. A poco finisce per rilevare persino l’annosa questione che arrovella i giuslavoristi sui suoi limiti di efficacia soggettiva. Scomodare l’art. 8 del d.l. 13 agosto

⁹⁴ Come risulta nella ‘Guida alla lettura’, la ‘partecipazione organica’ non viene collegata al sistema dualistico, in considerazione del fatto che risulta “pressoché estraneo alla realtà italiana”.

⁹⁵ Cfr. CARRIERI, MILITELLO, *op. cit.*, p. 3.

2011 n. 138, convertito nella l. 14 settembre 2011 n. 148, per la parte in cui affida alla contrattazione di prossimità la possibilità di adottare “forme di partecipazione dei lavoratori”⁹⁶, sembra quasi un percorso consolatorio, di autoaffermazione, ma – e a prescindere dai dubbi sulla legittimità della disposizione – del tutto cedevole rispetto al diritto dei commerci.

La rinnovata fase di dibattito e di progettualità sul tema della partecipazione, laddove auspica la presenza di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori negli organismi societari, non può limitarsi a invocare o assegnare un ruolo determinante alle parti sociali. Prima ancora di chiedersi se le parti sociali vorranno o sapranno accordarsi, si deve affrontare il problema dell’ambiente ostile – e non solo agnostico – creato dalle regole che presidiano la *Governance* societaria.

Occorre una fonte espressa di pari livello, dato che non è “pensabile che la contrattazione collettiva, in qualità di fonte sotto-ordinata alla legge, possa derogar(vi)”⁹⁷. Ma non pare si profili all’orizzonte: la delega della riforma Monti-Fornero è da tempo scaduta e nessuna menzione si rinviene nella c.d. ‘delega lavoro’, di supposta semplificazione, che si occupa del diritto del lavoro inteso nei suoi profili individuali (l. 10 dicembre 2014 n. 183).

12. Considerazioni conclusive

Nell’ambito del diritto commerciale, alle possibili ricadute sul tema della partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’impresa sono state dedicate poche, marginali e talvolta apodittiche considerazioni, di solito introduttive. Questo disinteresse rispecchia la mancanza di indicazioni in tal senso nell’impianto voluto dal legislatore della riforma societaria e l’apatia crescente nei confronti del sistema dualistico, adottato ormai solo da un pugno di imprese.

Le critiche a questo assetto da parte dei giuslavoristi che si sono occupati del tema stanno diventando sempre più fondate⁹⁸. Come risulta dall’analisi

⁹⁶ Rileva peraltro BIASI, *op. cit.*, che “tale ‘novità’ è passata piuttosto sotto silenzio” (p. 207). Si veda inoltre, ZOLI, *op. cit.*, p. 568 ss.

⁹⁷ Così ALAIMO, *L’eterno ritorno della partecipazione*, cit., che segnala come ostacolo posto a livello legislativo quello “della competenza esclusiva dell’assemblea alla nomina alle cariche sociali” (p. 33).

⁹⁸ Oltre alla dottrina già finora citata, BALANDI, *Governance e diritto del lavoro*, in *Governance e diritto*, *Quaderni della RTDPC*, 2011, n. 14, p. 130.

che precede, aver rinunciato a inserire il profilo partecipativo nel nuovo assetto societario ha finito per rendere incomprensibile e privo di sistematicità il quadro normativo. D'altro canto, la ripresa di attenzione e le proposte volte ad affermare modalità di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese devono fare i conti con questo assetto e provare a modificarlo, o percorrendo la strada dell'interpretazione conforme o con un vero e proprio intervento di riassetto della disciplina.

Solo così si può contribuire ad una evoluzione secondo un modello socialmente sostenibile e contrastare quella che sta diventando una tendenza crescente alla emarginazione del ruolo della rappresentanza collettiva di interessi, tranne nella gestione delle crisi occupazionali, e altresì la sottovalutazione dell'importanza della presenza, negli organismi societari, dei lavoratori in quanto "portatori di interessi qualificati", per arrivare a "decisioni condivise e partecipate, perché rispecchiano la pluralità di interessi in gioco, tra cui quello dei lavoratori è certamente uno dei più rilevanti"⁹⁹.

Queste esigenze si saldano con quelle, sempre più sentite, di promuovere strumenti e modalità che consentano di superare la crisi del sistema produttivo e dell'occupazione, valorizzando lo stesso "interesse dei lavoratori alla sostenibilità di lungo periodo delle imprese"¹⁰⁰, che si traduce, specularmente, nelle società quotate, nell'incoraggiare l'impegno a lungo termine degli azionisti¹⁰¹. Questo comporta basarsi su un "assetto regolamentare volto ad incentivare e disciplinare (e quindi differenziare) tutto il campo del *long-term investment finance* per promuovere un sistema finanziario solido e resiliente"¹⁰²

Il problema fondamentale che rende così poco attrattivo il sistema dualistico è la mancanza di un'anima. In un contesto che rifiuta la partecipazione, risulta difficile trovarne legittimazione giuspolitica. Come abbiamo avuto modo di verificare, non è certo il vincolo della partecipazione dei lavoratori a rappresentare il principale ostacolo alla sua diffusione¹⁰³, semmai

⁹⁹ Si rinvia a GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit., p. 777.

¹⁰⁰ Così VELLA, *op. cit.*, p. 1126.

¹⁰¹ Da ultimo la Proposta di Direttiva, *che modifica la direttiva 2007/36/CE per quanto riguarda l'incoraggiamento dell'impegno a lungo termine degli azionisti e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda taluni elementi della relazione sul governo societario*, 2014/0121 (COD). La Relazione illustrativa inserisce questa proposta all'interno del *Piano d'azione: diritto europeo delle società e governo societario – una disciplina giuridica moderna a favore di azionisti più impegnati e società sostenibili*, COM (2012) 740 fin., con il duplice obiettivo di migliorare la trasparenza e favorire l'impegno degli azionisti.

¹⁰² Ancora VELLA, *op. cit.*, p. 1139.

¹⁰³ Ricorda CATERO, *Figlia di un dio minore*, cit., contestandolo in più punti lo studio

il contrario: è la sua assenza a renderlo inutilmente complicato, se non addirittura, come sostengono alcuni, utile solo a moltiplicare ‘poltrone’ o, meglio, posti remunerati.

Tornando alle riflessioni iniziali, l’analisi svolta sul versante della normativa societaria conferma la necessità di intervento, che, per quanto riguarda il sistema dualistico, rimuova gli ostacoli alla partecipazione nel consiglio di sorveglianza e si estenda a competenze e funzioni, evitando che questo organismo si limiti ad avallare decisioni prese anziché contribuire alla loro elaborazione.

Occorre allora muoversi all’interno del quadro delle regole esistenti per modificarle¹⁰⁴ oppure raggiungere il consenso sufficiente per una diversa interpretazione, conforme al quadro normativo dell’Unione europea. Non basta farvi riferimento e proporre per via contrattuale l’inserimento di rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori. Non sembri una forzatura banalizzante, ma la partecipazione richiede condivisione. Ora quello che è mancata finora è anche la condivisione del quadro legale da parte degli interpreti, attori di un sistema che – reciprocamente – non ha aperto canali di collegamento e di riflessione tra diritto societario e diritto sindacale¹⁰⁵.

La ripresa di attenzione al tema del coinvolgimento dei lavoratori, di cui abbiamo parlato in apertura di queste note, è particolarmente importante se si considera quanto possa essere fondamentale per affrontare le crisi e le trasformazioni produttive dell’economia mondiale¹⁰⁶, ma necessita di un impegno a realizzare “un reale mutamento di rotta”, il che “implica un diverso modo di procedere, unitario e coerente nel definire nuovi assetti normativi, in sintonia con gli indirizzi europei”¹⁰⁷.

svolto da Ernst & Young per la Commissione UE nel 2009, *Study on the operation and the impacts of the Statute for a European Company (SE)*, in occasione dell’avvio del processo di valutazione della normativa sulla SE, in cui si sostiene che è proprio il vincolo della partecipazione dei lavoratori l’ostacolo alla sua diffusione (p. 79).

¹⁰⁴ Cfr. ZOLI, *op. cit.*, p. 577.

¹⁰⁵ Parla di necessità di “‘riconciliare’ la partecipazione con il diritto dell’impresa”, VELLA, *op. cit.*, p. 1136. Ed è significativo il pragmatico commento di MONTALENTI, *Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione*, in *RTDPC*, 2012, p. 111, secondo il quale “la disciplina dei rapporti di partecipazione ... è appannaggio del diritto del lavoro” (p. 379).

¹⁰⁶ Cfr. CARRIERI, TREU, *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013.

¹⁰⁷ È l’auspicio di GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit., nel prevedere le perplessità sulla delega della l. 92 del 2012, effettivamente rimasta “lettera morta” (p. 771).

Abstract

La ripresa di attenzione da parte della dottrina giuslavoristica al tema del coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese trascura di verificare la normativa di diritto societario che ha introdotto anche nel nostro Paese il regime opzionale del c.d. 'sistema dualistico'. L'analisi si dipana non tanto attorno alla nozione di partecipazione, quanto piuttosto alla composizione degli organismi e alla indipendenza dei componenti, nonché alle competenze gestionali, di indirizzo e di controllo e mette in luce l'esistenza non solo di disinteresse verso le prospettive partecipative, ma di vere e proprie barriere. Il problema principale che rende così poco attrattivo il sistema dualistico è la mancanza di un'anima. In un contesto che rifiuta la partecipazione, risulta difficile trovarne legittimazione giuspolitica. Si conferma la necessità di intervenire o di raggiungere il consenso sufficiente per radicare una diversa interpretazione che porti a rendere il nostro sistema conforme al quadro normativo dell'Unione europea.

The renewed attention of labour lawyers to the topic of workers participation in company management does not take into due consideration the introduction of the two-tier optional regime by company law regulations in our legal system. In this regard, this essay does not focus on the notion of participation but rather on the composition of bodies and on the independence of their members, as well as on their competences in terms of management, supervision and control. It does not only highlight a lack of interest towards participation, but also the existence of real barriers. The main problem that makes the two-tier system so unattractive is the lack of a soul. In a context that rejects participation, a legal/political legitimacy is missing. This confirms the need to intervene or to reach sufficient consent to establish a different interpretation that can lead our system to be consistent with the legal framework of the European Union.

Key words

Partecipazione, cogestione, sistema dualistico, consiglio di sorveglianza, indipendenza dei componenti, funzioni di indirizzo strategico.

Participation, participation in company decision-making bodies, two-tier system, supervisory board, independence of members, functions of strategic guidance.

Rosa Casillo

Profili di (in)sostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia

Sommario: **1.** Sostenibilità economico-finanziaria e sostenibilità giuridico-sociale. **2.** Il principio di solidarietà con equità, fuori e dentro l'art. 38 Cost. **3.** La collettività generale verso la collettività dei lavoratori pensionandi e pensionati: le chiusure e la solidarietà inversa. **4.** La solidarietà *inter* e *intra* categoriale. **5.** Il "patto" tra generazioni economiche. **5.1.** La rinegoziazione definitiva e, ancora, il difetto di equità. **6.** La vecchiaia giuridica. **6.1.** L'aumento dell'età anagrafica di accesso alla pensione. **7.** La dubbia flessibilità possibile e necessaria. **8.** La determinazione "realistica" dell'età di pensione.

1. *Sostenibilità economico-finanziaria e sostenibilità giuridico-sociale*

Il "dover essere" della tutela pensionistica in età di vecchiaia, che appare dall'intreccio degli artt. 2, 3, co. 2, 4 e 38, co. 2 Cost., non ipotizza modi e strumenti della tutela ma, è noto, ne ferma le coordinate essenziali ed irrinunciabili. Esse impegnano il legislatore, consapevole che la sua discrezionalità non è libertà, ad articolare strategie e tattiche di tutela, qualsiasi esse siano, senza mai tradire la garanzia di "adeguata" liberazione dal bisogno in "età di vecchiaia" mediante "partecipazione individuale" e meccanismi di "solidarietà", nel limite delle "risorse disponibili"¹.

Da ciò, che costituisce il più profondo contenuto di valore della *voluntas* dell'autore costituzionale storico², non può prescindere l'autore legislativo di ogni tempo, che quei profili fondamentali pure modella in funzione delle

¹ V. CASILLO, *Benessere pensionistico e scarsità delle risorse dopo la l. 214/2011*, in questa rivista, 2014, p. 371 ss., di cui le riflessioni che seguono costituiscono il completamento.

² V. LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale e la sua dimensione diacronica*, in *DSoc.*, 2009, p. 24 ss.

trasformazioni sociali consolidate³. Quella *voluntas* si impone anche alla legislazione suggerita da congiuntura economica negativa, destinata a realizzare effetti di risparmio nella gestione di un sistema che risponde a logiche finanziarie ed attuariali e, per questo, deve fronteggiare le leggi del pareggio di bilancio. Perché quel sistema è deputato a dare certezza all'identità sociale dello Stato nelle ipotesi tipizzate all'art. 38, co. 2, Cost., tale che la trama costituzionale ne qualifica inderogabilmente la regolazione legale: essa "deve essere" finalizzata non a far quadrare i conti bensì a distribuire risorse scarse garantendo adeguatezza della tutela, equità, eguaglianza e, perciò, partecipazione e coesione sociale⁴.

In questi tratti riposa la sostenibilità giuridica e sociale del sistema pensionistico e di ogni sua rivisitazione, la quale, per quanto necessaria ed efficace ai fini della sostenibilità economico finanziaria delle gestioni, in essi trova vincolo non eludibile.

Sotto questo profilo, presenta un elevato tasso di problematicità il vigente sistema di tutela. Sistema su cui, è noto, ha drammaticamente inciso, da ultimo, la pressione dell'attualità economica segnata dalla recessione e della questione politica della credibilità internazionale dello Stato, nei modi definiti dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214 e successive modifiche e integrazioni.

Non si può dire che l'assetto della tutela *ex art. 38., co. 2, Cost.* oggi si discosti dalla garanzia del benessere pensionistico a Costituzione formale invariata, né che ne sia mutato il modello di attuazione, che è ancora di tipo occupazionale mitigato da solidarietà generale e previdenziale⁵. Si può dire, però, che ne risultano profondamente trasformati, nella fisionomia, i fondamenti. Per l'apertura della tessitura costituzionale – che non chiude i suoi principi ed i suoi diritti agli sviluppi etici, economici e sociali della collettività – l'orizzonte del *welfare* pensionistico si è infatti progressivamente arricchito delle ragioni di nuove sollecitazioni economiche e sociali. Queste, combinandosi con i fondamenti originari, ne hanno definitivamente modificato i tratti ed hanno aggiunto, come inderogabili nell'attuale momento storico, nuove istanze, conferendo al tradizionale modello inedite sfumature.

³ Sul rinnovamento della c.d. "piattaforma ideologica" della Carta v., da ultimo, FIORILLO M., *La riforma della Costituzione economica fra tempo, memoria e rimozione*, in *RP*, 2014, p. 35 ss.

⁴ Cfr.: RIVERSO, *Non è un paese per vecchi*, in *Questione giustizia*, 2011, p. 132 s.

⁵ V. CASILLO, *op. cit.*, p. 379 ss., p. 398 ss.

Sono queste “nuove” sfumature dei “vecchi” fondamenti della tutela che descrivono oggi un benessere pensionistico al limite della sostenibilità giuridica, perché la innovata configurazione dei principi consente al legislatore previdenziale di accedere all’impiego della massima apertura di “libertà” a cui il sistema giuridico ammette la “discrezionalità” mossa da istanze di contenimento della spesa. E poiché ciò procede senza adeguata sensibilità alle istanze di giustizia sostanziale, la ricaduta è un “tipo” pensionistico che presenta anche profili di spiccata iniquità e diseguaglianza. Un “tipo”, in definitiva, di dubbia sostenibilità sociale e al limite della sostenibilità giuridica, ai confini del costituzionalmente possibile.

In questo senso indirizza a ritenere non solo il fatto che il rapporto tra disponibilità delle risorse e adeguatezza della tutela si svolge oramai ai margini della legittimità, sollecitando l’attivazione di altri ambiti materiali per la garanzia di adeguatezza⁶. Risulta decisamente mutata anche la declinazione del canone di solidarietà previdenziale, per cui oggi la collettività generale partecipa al benessere pensionistico per l’essenziale, mentre alla collettività dei pensionandi e pensionati è richiesto un impegno forte per i bisogni della contingenza economica. I meccanismi di attuazione del valore, poi, non paiono rispondenti ai canoni equitativi, che si presentano sfumati anche nelle articolazioni dell’età giuridica di vecchiaia, che oggi assorbe totalmente i margini costituzionali del legittimo intervento legislativo e, di fatto, è collocata al limite della vecchiaia biologica.

Alla verifica giuridica degli ultimi due profili appena richiamati sono dedicate le riflessioni che seguono, partendo dall’analisi del principio di solidarietà ovvero, più esattamente, dal grado di equità sociale dell’attuale sistema pensionistico di vecchiaia.

2. *Il principio di solidarietà con equità, fuori e dentro l’art. 38 Cost.*

Il discorso sull’equità emerge sempre in occasione di politiche di rigore che investono le aspettative dei pensionandi e i diritti dei pensionati. Emerge sia per il profilo *intergenerazionale*, che è inevitabilmente coinvolto quando un sistema pensionistico funziona a ripartizione, sia per il profilo *intragenerazionale*, perché la ripartizione delle risorse scarse sollecita sacrifici, e nei

⁶ V. CASILLO, *op. cit.*, p. 389 ss.

modi della loro distribuzione tra le parti coinvolte si rivelano i caratteri di equità o non equità del sistema. Anche rimanendo nel binari del diritto positivo, si può dire che le scelte restrittive delle tutele per ragioni di risanamento economico ricadono in equità sociale solo se la distribuzione del sacrificio è informata a principi di solidarietà.

Il principio personalista e quello, che ne è alla base, dell'eguale dignità umana e sociale di tutti i membri della comunità – legati dal vincolo etico di appartenenza, non dal vincolo giuridico di cittadinanza – fonda quella particolare accezione del valore solidarietà⁷, esclusiva e non ambigua⁸, che, recepita all'art. 2 Cost., si rifrange in “doveri inderogabili” individuali come restituzione dei “diritti inviolabili” di partecipazione politica, economica e sociale riconosciuti a ciascuno⁹. “Restituzione” che si conforma ai modi in cui, di quei diritti, ciascuno ha beneficiato, cioè ad eguaglianza sostanziale. In ciò è, appunto, l'equità sociale, ricaduta della solidarietà dovere giuridico di partecipare alle necessità comunitarie secondo giustizia non formale bensì sostanziale.

A tale dovere nessun membro della collettività è sottratto. Non lo è neppure il lavoratore già pensionato ed il lavoratore pensionando.

Così declinato, infatti, il principio *ex art. 2 Cost.* informa la regolazione giuridica di tutte le situazioni nelle quali l'individuo si rapporta *uti socius* e pervade dall'interno anche il sistema di tutela *ex art. 38 Cost.* Nella struttura e nei modi, ancorché non predefiniti, la tutela è costruita sullo “sforzo verso la creazione di una solidarietà sociale” pur quando si svolge con caratteri assicurativi¹⁰ che la allontanano dalla logica propriamente redistributiva. E l'equilibrio, variabile nel tempo, tra il valore individualistico del merito – che lega la pensione alla contribuzione o retribuzione – e l'istanza solidari-

⁷ Per questa costruzione sono stati fondamentali gli spunti di: ALPA, *Solidarietà*, in NGCC, 1994, II, p. 372; GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in DSoc, 1996, p. 10; GRANAGLIA, *Attenzione alla retorica dell'equità*, in www.nelmerito.it; TONDI DELLA MURA, *La solidarietà tra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in www.rivistaaic.it.

⁸ V. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e “l'attesa della povera gente”*, oggi, in RTDPC, 2013, p. 413 ss.

⁹ C. cost. 18 maggio 1999 n. 172. Sulla connessione tra solidarietà e doveri piuttosto che diritti, v. LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in DD, 1994, p. 572 s.

¹⁰ Sulla solidarietà previdenziale non pensionistica v., da ultimo, DI STASI, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Giappichelli, 2013, p. 71 ss. L'inciso riportato è tratto dall'intervento dell'on. Basso, in I sottocommissione costituente, seduta dell'11 settembre 1946, resoconto sommario, p. 34, reperibile in www.legislature.camera.it.

stica portata dall'interesse della collettività generale o categoriale – che quel legame recide – esprime la configurazione che assume la solidarietà, connotato del sistema, nella contestualizzazione storico-economica in cui l'indagine si compie¹¹.

Condotta a questo fine, l'indagine deve considerare tutte le configurazioni che assume il principio solidaristico nella specificità pensionistica: la solidarietà generale, *inter* e *intra* categoriale¹².

3. *La collettività generale verso la collettività dei lavoratori pensionandi e pensionati: le chiusure e la solidarietà inversa*

Il percorso legislativo sulle pensioni degli ultimi venti anni non lascia dubbi circa l'affievolimento dell'impegno solidale della collettività (fiscalità) generale verso la collettività dei lavoratori sia pensionandi che pensionati¹³.

Per il primo aspetto, è significativa l'osservazione delle voci di spesa pensionistica a carico della Gestione interventi assistenziali¹⁴. Alla Gias, in base alla legge di riordino dell'Inps 88/89 (art. 37), confluiscono, tra l'altro, voci assistenziali *ex art.* 38, co. 1 – l'assegno sociale di vecchiaia e gli assegni di invalidità civile e relative integrazioni (co. 3, lett. a e b) – ma anche voci espressione della solidarietà generale verso il bisogno dei lavoratori *ex art.* 38, co. 2, Cost. Sono tali una quota parte delle prestazioni pensionistiche erogate dal Fpld e, dal 2012, dai fondi *ex Inpdap* nonché dalle gestioni speciali Inps dei lavoratori autonomi: quota, uniforme per tutti, non integrativa bensì sostitutiva della prestazione previdenziale ad essi spettante (co. 3, lett. c) determinata in base alla situazione finanziaria delle singole gestioni interessate

¹¹ Cfr: GIORDANO, *Assicurazione e solidarietà nell'evoluzione del sistema pensionistico*, in *DL*, 1995, p. 307 s.; CINELLI, *Occupazione, protezione sociale, nuovi modelli di welfare*, in *Jus*, 2010, n. 3, p. 434.

¹² C. cost. 27 giugno 1986 n. 173.

¹³ La Corte, dal canto suo, ha sempre considerato questo contributo "eccezionale e sussidiario" alla solidarietà di categoria: C. cost. 88/1995. Sul declino della solidarietà generale v. da ultimo PERSIANI, *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *DLRI*, 2014, p. 655 ss.

¹⁴ Gestione interamente coperta da fiscalità generale: CAZZOLA, *Separazione tra assistenza e previdenza? Abbiamo già dato*, in *www.bollettinoadapt.it*. Per i dati cui si fa riferimento v. Nucleo di Valutazione della Spesa Previdenziale, 2011, ultimo rapporto disponibile prima della soppressione dell'organismo, nonché *Il bilancio del sistema previdenziale italiano*, 2014, curato da Itinerari Previdenziali.

(art. 3, co. 2, l. 335/95); gli oneri derivanti dalle agevolazioni contributive previdenziali (lett. d) e quelli derivanti dai pensionamenti anticipati (lett. e). Secondo i dati attualmente disponibili, i trasferimenti pubblici alle destinazioni previdenziali della Gestione mostrano una tendenza decisamente regressiva¹⁵.

Per il secondo aspetto, relativo al declino della fiscalità generale in favore dei già pensionati, emblematica è la vicenda della perequazione (che cade direttamente tra le poste passive del bilancio pubblico) la quale, solo dal tempo della sua istituzione e fino agli anni '90 vede progressivi miglioramenti. La regressione della tutela è occasionata, come sempre, dall'affacciarsi di temi economici e finanziari, e procede con un percorso che inizia nel 1992 con la l. 503/92 – che all'art. 11, parametrava l'adeguamento non più ai salari ma alle variazioni dell'indice FOI¹⁶ – e prosegue con diverse sospensioni del meccanismo, solo raramente recuperate¹⁷. Se si escludono brevi periodi in cui la perequazione viene in effetti migliorata (da ultimo con la l. 3 agosto 2007 n. 127), negli ultimi anni si assiste ad una decisa contrazione della tutela mediante rimaneggiamento delle regole di base. Queste (disposte con l. 449/97 e l. 338/00) prevedono un adeguamento, per fasce di importo, che è pieno (100%) per le pensioni non superiori a 3 volte il minimo del Fpld, e parziale per le quote di pensione eccedenti la prima fascia, distinguendo gli importi compresi tra 3 e 5 volte il minimo (90%) da quelle che lo superano di 5 volte (75%). Già nel 2007 (con l. 247/07), per l'anno 2008 si escludeva la rivalutazione delle pensioni superiori ad otto volte il minimo; nel 2011, poi, per il biennio 2012–2013 il faticoso l'assestamento della l. 214/11 ha condotto (co. 25) alla rivalutazione totale delle pensioni rientranti nella prima fascia di importo ed alla sua sospensione per le fasce superiori, per le quali, a partire dal 2014, sarebbe ripresa la normale rivalutazione ex l. 449/97 e l. 338/00¹⁸.

Sennonché, la l. 147/13, art. 1, co. 483, ha mutato ancora il sistema di perequazione per il triennio 2014–2016. La percentuale è piena per le pen-

¹⁵ V. il Rapporto del NVSP, cit., p. 13 s., p. 24 s.; *Il bilancio del sistema previdenziale italiano*, cit., p. 27 ss.

¹⁶ Indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e impiegati.

¹⁷ Quelle della l. 14 novembre 1992 n. 438, ad esempio, vennero recuperate con l. 24 dicembre 1993 n. 537, art. 11, co. 5.

¹⁸ La disciplina risulta da abrogazioni della prima e più rigida regola di cui alla l. 111/11, art. 18, co. 3, sostituito dall'art. 25, d.l. 201/2011 modificato poi in sede di conversione con l. 214/11.

sioni fino a 3 volte il minimo; si riduce al 95% per i trattamenti fra 3 e 4 volte; al 75% per gli importi compresi fra 4 e 5 volte; al 50% per quelli superiori a 6 volte. Per gli altri importi, superiori a 6 volte il minimo, è posto un contributo almeno pari al 40% per l'anno 2014 e al 45% per gli anni 2015-2016, tuttavia non operante nel 2014 per le fasce di importo superiore a 6 volte il minimo. Inoltre, la rivalutazione non opera più in modo progressivo ma sulla pensione considerata nella totalità, con l'effetto di diminuzione del beneficio in termini assoluti¹⁹.

Si può anche convenire, con la Corte costituzionale, sul fatto che: le necessità finanziarie legittimano la rivisitazione peggiorativa della perequazione²⁰ rispetto alla quale peraltro non si pone la questione dei diritti acquisiti²¹; che le sospensioni dei meccanismi perequativi tutelano sempre le pensioni più basse e, rispetto a quelle più alte, la temporaneità delle misure restrittive fa "ragionevole" la riduzione della tutela²²; infine, che la eccezionalità delle misure mette al riparo la certezza del diritto e l'affidamento del cittadino²³. V'è da chiedersi, però, come valutare la sospensione della perequazione ininterrotta oramai da quattro anni e le modifiche nei modi di calcolo del beneficio (tendente all'irrisorio) se non come una sostanziale paralizzazione dell'adeguamento che "espone il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità (...) perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta"²⁴.

Un ultimo dato conferma la tendenza regressiva del contributo generale verso la collettività dei pensionati, ed è l'accentuarsi della richiesta solidaristica inversa. Ne è espressione la recente vicenda del contributo c.d. "di perequazione" che l'art. 18, co. 22 bis, l. III/II intendeva porre, dal 2011 al 2014, sui trattamenti pensionistici obbligatori superiori ad un certo ed elevato

¹⁹ Considerando che il FOI è, per l'anno 2014, pari a 1,2%, la rivalutazione per la prima fascia pensionistica – dal minimo (euro 501,34) fino a tre volte il minimo (1.486,29) – è compresa tra 5,95 e 17,84 euro al lordo della ritenuta fiscale.

²⁰ C. cost. 23 aprile 1993 n. 226; C. cost. 22 marzo 1995 n. 99.

²¹ CASILLO, *op. cit.*, p. 391 ss.

²² C. cost. 13 gennaio 2004 n. 30; C. cost. 8 gennaio 2007 n. 3; C. cost. 18 dicembre 2002, n. 531.

²³ C. cost. 3 novembre 2010 n. 316; C. cost. 5 luglio 2001 n. 256.

²⁴ Ancora C. cost. 3 novembre 2010 n. 316, e anche C. cost. 13 gennaio 2004 n. 30.

importo²⁵, il cui gettito sarebbe confluito “all’entrata del bilancio dello stato” e cioè, *ex art. 2 Cost.*, al risanamento dei conti pubblici.

La disposizione, come noto, è stata censurata dalla Corte²⁶, per il profilo discriminatorio in rapporto ai principi dell’imposizione fiscale (art. 3 e 53 Cost.), perciò con argomento giuridicamente corretto²⁷, anche nella precisazione finale, che suggerisce al legislatore il rispetto del principio di eguaglianza e di solidarietà economica “modulando diversamente un *universale* trattamento impositivo”²⁸. Non si esclude cioè, ma anzi si suggerisce, che i pensionati tutti siano chiamati al contributo solidaristico verso i bisogni della collettività generale. Il che può anche essere giustificato *ex art. 2 Cost.* Però, nella contingenza attuale, in cui il difetto di equilibrio dei conti è nella gestione generale ed anche in quella previdenziale, appare più conforme al connotato mutualistico *ex 38, co. 2, Cost.* – oltre che alla percezione sociale di equità pensionistica – la partecipazione dei pensionati al risanamento economico delle gestioni previdenziali, con la destinazione di quei contributi alla solidarietà categoriale, non generale²⁹.

4. *La solidarietà inter e intra categoriale*

L’ultima osservazione conduce al tema della solidarietà di categoria o, più correttamente, della mutualità previdenziale pensionistica che, conferma la Corte, è nell’art. 38, co. 2, Cost. indipendentemente dal meccanismo di attuazione della tutela³⁰. Una mutualità che, per essere, la pensione, retribuzione

²⁵ Importo superiore a 90.000 euro lordi annui, con contributo pari al 5% della parte eccedente fino a 150.000 euro, e pari al 10% per la parte restante. La l. 214/11 inserì un nuovo scaglione di 200.000 euro oltre il quale il contributo si elevava al 15%.

²⁶ C. Cost. 3 giugno 2013 n. 116.

²⁷ V. SANDULI P., *Le “pensioni d’oro” di fronte alla Corte europea dei diritti dell’uomo, alla Corte costituzionale italiana e al legislatore*, in *RDSS*, 2013, p. 683 ss.V. però anche la diversa opinione di ONIDA, *Pensioni “d’oro” e contributo di solidarietà*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

²⁸ Il corsivo è mio. La Corte riprende questo passo dalla pronuncia, di poco precedente, con cui censura con analoghe motivazioni il contributo di perequazione sulle retribuzioni dei magistrati: C. cost. 8 ottobre 2012 n. 223, sulla quale v. BONARDI, *La corta vita dei contributi di solidarietà*, in *ADL*, 2012, p. 1233.

²⁹ V. però SALERNO N., *È necessario che il prelievo di solidarietà vada a sostegno delle pensioni basse, per evitare il rigetto della corte costituzionale?*, in *www.newwelfare.org*.

³⁰ C. cost. 25 novembre 1986 ord. n. 254.

del dovere di partecipazione sociale attraverso il lavoro³¹, non assume connotati propriamente redistributivi. In ragione del carattere assicurativo degli strumenti di tutela, oggi ancor più marcato dalla generalizzazione del metodo contributivo, quella pensionistica è una tutela dai modi assicurativi mitigati da solidarietà interna, non l'inverso.

Sono tante le espressioni di mutualità previdenziale, innanzitutto *inter* categoriale. Lo sono i contributi di solidarietà disposti regolarmente dal 2000 ad oggi sulle pensioni, oltre un certo ed elevato importo, erogate dai regimi obbligatori, ad efficacia temporale limitata: destinati alla copertura della contribuzione figurativa per lavoratori interinali e co.co.co (l. 23 dicembre 1999 n. 488, art. 37), alle maggiorazioni delle pensioni d'annata (l. 24 dicembre 2003 n. 350) e, da ultimo, alla copertura degli interventi in salvaguardia degli esodati (l. 147/13, co. 590, che così opportunamente rivisita la perequazione censurata nel 2013³²).

Sussistono poi forme di mutualità *intra* categoriale. Innanzitutto quelle più consolidate: l'integrazione al minimo (ove ancora prevista) e la contribuzione figurativa, entrambe a carico delle gestioni di appartenenza; la fissazione di un tetto massimo di pensione che, per quelle contributive, è definito in via indiretta mediante un tetto massimo di contribuzione tale che il montante maturato in eccedenza, in assenza di posizione previdenziale complementare, rimane acquisito alla gestione di riferimento, mentre, per le pensioni calcolate col sistema misto, il tetto è ora stabilito in via diretta³³. Ed ancora, più recenti forme di solidarietà all'interno della categoria: il contributo di cui la l. 214/11, art. 24, co. 21 grava, per il 2013-2017, gli iscritti ed i pensionati in beneficio dei fondi di appartenenza confluiti, per il riordino degli Enti, al Fpld.

³¹ V. ancora CASILLO, *op. cit.*, p. 388; v. anche *infra*, par. 6.1.

³² La trattenuta è pari al 6% per le pensioni superiori a quattordici volte il trattamento minimo (91.251 euro lordi annui), del 12% per quelle superiori a 20 volte il minimo (130.359 euro lordi annui) ed infine del 18% per quelle superiori a 30 volte (ossia 195.538 euro lordi annui). Critico sulla norma, che allinea a quella precedente, censurata dalla Corte, CICONETTI, *Il rinnovo del contributo di solidarietà sulle pensioni: una più che probabile violazione del giudicato costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³³ Il limite è pari alla rendita che sarebbe spettata in base al solo calcolo retributivo, che non sempre è superiore a quella derivante dal metodo contributivo ma, anzi, nei casi di carriere retributive elevate e prossime al pensionamento, può anche essere inferiore. Anche in tale caso, la contribuzione non utile rimane acquisita alla gestione di appartenenza. La previsione, recentissima, si deve alla l. 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità per il 2015), art. 1, co. 707.

È possibile che questa espansione del profilo *inter* e *intra* categoriale dell'impianto solidaristico del sistema abbia in qualche misura alterato il dosaggio tra solidarietà e corresponsività che sino ad ora lo ha caratterizzato, senza tuttavia snaturarne il carattere assicurativo che, s'è detto, oggi è accentuato. Ed è certo che si assiste, oramai da qualche tempo, ad una crisi della solidarietà, vista dalla collettività non più come valore bensì come disfunzione del sistema³⁴. Ciò proprio in ragione della scarsa qualificazione equitativa degli interventi solidaristici, che rende alcune misure giuridicamente dubbie e socialmente non accettabili.

Un vistoso difetto di equità si rileva, per esempio, proprio negli ultimi contributi di solidarietà sia *intra* che *inter* categoriale, prima richiamati. Essi avrebbero avuto miglior corrispondenza giuridica e sociale, oltre che miglior esito finanziario, se fossero stati costruiti valutando la scansione temporale delle carriere contributive interessate, in modo da colpire, tra i profili pensionistici "d'oro", quelli che più hanno beneficiato del metodo retributivo – che rende in pensioni più di quanto si versa in contributi – sostanzialmente non equiparabili ai pensionati la cui rendita, pur di elevato e pari importo, riflette il metodo contributivo – che, invece raccorda prestazione a contribuzione versata³⁵.

5. Il "patto" tra generazioni economiche

La problematica giuridica dell'equità è delicata anche rispetto al profilo solidaristico connesso al metodo di funzionamento del sistema che, dal 1952, è quello della ripartizione.

Quando la tutela in vecchiaia è impostata in modo che la popolazione in attività finanzia, con la propria contribuzione, la copertura delle rendite dei pensionati coevi maturando credito, allo stesso fine, presso la popolazione attiva futura, il patto di solidarietà tra le generazioni, che così regge il sistema, vuole garantita pari opportunità di pensione tra generazioni successive. Un patto nel quale, è bene precisare, lo Stato non è protagonista, pur avendolo imposto; è solo sostenitore della sua tenuta sociale mediante garanzia, appunto, di equità *inter* generazionale³⁶.

³⁴ V. CINELLI, *Occupazione, protezione sociale, nuovi modelli*, cit., p. 433 s.

³⁵ V. BOERI, NANNICINI, *Non per cassa, ma per equità*, in www.lavocceinfo.it.

³⁶ V. BALANDI, *Diritti sociali e riforma dello stato sociale*, in *PD*, 1999, p. 67.

Il tema è la contestualizzazione della più ampia questione di giustizia distributiva tra generazioni in conflitto, da qualche anno avvertita da economisti, sociologi, demografi, politologi³⁷. Ma di rado da gius-previdenzialisti. Questo perché quando le generazioni sono intese in senso demografico³⁸, la mediazione solidale tra di esse non è un problema declinabile in termini di diritto e, nella specie, di diritto previdenziale, almeno nell'attuale ordinamento³⁹.

Da una parte, è controverso che si possa configurare, in capo alle generazioni di oggi, una situazione giuridica soggettiva passiva quale dovere di copertura dei bisogni di vecchiaia delle generazioni di domani. Non perché, in capo ed esse, non esista in prospettiva il "diritto", che è nell'art. 38, co. 2 Cost.; è piuttosto indeterminato il "bisogno" che ne costituisce il presupposto e ne parametra il "contenuto" ovvero sia l'azione in garanzia, oltre che il numero dei soggetti destinatari della tutela nel futuro⁴⁰. Bisogni e garanzie che nella declinazione anche quantitativa sono variabili sociali e perciò non predeterminabili. Né, per la dubbia consistenza del "diritto delle generazioni future", la discrezionalità politica può dirsi ad esso vincolata: lo è forse socialmente, ma non giuridicamente.

Dall'altra parte, se, più correttamente, si assume in proposito un dovere etico-giuridico, si dubita che la garanzia di pari opportunità pensionistiche tra generazioni demograficamente successive possa essere veicolata attraverso la modulazione di strumenti, metodi e tecniche previdenziali. Sono più appropriati strumenti, metodi e tecniche volti allo sviluppo dei presupposti per la produzione di ricchezza adeguata alla tutela pensionistica delle generazioni debitorie oggi ma creditrici domani.

Lo scenario problematico cambia, e diviene giuridicamente accessibile,

³⁷ V. BERTOCCHI, *L'equità intergenerazionale: alcune linee di intervento possibili*, in *SSoc.*, 2004, p. 433 ss. e ivi ulteriori riferimenti; SOMAINI, *Equità e riforma del sistema pensionistico*, Il Mulino, p. 139 ss.

³⁸ Intese cioè come insieme di individui nati in un certo lasso di tempo. V., per la differenza tra le concezioni di generazione, PINCASTELLI, *Equità fra le generazioni: appunti per una analisi sociologica*, in *SPS*, 2003, p. 60.

³⁹ Sulla la proposta di inserire, nella modifica dell'art. 81 Cost., un diritto delle generazioni future, v. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in www.amministrazioneincammino.it, p. 6.

⁴⁰ Lo segnala, in generale, LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 569. V. però i diversi contributi in BIFULCO R. (a cura di), *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, 2009.

se il patto solidale si intende tra generazioni definite economicamente⁴¹: non coorti demografiche presenti e future, bensì gruppi individuati in base al loro rapporto col sistema produttivo, compresenti in un dato momento storico, come generazione di adulti attivi, debitrice di contributi, e generazione di anziani pensionati, creditrice di pensioni per il debito precedentemente assolto nella vita attiva e di cui, per la ripartizione, altri hanno beneficiato. Del patto tra generazioni coeve è infatti possibile sia la tematizzazione giuridica – gli attivi ed i pensionati sono identificabili ed il debito e credito di pensione sono, rispettivamente, situazione soggettiva passiva (dovere di contribuzione) e attiva (diritto di pensione) entrambe storicamente quantificabili – sia la soluzione previdenziale della solidarietà equa.

Le teorie economiche spiegano che⁴², in una logica in cui sugli attivi cade il debito (dovere) contributivo che fonda, nei limiti della solidarietà finanziariamente orientata, il credito (diritto) vantato dagli pensionati per l'impegno contributivo assolto nella vita attiva, lo svolgimento del rapporto solidale debito-credito tra generazioni è equo se sono eguali, tra di esse, le "ragioni dello scambio"⁴³. La tenuta del patto è cioè assicurata dall'egualianza, per ogni coppia di generazioni compresenti, del rapporto tra il debito degli attivi verso i precedenti pensionati ed il credito di quella stessa generazione di attivi, una volta anziana, verso i successivi lavoratori⁴⁴. Ed in questo non è neutrale la scelta di diritto previdenziale tra i metodi di calcolo delle pensioni, ciascuno configurando diversamente quel rapporto.

Rispetto al metodo retributivo, quello contributivo è ritenuto più adeguato, oltre ad autofinanziare il sistema, a fronteggiare il rischio, economico e demografico, che può alterare l'equilibrio tra le ragioni di scambio⁴⁵. Qui, spiega ancora il pensiero economico, l'equità *intergenerazionale* è perseguita predeterminando e mantenendo costante il rapporto – non tra reddito e pensione, come nel metodo retributivo ma – tra contributi e pensione⁴⁶, me-

⁴¹ V. ancora, per questa definizione, PINCASTELLI, *op. cit.*, p. 60.

⁴² Si semplificano, ora, gli articolati studi di PINCASTELLI, *op. cit.*, 78; BERTOCCHI, *op. cit.*, p. 450 ss.; SOMAINI, *op. cit.*, p. 205 ss.

⁴³ Per questa tesi v. SOMAINI, *op. cit.*, p. 221 ss.

⁴⁴ Lo chiarisce bene PINCASTELLI, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁵ Un confronto tra i due sistemi rispetto al rischio demografico e attuariale, anche in rapporto alla ripartizione e capitalizzazione, si trova in BERTUCCI, *La questione del modello delle pensioni*, in *EP*, 2009, 1-2, p.45 ss.

⁴⁶ Per questo e altri strumenti tecnici di implementazione sostenibile del sistema della ripartizione, v. le diverse tesi analizzate da BERTOCCHI, *op. cit.*, p. 444 ss.

dianche la fissazione dell'aliquota di contribuzione e prevedendo di non mutarla se non in funzione delle dinamiche attuariali, inflazionistiche e di crescita economica a cui è adeguato il coefficiente di trasformazione, in modo da realizzare un tasso – un rapporto tra contributi e pensioni – tendenzialmente costante per ogni generazione.

5.1. (segue) *La rinegoziazione definitiva e, ancora, il difetto di equità*

Sotto questo profilo, può essere vista con favore l'universale applicazione della pensione contributiva voluta dalla l. 214/11. Una scelta che ricade nella definitiva rinegoziazione del patto di solidarietà pensionistica, avviata in modo "silenzioso" nel 1995⁴⁷, rispetto a quello stabilito sino al 1992, perché mutano radicalmente i termini della ragione di scambio rispetto alla quale verificare l'eguaglianza che assicura la tenuta del patto sociale.

È vero anche, però, che la accelerazione del passaggio dall'uno all'altro regime determina, in modo più vistoso rispetto al periodo transitorio seguito alla l. 335/95, una diseguaglianza nel rapporto debito-credito pensionistico tra generazioni coeve, alcune delle quali, ancora attivi o già pensionati, ancorate al (più elevato) rapporto tra retribuzione e pensione, altre a quello (meno elevato) tra contributi e pensione. Ed è una solidarietà *intra* generazionale decisamente iniqua, ancorché inevitabile per la transizione tra i due metodi di calcolo e limitata al tempo di coeva sussistenza delle generazioni attratte ai diversi regimi. Una iniquità che, nella contingenza attuale che l'ha determinata, può essere mitigata non tanto da una logica redistributiva *inter* categoriale – forse socialmente accettabile ma non proprio coerente con l'art. 38, co. 2, Cost., bensì – da una ripartizione *inter* e *intra* categoriale equa delle istanze di risanamento economico, che cioè tenga conto della diversità tra beneficio pensionistico contributivo e retributivo⁴⁸.

V'è da dire, peraltro, che la generale adozione della tecnica contributiva

⁴⁷ BALANDI, *Perché e come un testo unico pensionistico*, in *LD*, 2001, p. 345 s.

⁴⁸ Solo con riferimento alla solidarietà tra generazioni, e per il profilo ora segnalato, si condividono le osservazioni sulla iniquità del sistema contributivo che non è, di per se solo, non solidale. Diverso è il discorso sul portato di iniquità delle scelte tecniche per la sua realizzazione, rilevato in ordine all'aggancio del coefficiente di trasformazione al PIL giudicato indicatore non più adeguato a misurare la crescita economica: v. VALLACQUA, *Il passaggio al contributivo richiede un ripensamento sul suo rendimento: riflessioni sulla riforma Fornero*, in *www.bollettinoadapt.it*.

non ipoteca l'equità tra generazioni, ma sposta il problema al verificarsi di eventi economici e/o demografici negativi. I diversi strumenti di riequilibrio del sistema sono infatti tutt'altro che ininfluenti sulla solidarietà equa. L'incremento delle aliquote contributive, possibile in astratto ma la cui sostenibilità risente del livello impositivo già esistente, ricade sulle sole generazioni attive. Pure iniqua è la riduzione delle prestazioni, comunque perseguita, perché carica l'evento negativo esclusivamente sulla generazione dei pensionati. Si tratta, in entrambi i casi, di interventi sui termini della ragione di scambio che, se stabilmente acquisite al sistema e non recuperate, ne alterano l'eguaglianza tra generazioni e, con essa, il patto di solidarietà.

A questo si espone la nuova regolazione del sistema pensionistico ai sensi della l. 214/11 in cui si rintracciano entrambe le misure⁴⁹.

A miglior esito, per il profilo equitativo che ora si considera, avrebbero condotto (ma potrebbero ancora condurre) scelte più coraggiose circa i contributi di solidarietà in capo ai lavoratori sia pensionandi che pensionati, nei termini prima segnalati, anche contro le resistenze della "logica della spetanza"⁵⁰.

Occorre infine segnalare, concludendo sul punto, che le teorie economiche affermano la piena compatibilità tra equità e perciò sostenibilità sociale del patto tra generazioni e innalzamento dell'età pensionabile⁵¹. Ciò che pure rientra tra gli strumenti con cui la l. 214/11 reagisce al recente *shock* economico e finanziario. L'adozione di ogni meccanismo di rivisitazione del sistema pensionistico, per quanto finanziariamente efficace, richiede però, s'è detto, sempre una verifica di praticabilità giuridica, che investe sia gli strumenti che le tecniche di implementazione, e che si compie in termini di coerenza sia con la struttura e la *ratio* della tutela sia coi principi di carattere generale. E da questa verifica, la validità finanziaria dell'aumento dell'età di pensione risulta giuridicamente molto condizionata.

⁴⁹ Tra gli aumenti del carico contributivo si segnalano: per gli iscritti alla Gestione separata ex art. 2, co. 26, l. 335/95 un aumento dell'1% (27,72%), ancorché iscritti ad altre gestioni (18%); art. 22, co. 1, l. 183/2011. Per i lavoratori autonomi iscritti alla Gestione speciale INPS, un aumento del 1,3 % nel 2012 e dell'0,45% negli anni successivi, fino ad arrivare al 24% nel 2018; art. 24, co. 22, l. 214/11. Si aggiunge poi il permanente obbligo contributivo, con aliquota non inferiore al 50% di quella ordinaria, per i professionisti pensionati ancora lavoratori: art. 18, co. 11, l. 111/11.

⁵⁰ V. PERSIANI, *Crisi economica e crisi del welfare state*, op. cit., p. 654.

⁵¹ V. DE SANTIS, *Pensioni e invecchiamento*, in *EL*, 2005, p. 55 ss.

6. *La vecchiaia giuridica*

Se si riflette sui fondamenti della tutela costituzionale e sui valori da cui origina, il momento dell'esistenza umana che l'art. 38, co. 2, Cost. inserisce nel programma di "tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo"⁵² si coglie al sopraggiungere del declino dell'attitudine psico-fisica allo svolgimento del diritto-dovere di partecipazione sociale attraverso il lavoro. Ad esso si connette l'insorgere del bisogno che, se socialmente rilevante, comporta, nella logica di sicurezza sociale costituzionalizzata, il diritto a pensione.

Ai fini della collocazione temporale dell'evento nella vita biologica appare perciò ininfluente il tempo di "contribuzione" al progresso sociale. Esso rileva per la quantificazione della prestazione – che è "retribuzione" del lavoro mitigata da mutualità – o per l'attivazione della solidarietà categoriale in ipotesi di carriera di lavoro minima (co. 2). Di riflesso, è ininfluente pure il non aver mai assolto a quel dovere (co. 1); caso in cui, al verificarsi dell'evento, si attiva la solidarietà generale ai fini della tutela – che perciò non è "diritto al riposo".

Ne deriva che la determinazione per convenzione sociale dell'età anagrafica di "vecchiaia giuridica" è conforme al dato costituzionale se contenuta nei limiti dell'età in cui cade la "vecchiaia biologica", determinata dalle scienze statistiche e attuariali, fino anche a coincidere con essa. Scostamenti paiono però legittimi, ancorché non necessari, per il rispetto della libertà individuale, tuttavia nei limiti dell'assolvimento del "contributo di lavoro" socialmente definito come adeguato. E appaiono non solo legittimi, ma anche necessari, per ragioni di giustizia sostanziale, quando la particolarità del lavoro svolto impone di valutare una diversa "vecchiaia biologica nel lavoro", che quella presunzione giuridica di inabilità può anticipare o anche posticipare. Non appare viceversa conforme al dato costituzionale un'età di vecchiaia giuridica totalmente sganciata da quella biologica: la prestazione che si connette all'evento non è qui "retribuzione" del lavoro *ex art. 38, co. 1, Cost.*, ma è (questo sì) "diritto al riposo" maturato per lo svolgimento di lavoro nei tempi apprezzati come sufficienti dalla collettività, ma estraneo alla protezione costituzionale – l'oramai superata pensione di anzianità.

⁵² MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *RTDPC*, 1982, p. III7 ss.

6.1. L'aumento dell'età anagrafica di accesso alla pensione

Se così è, non è possibile, in linea col principio giuridico, censurare interventi di innalzamento del requisito anagrafico di accesso alla pensione. Benché obiezioni numerose si levano sull'efficacia della misura in un sistema che reagisce all'invecchiamento demografico, che richiede invece interventi più organici⁵³, la scelta è nella discrezionalità del legislatore, vincolato al solo limite diretto dell'età di vecchiaia biologica. Ed è ciò che ha fatto, da ultimo, la l. 214/11.

L'intervento – come pure i disincentivi ai prepensionamenti e altre misure di prolungamento della vita attiva – rientra tra gli strumenti la cui adozione l'Unione Europea suggerisce, e non da ora, agli Stati membri⁵⁴ per condurli “Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri”⁵⁵, anche e soprattutto nel tempo di crisi⁵⁶, facendo del prolungamento della vita lavorativa un momento fondamentale dell'Agenda con cui si propone di sostenere le iniziative degli Stati in tal senso⁵⁷, in linea con il più complessivo approccio globale pensato per giungere in modo “coordinato”, nel 2020, ad una Europa che cresce in modo intelligente, sostenibile ed inclusivo⁵⁸.

Intorno a questo tema il dialogo tra l'UE ed il legislatore interno è iniziato nel 2008, benché limitatamente alla ben nota questione dell'età di pensione delle lavoratrici nel settore pubblico⁵⁹. E con la stessa celerità con cui

⁵³ In particolare v. PIZZUTI, *Invecchiamento e sistemi pensionistici: problemi reali e soluzioni ingannevoli*, in *Meridiana*, 2004, p. 199 ss.

⁵⁴ L'attenzione dell'Unione ai sistemi pensionistici quale ambito di *governance* persuasiva risale al 2001 quando, sulle premesse poste a Lisbona, si avvia la riflessione della quale momenti significativi sono il Consiglio di Goteborg, che discute sul documento del Comitato per la Protezione Sociale, Pensioni adeguate e sostenibili, Giugno 2011, e il Consiglio di Laeken, che ne formalizza le conclusioni in undici obiettivi specifici sui quali avviare il coordinamento tra gli Stati membri (Consiglio Europeo, Conclusioni della presidenza, Laeken, 14.15 dicembre 2001).

⁵⁵ Libro verde, COM(2010)365, 7 luglio 2010, pp. 4 e 6.

⁵⁶ Ma non solo. L'UE ha costantemente impiegato gli strumenti a sua disposizione per orientare le politiche pensionistiche degli Stati: RAVELLI, *Il “MAC/Pensioni” nel quadro del coordinamento delle politiche comunitarie*, in *RDSS*, 2009, p. 593 ss.

⁵⁷ Libro Bianco: Un'agenda dedicata a pensione adeguate, sicure e sostenibili, COM(2012)55, 16 febbraio 2012, p. 10 s.

⁵⁸ Europa 2020, Una Strategia per la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010)2020.

⁵⁹ Età fissata a 60 anni, a fronte dei 65 per i lavoratori, dalla l. 335/95, art. 2, co. 21, La sentenza CGE C-46/2007 del 13 settembre 2008 ritenne la norma del 1995 discriminatoria ai sensi

in quella occasione le prescrizioni della Corte di Giustizia furono (acriticamente) seguite⁶⁰, lo sono stati pure gli inviti formulati dal libro Verde nel 2010, con una serie di disordinati interventi alla fine composti nella l. 214/11⁶¹.

La legge, preservando antiche deroghe e disponendo apposite esclusioni⁶², dispone l'innalzamento dell'età anagrafica di vecchiaia con applicazione generalizzata ai pensionamenti successivi all'1.1.2012: per tutti i regimi Ago, per quelli esclusivi, sostitutivi e integrativi, con delega a decreti di armonizzazione per quei fondi che, gestiti da enti di diritto privato o anche dall'Ago, mantengono ancora regole differenti (art. 24, co. 18)⁶³; per ogni tipologia di lavoro (dipendente o autonomo); per i lavoratori e per le lavoratrici.

L'innalzamento, decisamente drammatico⁶⁴, procede in tre modi: aumento *ex lege*, adeguamento di ogni requisito anagrafico (e ogni requisito contributivo) alle variazioni dell'aspettativa di vita media, clausola di chiusura.

dell'allora art. 141 TCE, con condanna dello Stato italiano. Si segnala che analoga questione è stata posta all'attenzione della Commissione ad ottobre del 2013 con riferimento al requisito contributivo per la vecchiaia anticipata, che l'art. 24, l. 214/11 determina, sia per le lavoratrici pubbliche che private, in 41 anni e 6 mesi a fronte dei maggiori 42 anni e 6 mesi previsti per i lavoratori (v. *infra* nel testo). La censura discriminatoria, della quale a quanto consta non ci sono ancora esiti, varrebbe ai sensi dell'art. 157 TFUE e direttiva 56/2006/CE.

⁶⁰ Alla sentenza del 2008 dette seguito il d.l. 1 luglio 2009 n. 78 (art. 22-ter, co. 1) convertito con l. 3 agosto 2009 n. 102, con innalzamento di un anno nel 2010, di un ulteriore anno nel 2011, e di ulteriore anno ogni due successivi al 2011 fino ad arrivare a 65 anni al 1.1.2018. Dopo appena un anno, la l. 122/10 riduce la gradualità a due soli scatti: il primo, di 1 anno, dal 2010 al 2011, il secondo, di 4, nel 2012.

⁶¹ Altri paesi europei hanno seguito i "suggerimenti" dell'Unione, con riforme che nel seguito si richiameranno per la Francia, il Regno Unito e la Germania limitatamente alla pensione dei dipendenti privati e solo per alcuni aspetti, ma che ben altra analisi meriterebbero in raffronto alle scelte del legislatore interno, tuttavia troppo lontana dalla prospettiva in cui si muove questo studio. Per la Francia, le norme di riferimento sono la *Loi* 9 novembre 2010 n. 2010-1330, il *Decrèt* 2 luglio 2012 n. 2012-847, il *Decrèt* 13 dicembre 2013 n. 2013-1155 (www.legifrance.gouv.fr). Per l'Inghilterra, il *Pension Act* del 2007, 2008 e del 2011 (www.legislation.gov.uk). Per la riforma tedesca del 2014, riferita all'età di pensione, v. CAZZOLA, *Che cosa insegna la Germania*, in www.bollettinoadapt.it.

⁶² Per le quali v. CASILLO, *op. cit.*, p. 396 ss. Con riferimento ai c.d. esodati è da registrare la "sesta salvaguardia", disposta con l. 10 ottobre 2014 n. 147.

⁶³ È il caso delle Casse professionali e degli altri fondi gestiti da Enti *ex d.lgs.* 30 giugno 1994 n. 509 e d.lgs. 10 febbraio 1996 n. 103; del Fondo per i lavoratori delle miniere, del Fondo per le forze di polizia, delle forze armate, dei vigili del fuoco, da armonizzare tutelando le "obiettive peculiarità ed esigenze dei settori di attività".

⁶⁴ ANDREONI, *Le pensioni nel passo del gambero*, in *RGL*, 2014, n. 2, p. 242.

L'aumento *ex lege* a 66 anni è posto con effetto immediato sui pensionamenti dei lavoratori dipendenti pubblici e privati, dei lavoratori autonomi iscritti alle gestioni separate e speciali inps⁶⁵, delle lavoratrici dipendenti nel settore pubblico⁶⁶ (art. 24, co. 6, let. c e d) e con effetto “graduale”⁶⁷ per le lavoratrici private dipendenti ed autonome iscritte alle gestioni separate e speciali Inps⁶⁸.

L'età di 66 anni non è tuttavia tempo di sicuro accesso trattamento di pensione che può essere posticipato, dovendo contestualmente concorrere il perfezionamento del requisito contributivo⁶⁹. Per i lavoratori già assicurati prima della l. 335/95 – che sono oggi in regime misto, o contributivo se a quell'epoca optanti – esso è pari a 20 anni di contribuzione a qualsiasi titolo accreditata; così pure per gli assicurati successivamente al 31.12.1995, purché l'importo di pensione sia almeno pari a 1,5 volte l'assegno sociale⁷⁰; scende

⁶⁵ Per questi soggetti, in regime contributivo, il precedente requisito era così definito, per tre ipotesi di pensionamento: età di 65 anni (con almeno 5 anni di contribuzione e importo soglia minima di 1,2 volte l'assegno sociale); nessun limite di età, con 40 anni di contribuzione; età a partire da 61, nel 2013, e somma di età anagrafica e anzianità contributiva (quota) pari a 97 (art. 1, co. 6, lett. b), n. 1) e 2), l. 243/04; l. 247/97). Per le pensioni retributive o miste, il pensionamento di vecchiaia era possibile all'età di 65 anni (e anzianità contributiva di 20 anni) (*ex* l. 503/92, art. 1, co. 23, l. 335/95); quella di anzianità: con età di 57 anni e 35 anni di contribuzione, con sola anzianità contributiva di 40 anni (art. 1, co. 25, l. 335/95).

⁶⁶ La precedente l. 122/09 (v. nota 60) fermava l'età di pensione a 65 anni.

⁶⁷ V. CAVATERRA, *Pensioni: i diritti negati*, in *RGL*, 2014, n. 2, p. 400 s.

⁶⁸ L'innalzamento avviene prima, con l'art. 18, co. 1, l. 111/11, con inizio degli aumenti sui 60 (61) anni nel 2020 ed il completamento (a 65 anni) nel 2032. Poi, l'art. 1, co. 20, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con l. 14 settembre 2011, n. 148, anticipa l'aumento al 2014 e la conclusione, sempre a 65 anni, nel 2026. Infine, l'art. 1, co. 6, lett. a) e b), l. 214/11, a partire dall'anno 2012 porta il requisito di partenza dai 60 ai 62 (63) anni, con aumenti progressivi fino a 66 anni nel 2018.

⁶⁹ Non più, ora, anche le finestre di decorrenza, oramai abolite (art. 24, co. 5).

⁷⁰ Intorno a questa norma sembra mal posta la questione se sia “giusto e legittimo che la legge italiana ... imponga ai poveri di lavorare più dei ricchi” (MARANO A., *Welfare e pensioni, i problemi rimossi*, in *www.sbilanciamoci.it*). La “giustizia previdenziale pensionistica vuole che la pensione rifletta la partecipazione al progresso comunitario misurata, oggi, con l'anzianità contributiva (riflessa dalla rendita che ne risulta). Ad essa è conforme la predeterminazione di un “contributo di lavoro” minimo per l'accesso alla pensione previdenziale, così come lo è il fatto che, al di sotto di questa soglia, si acceda alla pensione assistenziale (art. 38, co. 1). Altra e diversa è invece la stessa questione se, abbandonando la assai dubbia e equazione tra “minima contribuzione” e “povertà” del lavoratore, la prospettiva si sposta alla “minima contribuzione” come effetto necessitato dalla “massima precarietà” a cui la legislazione del lavoro sembra destinare le future generazioni.

a 5 anni di contribuzione effettiva, con esclusione quindi degli accrediti figurativi e volontari, ma senza soglie minime di importo, ai 70 anni di età (art. 24, co. 7, l. 214/11).

La soglia dei 66 anni può pure essere anticipata, tuttavia in presenza di requisito contributivo più severo. Combinando i minimi legali e gli aumenti progressivi per il triennio 2012-2014 (previsti dall'art. 24, co. 10) con gli adeguamenti alla speranza di vita, di cui come detto risente anche il requisito contributivo (co. 12), a partire dal 2014, e fino al successivo adeguamento di ulteriori 4 mesi per triennio 2016-2018⁷¹, risultano oggi necessari 42 anni e 6 mesi, per gli uomini, e 41 e 6 mesi, per le donne, di accrediti a qualsiasi titolo tranne che volontario, ma con valore maggiorato di 1,5% per i periodi di lavoro in età minorile, per gli assicurati in regime contributivo (*post* 31.12.1995). Occorrono sempre 41 o 42 anni e 6 mesi di accrediti, stavolta effettivi solo per i primi 35 anni di contribuzione, agli assicurati oggi in regime misto o contributivo (cioè gli assunti *ante* 31.12.1995 e non optanti).

L'età minima di pensione anticipata non è fissata. Lo è invece una penalizzazione nella specie di riduzione della prestazione per i pensionamenti in età inferiore a 62 anni⁷², esclusa solo se l'anzianità contributiva matura entro il 2017 (da ultimo: l. 190/15, art. 1, co. 133 che così tutela ulteriormente all'attività lavorativa precoce benchè limitatamente ai pensionandi del 2015-2017⁷³). Per gli assicurati dopo la riforma del 1995, l'età di pensione può essere anticipata a 63 anni, senza penalizzazioni, con 20 anni di contribuzione e una soglia minima di pensione pari a 2,8 volte l'assegno sociale (art. 24, co. 11).

⁷¹ Seguendo la cadenza triennale *ex* art. 24, co. 12, quest'ultimo adeguamento è stato determinato a inizio 2015 (d.m. 16 dicembre 2014, MEF). Il successivo sarà determinato, a norma del co. 13, con cadenza biennale, con effetto dal 2019-2020. Per l'evoluzione della normativa v. nota 81.

⁷² La penalizzazione si applica sulla quota di pensione relativa alla contribuzione maturata fino al 31.12.2011, ed è pari dell'1% per ogni anno di anticipo rispetto ai 62 anni, elevata al 2% per ogni anno ulteriore di anticipo rispetto a due anni.

⁷³ Si osserva che la legge di stabilità per il 2015 (l. 190/14) interviene cancellando una norma di poco precedente – l'art. 6, co. 2-*quater*, l. 14/12 come modificato dall'art. 4-*bis*, l. 30 ottobre 2013 n. 125 di conversione del d.l. 31 agosto 2013 n. 101 – che analogamente depenalizzava i prepensionamenti inferiori a 62 anni e sempre fino al 2017, tuttavia ampliando il novero dei contributi figurativi utili alla determinazione del requisito contributivo (non solo sospensioni *ex* art. 2110 c.c. ma anche congedi per donazioni di sangue e i congedi parentali per paternità e maternità), peraltro ancora esteso dalla legge di stabilità per il 2014, l. 147/2013, che vi aveva incluso i congedi parentali per assistenza ai disabili.

Così ricapitolata, la disciplina dell'aumento dell'età di pensione, in sé legittimo, sollecita diverse notazioni problematiche.

In primo luogo, colpisce il disvalore per la contribuzione figurativa⁷⁴ e la contribuzione volontaria rispetto a quella obbligatoria, che l'ordinamento equipara per dare rilevanza al valore primario degli interessi della persona da cui deriva la sospensione del rapporto di lavoro, nel caso di contribuzione figurativa, e allo sforzo individuale verso una adeguata pensione nonostante periodi di inattività, nel caso di contribuzione volontaria. Questo la legge vanifica, con sicuri dubbi di legittimità se la svalutazione trova ragioni nel ritorno finanziario generato dall'aumento dell'età di pensione conseguente all'allungamento del tempo di maturazione del requisito contributivo. Poco cambia, per la contribuzione figurativa, se la *ratio* della disposizione è nel disvalore del "diritto al riposo", essendo irrazionalmente travolte, senz'appello, istanze fondamentali della persona⁷⁵.

7. *La dubbia flessibilità possibile e necessaria*

In secondo luogo, la costruzione del ventaglio dei tempi di pensionamento pone più di un dubbio sulla garanzia di flessibilità, solo possibile o anche necessaria.

Il primo momento per l'accesso alla pensione è l'età di 70 anni, soglia massima di vecchiaia giuridica coincidente con la vecchiaia biologica e, perciò, età limite di lavoro ai fini pensionistici (presunzione di inabilità). Ciò si può sostenere perché l'età di 70 anni consente la pensione con contributo di lavoro anche minimo senza altra condizione; perché oltre quell'età, la eventuale contribuzione a fini pensionistici è esente da adeguamento dei coefficienti di trasformazione; infine, perché a 70 anni viene meno la ampliata

⁷⁴ Oltre agli accrediti figurativi "cancellati" dalla recente l. 190/2014 (v. nota che precede) rimangono ad esempio esclusi dal computo gli accrediti per i periodi di disoccupazione, di mobilità, di cassa integrazione straordinaria o in deroga. V. i messaggi Inps n. 219/ 2013 e n. 5820/2014.

⁷⁵ Il ridimensionamento della contribuzione figurativa appare anche nel Jobs Act, l. 183/2014 che, nell'ambito della delega alla revisione delle tutele in caso di disoccupazione involontaria (art. 1), prevede "l'introduzione di massimali di contribuzione figurativa" (co. 2, lett. b), n. 4) oltre i quali, evidentemente, quella contribuzione non avrà valore ai fini dell'ottenimento della prestazione.

garanzia di stabilità reale del rapporto degli stessi lavoratori che, pur in età di pensione, scelgono di proseguire l'attività (art. 24, co. 4)⁷⁶.

Il secondo momento di pensionamento cade in una delle età comprese in un primo intervallo di scostamento dall'età soglia massima (70 anni), che ha come estremo minimo i 66 anni, soglia di vecchiaia giuridica normale.

Il terzo cade in un intervallo in cui l'età anagrafica massima è ancora 70 anni, ma l'età minima non è definita formalmente bensì sostanzialmente, in base alla "effettiva" partecipazione di lavoro misurata dall'anzianità contributiva. Combinando il requisito contributivo massimo (che di base è 41/42 anni con adeguamenti) con l'età minima di accesso al lavoro (generalmente 15 anni) e tenendo conto delle vicende della vita che possono incidere sulla effettività della contribuzione, l'età minima di pensione che risulta (56 anni) appare inverosimile – soprattutto per le lavoratrici – potendo essa, più realisticamente, collocarsi in tempo successivo. Ma l'accesso al pensionamento prima dei 62 anni è, s'è detto prima, tranne una eccezione temporanea, fortemente penalizzato⁷⁷.

Se per flessibilità dell'età di pensione si intende che essa, secondo scelta individuale, può cadere indifferentemente in uno dei momenti previsti, quella disegnata dalla l. 214/11 non lo è⁷⁸. L'autonomia individuale non è libera ma orientata al pensionamento tra i 66 ed i 70 anni essendo, gli accessi in età inferiore ai 66 anni, condizionati dalla severità del requisito contributivo e dalle

⁷⁶ La riforma francese del 2010 sceglie altro (e meno macchinoso) sistema di incentivo alla prosecuzione del lavoro fino a 70 anni: una maggiorazione (*surcote*) dell'importo della pensione del 5% l'anno. Sulle incertezze circa l'applicazione della nuova disposizione v. CANAVESI, *Prosecuzione del rapporto, età pensionabile e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *DRI*, 2013, p. 665 ss. È anche da segnalare che i richiamati incentivi non sembrano applicarsi ai dipendenti pubblici. L'interpretazione autentica della norma (art. 24, co. 4, l. 214/11) operata dalla l. 13 agosto 2013 n. 125, salva l'età limite ordinamentale per il collocamento a riposo d'ufficio previsto dai settori pubblici di appartenenza, limite superabile solo nel caso di trattenimento in servizio (oramai abolito dal 31 ottobre 2014: art. 1, co. 3, d.l. 90/2014 conv. con l. 114/14) o se necessario per consentire al lavoratore il raggiungimento dei requisiti per il diritto a pensione secondo le nuove regole.

⁷⁷ In ciò la legislazione interna di fatto è in linea con quella francese, che associa l'età di 62 anni al maggior requisito contributivo di 43 anni, a regime nel 2035, e anche con quella tedesca, in cui l'età minima di pensione è di 63 anni tuttavia con 45 anni di contribuzione ancorché in assenza penalizzazioni.

⁷⁸ A differenza dalla flessibilità prevista dalle norme previgenti. L'opinione è diffusa: v. CIGNELLI, *La riforma delle pensioni del "governo tecnico", Appunti sull'art. 24 sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *RIDL*, 2012, p. 395 s. e AVIO, *La vecchiaia della pensione?*, in *LD*, 2013, p. 408.

penalizzazioni imposte. Il dato legale disegna un apparato di disincentivi al prepensionamento rispetto all'età di vecchiaia giuridica (66 anni), non, invece, spazi di libero allontanamento (flessibilità) dalla vecchiaia biologica (70 anni) in soluzione di istanze individuali.

È anche vero che il sistema dei disincentivi può essere ricondotto al disvalore dell'ordinamento verso i pre-pensionamenti rispetto alla vecchiaia biologica (70 anni), a fronte della quale è già inferiore la vecchiaia giuridica ordinaria (66 anni) che i pensionamenti anticipati ancora riducono. Ricondotto, cioè, al disvalore per il “diritto al riposo” e, per converso, alla valorizzazione della pensione come “retribuzione del lavoro”. E su questo si può senz'altro convenire, a condizione però di adeguata sensibilità giuridica per i diritti della persona eventualmente coinvolti.

La vecchiaia anticipata, in effetti, può essere scelta funzionale alla personale organizzazione di vita, con richiesta di flessibilità solo legittima. Ma può anche essere dettata da esigenze legate ad una diversa vecchiaia biologica nel lavoro, che rende la flessibilità anche necessaria. La fase anziana della vita può rendere gravoso ogni lavoro, anche quello che non è usurante, e la prosecuzione dell'attività “forzata” dal disincentivo al prepensionamento, che la riforma del 2011 persegue, si apre alla critica giuridica per il profilo della non razionalità e non ragionevolezza delle mancate aperture alle diversità dei casi concreti e, perciò, della mancata disegualianza di trattamento⁷⁹.

Peraltro, nemmeno la diversa vecchiaia biologica nel lavoro istituzionalizzata, quella dei lavori faticosi e insalubri, è considerata adeguatamente nella riforma del 2011⁸⁰. È vero che, in questo caso, il pensionamento anticipato è preservato dalle innovazioni sulla “flessibilità”, permanendo le regole preventive (art. 24, co. 17 e 17 *bis*, l. 214/11 e, per i lavoratori dell'amianto, art. 1, co. 117, l. 190/14). Ma è anche vero che questi pensionandi sono pienamente attratti agli altri due meccanismi che la riforma prevede per ancorare anche l'età di vecchiaia giuridica alla longevità.

⁷⁹ V. anche AVIO, *op. ult. cit.*, p. 411 s.

⁸⁰ A differenza della riforma francese del 2010, che riconosce la pensione a 60 anni, senza decurtazioni, nei casi di *pénibilité* del lavoro e nei casi di *carrière longues*.

8. La determinazione “realistica” dell’età di pensione

Il primo è il già richiamato adeguamento di ogni requisito anagrafico, come pure contributivo, nonché dei coefficienti di trasformazione alle variazioni della speranza di vita, applicabile anche nei casi di vigenza della precedente normativa (art. 24, co. 12 e 13)⁸¹. L’incremento è minimo in valore assoluto (la misura massima adeguabile è tre mesi) ma, cumulato, determina un aumento complessivamente sensibile dell’età di accesso alla pensione, sia ordinaria che anticipata, nonché del requisito contributivo, con allungamento del momento di accesso al trattamento di pensione – a partire dal 2016 e fino a tutto il 2018, il cumulo dell’ adeguamento del 2013 (3 mesi) e del 2015 (4 mesi) determinerà un incremento totale dei requisiti (contributivi e anagrafici) di partenza (quelli *ex* art. 24, l. 214/11) pari già a 7 mesi, ai quali si aggiungeranno negli anni successivi gli adeguamenti biennali.

Seri sono i dubbi di conformità della indiscriminata applicazione della regola coi principi di giustizia sostanziale. Tanto più che, anche al di fuori dei lavori usuranti, evidenze statistiche mostrano che è certa una disparità nell’aspettativa di vita, la quale dipende – sì da fattori strettamente individuali e dovuti al caso, ma – anche da fattori sociali conoscibili e aggreganti e, perciò, giuridicamente traducibili in regole differenziate⁸².

Come pure, per altro aspetto, è senz’altro irrazionale, la stessa previsione, nella parte in cui impone l’adeguamento, se rilevato dalle indagini attuariali, ma non anche eventuali ed in astratto possibili riduzioni della speranza di vita. Nel silenzio della norma sul punto, emerge il contrasto con la sua *ratio* giuridica, riconducibile alla maggiore rispondenza dell’età di pensione – del tempo di sopraggiunta inabilità al lavoro – con la durata della vita e, quindi, con la generale capacità fisica di lavoro.

Il valore anagrafico di questa corrispondenza, in verità, il legislatore sembra aver già quantificato nella clausola di chiusura (art. 24, co. 9): se, entro il 2021, l’applicazione dei nuovi meccanismi non porterà l’età minima di

⁸¹ L’adeguamento risale al d.l. 78/09 (l. 102/09), art. 22-*ter*, co. 2, poi modificato dall’art. 12, co. 12-*bis* e *quinquies*, d.l. 78/10 (l. 122/10), poi modificato dall’art. 18, co. 4, d.l. 98/11 (l. 111/11) e, infine, modificato dalla l. 214/11, art. 24, co. 12, che introduce l’adeguamento biennale in luogo di quello triennale e lo estende al requisito contributivo.

⁸² V. in tema GINEBRI, *Le differenze sociali nelle attese di vita. La necessità di un universalismo proporzionale*, in *RPS*, 2013, n. 1, p. 135 ss.

pensionamento a 67 anni, il requisito dovrà essere assicurato con decreto entro il 31.12.2019⁸³.

In quest'ultima disposizione si svela chiaramente l'idea che, depurata dalle pressioni finanziarie ed economiche, traspare dall'insieme di tutte le nuove regole sull'età di pensione: l'idea di invecchiamento attivo suggerita dall'Unione e ribadita con "proclama" nel 2012⁸⁴ e, peraltro, non nuova ai decisori politici nazionali⁸⁵. Anche per questo profilo, però, il giudizio sulla riforma è meno scontato di quanto può apparire, perché essa esaurisce il raggiungimento dell'obiettivo nella prosecuzione sostanzialmente forzata di un rapporto di lavoro che, alla stato attuale della disciplina, non si modella alle esigenze dell'*active aging*.

L'accertata longevità della popolazione impone senz'altro agli ordinamenti giuridici di farvi fronte promuovendo l'impegno attivo – oltre che per esigenze di sostenibilità dei sistemi pensionistici a ripartizione – per consentire l'espressione della persona, anziana, attraverso il lavoro. Ciò che, in effetti, si rintraccia nella l. 214/11.

Ma l'impegno attivo della "risorsa" lavoratori anziani può essere diverso dall'impegno degli adulti⁸⁶, e richiedere strumenti giuridici, posizioni di lavoro, articolazioni del rapporto, misure di conciliazione e misure sociali dedicate⁸⁷: dedicate a che il lavoro sia uno strumento di attiva partecipazione sociale non un cieco dovere giuridico (un "male necessario"⁸⁸).

Di ciò, di cui pure avverte l'Unione europea⁸⁹, non v'è traccia nella l.

⁸³ La norma risale alla l. 12 novembre 2011 n. 183, art. 5 (abrogato dalla l. 214/11) con adeguamento entro il 2026. Per questo aspetto la riforma è il linea con quella francese, che prevede lo stesso requisito entro il 2022, ma non a quella del Regno Unito, che prevede i 67 anni il 2036 elevati a 68 anni entro il 2046.

⁸⁴ Il 2012 è l'anno Europeo dell'invecchiamento attivo: Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 940/2011/UE. Il tema, in verità, è già emerso qualche anno fa tra le righe del Libro Verde (italiano) sul *welfare*, 2008.

⁸⁵ V. il *Libro verde sul futuro del modello sociale* (Ministro Sacconi, 2008) dove il tema di un necessario invecchiamento attivo, inquadrato nell'ambito della spesa per le pensioni, viene risolto con un necessario allungamento dell'età di pensione.

⁸⁶ V. sul punto MALVASI, *Il lavoro degli anziani per l'economia e il welfare*, in *Tendenze nuove*, 2009, p. 287 ss.

⁸⁷ V. FERRANTE, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2011, vol. III, p. 1187 ss.

⁸⁸ Per questo spunto v. OLIVELLI, *Europa e armonizzazione previdenziale*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, op. cit., p. 1244.

⁸⁹ V. il libro Verde, COM(2010)365, p. 5; il Libro Bianco COM(2012)55, p.7; la Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 940/2011/UE, art. 2.

214/II, nella legislazione sociale in generale, nella l. 28 giugno 2012 n. 92 e nemmeno nelle deleghe ex l. 10 dicembre 2014 n. 183.

Rispetto ai “lavoratori anziani” sembrano oggi affrontarsi due tendenze legislative, assolutamente aggressive, che per nulla attengono all’invecchiamento attivo. La prima è l’incentivazione della permanenza al lavoro, perseguita dalla l. 214/II con misure che si limitano a ritardare in ogni modo il tempo della pensione; la seconda è l’incentivazione dell’occupazione giovanile, che la l. 92/12 persegue, tra l’altro, con forme di incentivazione all’esodo dei lavoratori anziani (art. 3, co. 4 e 12; art. 4, co. 1, l. 92/12). Tendenze straordinariamente contraddittorie perché non coordinate.

Allo stato esiste una ipotesi di coordinamento solo sperimentale, finanziata a livello centrale ma la cui attuazione è rimandata all’iniziativa delle parti sociali, all’intraprendenza delle regioni e alle capacità gestionali dell’agenzia Italia lavoro: la c.d. staffetta generazionale⁹⁰.

A fronte della perdurante assenza di sensibilità legislativa verso una reale libertà o gradualità del tempo di pensione – che pure si è autorizzati ad attendersi, stante la previsione di cui all’art. 24, co. 28, l. 214/II – o, quantomeno, verso uno smussamento degli aspetti del rapporto di lavoro che, per un lavoratore sempre più *senior*, appaiono rigidità – né la recente l. 183/2014, all’art. 8, offre in proposito motivo di smentita – questa forma di solidarietà intergenerazionale *lato sensu* non è da trascurare, pur essendo una tra tante soluzioni possibili⁹¹. Benchè qualche dubbio si può porre sulla accessibilità della misura a tutte le imprese: sembra piuttosto destinata a quelle in cui l’elevato *know how* fa del lavoratore anziano effettivamente un *tutor*. E benchè le regole possano essere migliorate, nell’ottica di una maggiore appetibilità per le imprese ed una effettiva convenienza per i lavoratori⁹².

⁹⁰ Al programma accedono le imprese che ne fanno domanda in seguito a bandi regionali emanati con coperture di fonte statale (v. Ministero del Lavoro, d.dir. n. 807/2012) attribuite alle Regioni tramite il Progetto di Italia Lavoro nell’ambito dell’“Azione di sistema *Welfare to Work*” per le politiche di re-impiego 2012-2014. La partecipazione alla sperimentazione prevede assunzioni di giovani affiancati da *tutors* anziani mutati in *part timers*, con il permanere della contribuzione piena ai fini pensionistici dal cui pagamento l’impresa è però esonerata.

⁹¹ E forse nemmeno la migliore. Si può richiamare, tra le altre, l’ipotesi, presentata già da qualche tempo dall’attuale Ministro del Lavoro, Giovannini, del c.d. prestito pensionistico.

⁹² Tra le Regioni che hanno aderito alla sperimentazione vi sono: Lombardia, Friuli, Marche, Piemonte, Lazio, Campania, Emilia-Romagna. Non esistono ancora rapporti complessivi sull’esito della sperimentazione, ma da più parti si suggeriscono interventi in modifica: GANDINI,

Abstract

Lo studio intende mettere in rilievo l'insostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica in età di vecchiaia con riferimento alla declinazione del canone di solidarietà e di equità – per il profilo generale, categoriale, *inter e intra* generazionale – e con riferimento ai requisiti anagrafici di accesso alla pensione – per il profilo della elevazione, dell'invecchiamento attivo, della sostanziale rigidità.

This study outlines the legal and social unsustainability of the current old age pension protection system, with reference to the principles of solidarity and equity (reviewed from a general, class and inter/intra generational perspective) and to the scheme age requirements (examining the increased retirement age, the inflexibility of the scheme and the ageing population).

Key words

Diritto a pensione, solidarietà categoriale, solidarietà generazionale, età anagrafica, flessibilità, invecchiamento attivo.

Right to pension, class solidarity, generational solidarity, age requirements, flexibility, active ageing.

Matteo Corti

La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?

Sommario: **1.** Gli antefatti: dal miracolo economico al diffondersi del *working poor*. **2.** La giurisprudenza sui bassi salari e i rimedi settoriali e selettivi offerti dal legislatore. **3.** Dal dibattito sul salario minimo legale alla legge di sostegno all'autonomia collettiva dell'11 agosto 2014. **4.** Le disposizioni volte a facilitare l'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi. **5.** La legge sul salario minimo (*Mindestlohngesetz*). **6.** Suggestioni e distanze: il dibattito italiano.

1. *Gli antefatti: dal miracolo economico al diffondersi del working poor*

Il fenomeno del *working poor* è relativamente recente nella storia della Repubblica federale tedesca. Dopo la seconda guerra mondiale l'economia si riprese con grande rapidità e già nel corso degli anni '50 la Germania si avviava a essere un Paese ad alti salari, sostenuti da un solido tessuto di relazioni industriali che garantiva tassi di copertura della contrattazione collettiva superiori al 90%¹. In un contesto di questo tipo per lunghissimo tempo l'unico intervento legislativo in materia di retribuzione, campo considerato gelosa prerogativa degli attori sociali, rimase il *Mindestarbeitsbedingungengesetz* (legge sulle condizioni minime di lavoro, di seguito: MiArbG) del 1952. Questa legge, varata sotto il Governo di Konrad Adenauer, riprendeva una proposta della SPD del 1950²: si trattava di una normativa assai cauta, che predisponeva una complessa procedura per fissare condizioni minime di lavoro (compresi, ovviamente, i salari) là dove l'autonomia collettiva avesse fallito.

¹ SEIFERT, *Les travailleurs pauvres: nouveau défi pour le droit social allemand*, in AUVERGNON (a cura di), *Droit social et travailleurs pauvres*, Bruylant, 2013, p. 163.

² Cfr. FRANZEN, § 1 *Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten – MiArbG*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Verlag C.H. Beck, 2012, p. 2296.

Presupposti essenziali per l'intervento del Ministero del lavoro, che provvedeva con decreto su proposta di un comitato dove sedevano rappresentanti delle parti sociali, erano i seguenti: sindacati e associazioni imprenditoriali giocavano un ruolo marginale nel settore economico in questione (i datori di lavoro vincolati dal contratto collettivo impiegavano un numero di lavoratori inferiore al 50% del totale); non vi erano le condizioni per far luogo all'estensione *erga omnes* di un contratto collettivo (v. *infra*); la fissazione di condizioni minime di lavoro attraverso il decreto ministeriale appariva necessaria per assicurare gli essenziali bisogni economici e sociali dei lavoratori considerati³. Il rispetto dell'autonomia collettiva veniva ribadito stabilendo il carattere residuale della disciplina contenuta nei decreti, che avrebbe ceduto il passo a fronte delle diverse previsioni dei contratti collettivi eventualmente applicabili⁴.

Il MiArbG era chiaramente figlio del proprio tempo: per un verso, riecheggiava l'esperienza degli *wage councils* britannici⁵, per l'altro rendeva manifesto il timore del legislatore dell'epoca che l'autonomia collettiva non sarebbe riuscita a giocare pienamente il proprio ruolo nella nuova Germania democratica⁶. Le evoluzioni successive avrebbero però dissipato totalmente questa preoccupazione: non desta perciò stupore che il marchingegno predisposto dal MiArbG, pur con i suoi oltre 50 anni di storia alle spalle, non abbia mai condotto all'emanazione di un solo decreto ministeriale di fissazione delle condizioni minime di paga e di lavoro⁷.

Non può essere considerato un intervento legislativo volto a fissare autoritativamente le condizioni di lavoro il § 5 del *Tarifvertragsgesetz* (legge sulla

³ NASSIBI, *Schutz vor Lohndumping in Deutschland. Eine Untersuchung des Arbeitsrechts, Arbeitsstrafsrechts und Arbeitsvölkerrechts*, Nomos, 2011, pp. 193-194; DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 1. Die gemeinsame Wahrung von Interessen im Betrieb*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2006, p. 297.

⁴ FRANZEN, § 8 *Gewährung von Mindestarbeitsentgelten; Geltung von Tarifvertragsrecht – MiArbG*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *op. cit.*, p. 2302.

⁵ Che però, a differenza del MiArbG, svolsero per quasi un secolo un ruolo assai importante nel sostegno delle condizioni di lavoro delle fasce più povere dei lavoratori britannici, fino alla loro completa abolizione nel 1993: cfr. DEAKIN, MORRIS, *Labour Law*, Hart Publishing, 2012, pp. 306-307.

⁶ SEIFERT, *L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne*, in AA.VV., *Droit du travail, emploi, entreprise. Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS Editions, 2014, pp. 49-50.

⁷ FRANZEN, § 1 *Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten*, *cit.*, p. 2296; DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 1.*, *cit.*, p. 298.

contrattazione collettiva, di seguito: TVG), che attribuisce al Ministero del lavoro la facoltà di estendere *erga omnes* l'efficacia dei contratti collettivi mediante un'apposita dichiarazione (*Allgemeinverbindlicherklärung*). In effetti, il TVG, entrato in vigore il 9 aprile 1949, ovvero addirittura prima della nascita della Repubblica federale tedesca, dota i contratti collettivi di efficacia normativa e inderogabile (§ 4, co. 1), ma non generale (§ 3, co. 1)⁸. L'ordinamento tedesco è sul punto molto fedele ai principi civilistici in materia di rappresentanza. Non soltanto il datore di lavoro non è tenuto ad applicare alcun contratto collettivo di categoria, qualora non sia iscritto all'associazione imprenditoriale stipulante; anche quando egli sia vincolato da un contratto collettivo, non ha alcun obbligo implicito di estendere le sue previsioni ai lavoratori non iscritti, come invece avviene in altre esperienze, tra cui quelle scandinave e italiana. È, dunque, pacifico che egli possa applicare perfino condizioni deteriori ai non sindacalizzati⁹. Prima delle più recenti riforme (v. *infra* il par. 4), la procedura di estensione richiedeva che: la domanda, presentata da uno dei soggetti firmatari del contratto collettivo, fosse approvata da un comitato composto pariteticamente dai rappresentanti delle organizzazioni sindacali di vertice dei datori e dei lavoratori (*Tarifausschuss*); le imprese vincolate occupassero almeno il 50% dei lavoratori interessati e il provvedimento apparisse necessario alla luce dell'interesse pubblico. Era possibile prescindere dalle ultime due condizioni qualora l'estensione del contratto collettivo risultasse indispensabile per fronteggiare un vero e proprio stato di necessità¹⁰. Appare chiaro che il § 5, TVG costituiva un genuino strumento di sostegno alla contrattazione collettiva¹¹. A tacer d'altro, esso interveniva soltanto là dove le parti sociali ne ravvisassero di comune accordo la necessità: la decisione a maggioranza del comitato paritetico costituiva presupposto indefettibile per emanare la *Allgemeinverbindlicherklärung*¹². Si spiega

⁸ CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, p. 162.

⁹ Cfr. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 1.*, cit., p. 265.

¹⁰ La previsione, introdotta con una novella del 1952 per contrastare il dilagare dei bassi salari in agricoltura, non è però mai stata applicata: cfr. SEIFERT, *Zur Reform des Rechts der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen*, in MOHR, NIELEBOCK, ZEIBIG, PRIEBE (a cura di), *Demokratisierung von Gesellschaft und Arbeitswelt. Impulse für eine soziale Rechtspolitik*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Deutscher Gewerkschaftsbund, Hans-Böckler-Stiftung, 2014, p. 45.

¹¹ NASSIBI, *op. cit.*, pp. 160-161.

¹² FRANZEN, § 5 *Allgemeinverbindlichkeit – TVG*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *op. cit.*, p. 2693.

così che l'esecutivo tedesco, a differenza, per es., di quelli francese od olandese, abbia fatto della procedura di estensione un uso assai parco e, tendenzialmente, declinante nel tempo¹³.

La situazione socio-economica della Germania federale cominciò a cambiare piuttosto radicalmente a partire dagli anni '90 del secolo scorso, determinando un rapido incremento del fenomeno dei lavoratori con bassi salari. Nel 2004 il Paese entrò a far parte del poco invidiabile plotone degli Stati UE in cui i lavoratori "poveri" rappresentano una percentuale del totale superiore alla media: nel 2006 il *working poor* interessava ben il 22,2% dei lavoratori tedeschi (erano il 15% nel 1995!), quota che saliva addirittura al 36,4% se si prendevano in considerazione anche gli apprendisti e i lavoratori in formazione¹⁴.

Questa situazione del tutto nuova per la Germania è stata causata da un aumento esponenziale dei lavoratori disponibili a prestare la propria opera in cambio di bassi salari: tre sono stati i principali fattori di questo profondo mutamento del mercato del lavoro tedesco. Anzitutto, la riunificazione ha integrato nel tessuto piuttosto omogeneo della vecchia Repubblica federale nuovi *Länder* la cui situazione economica era assai più depressa. In secondo luogo, l'ampliamento e l'approfondimento della costruzione europea ha determinato un sensibile afflusso di lavoratori disponibili a prestare la propria opera a condizioni deteriori rispetto ai tedeschi, sia mediante l'immigrazione diretta, sia nell'ambito di prestazioni transnazionali di servizi. Infine, le riforme *Hartz* hanno drasticamente ridotto il salario di riserva dei disoccupati tedeschi, ridimensionando il pilastro assicurativo dell'indennità di disoccupazione (*Arbeitslosengeld*) e soprattutto eliminando quello intermedio assicurativo-assistenziale (*Arbeitslosenhilfe*): questo *benefit*, che spettava a chi avesse esaurito il periodo di fruizione del primo e si trovasse in stato di bisogno, era relativamente generoso, essendo collegato al reddito pregresso e di durata tendenzialmente indefinita¹⁵. Nell'assenza di un solido tessuto di contratti collettivi

¹³ Nel 2011 risultavano estesi *erga omnes* soltanto 478 contratti collettivi, ovvero appena lo 0,65% del totale: cfr. HENSSLER, *Einleitung – TVG*, in HENSSLER, WILLEMSEN, KALB (a cura di), *Arbeitsrecht. Kommentar*, Verlag Otto Schmidt, 2012, p. 2968.

¹⁴ SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., pp. 163-165.

¹⁵ Cfr. *amplius* CORTI, *Dalle leggi Hartz alla legge Fornero. Una riforma del lavoro "tedesca"?*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro al tempo della crisi. Atti del XVII Congresso nazionale di Diritto del lavoro. Pisa, 7-9 giugno 2012*, Giuffrè, 2013, p. 470 ss., spec. pp. 477-478; SARTORI, *Servizi per l'impiego e politiche dell'occupazione in Europa. Idee e modelli per l'Italia*, Maggioli, 2013, p. 259 ss.

a efficacia generalizzata, le imprese hanno cominciato a sfilarsi dal sistema di relazioni industriali, in particolare abbandonando le associazioni imprenditoriali o mantenendo la propria *membership* solo alla condizione di non essere vincolate al rispetto del contratto collettivo. Nel 2010 i lavoratori occupati da imprese che applicavano il contratto collettivo in quanto dirette firmatarie (*Firmentarifvertrag*) o aderenti a un'associazione imprenditoriale erano circa il 63% del totale all'Ovest e il 50% all'Est, con un dato del 60% per la Germania nel suo complesso¹⁶. Il fenomeno del *working poor* è stato ulteriormente incrementato dalle strategie messe in atto dalle imprese e dai sindacati per contrastare lo sfilacciamento del tessuto di relazioni industriali: da un lato, la principale confederazione dei datori di lavoro tedeschi (*Bundesvereinigung deutscher Arbeitgeberverbände*, di seguito: BDA) si è mostrata per lo più indisponibile a collaborare all'estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi ex § 5, TVG¹⁷; dall'altro lato, i sindacati si sono mostrati propensi ad accettare anche minimi contrattuali assai bassi, determinando per certi versi l'importazione del *working poor* all'interno dei contratti collettivi.

2. La giurisprudenza sui bassi salari e i rimedi settoriali e selettivi offerti dal legislatore

L'aiuto proveniente dalla giurisprudenza nel contrasto alla diffusione dei bassi salari non si è mostrato risolutivo. Sfruttando il § 138 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (codice civile, di seguito: BGB), che fulmina di nullità i negozi giuridici contrari ai buoni costumi (*Gute Sitten*: co. 1) o a contenuto usurario (*Wucher*: co. 2)¹⁸, i giudici stralciano le clausole contrattuali recanti retribu-

¹⁶ HENSSLER, *Einleitung – TVG*, cit., pp. 2968–2969.

¹⁷ SEIFERT, *Zur Reform des Rechts*, cit., p. 44.

¹⁸ Questa fattispecie è una specificazione di quella del primo comma: essa richiede, per un verso, una vistosa sproporzione tra le due prestazioni, per l'altro verso, l'approfittamento di una situazione di necessità, dell'inesperienza, della carente capacità di giudizio o della notevole debolezza di volontà della controparte. In genere, comunque, ai fini della dichiarazione di nullità della clausola contrattuale relativa alla retribuzione la giurisprudenza ritiene sufficiente l'eclatante sproporzione tra le due prestazioni, utilizzando il sintetico primo comma per supplire alle carenze che la fattispecie concreta manifesta in relazione al secondo. Cfr. *amplius* su questa giurisprudenza PICKER, *Niedriglohn und Mindestlohn*, in *RArbeit*, 2014, pp. 31–32; SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., pp. 171–174; NASSIBI, *op. cit.*, p. 48 ss.; DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2. Das Arbeitsverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 2009, p. 474 ss.

zioni collocate più di 1/3 al di sotto di quelle usuali sul mercato (che sono, di norma, quelle previste dai contratti collettivi)¹⁹. Viene quindi applicato il § 612, co. 2, BGB, ai sensi del quale, in assenza di previsioni negoziali sull'entità della retribuzione, quest'ultima spetta al lavoratore nella misura d'uso (*die übliche Vergütung*): il salario determinato in questo modo dal giudice corrisponde spesso a quello di contratto collettivo, specie se quest'ultimo gode di diffusa applicazione nel settore; diversamente viene liquidato il compenso medio pagato nella zona per mansioni comparabili²⁰.

La dottrina ha avuto gioco agevole nell'evidenziare le insufficienze del diritto pretorio a contrastare l'inesorabile marcia del *working poor*: i lavoratori interessati dal fenomeno sono tra i meno propensi a ricorrere al giudice, e le incertezze giurisprudenziali li frenano ulteriormente²¹; il § 138, BGB offre un rimedio sufficiente per casi isolati ed eclatanti di abuso di potere contrattuale, ma non può nulla per situazioni endemiche di bassi salari (poiché tali salari diventano il punto di riferimento nel settore, in quanto usuali)²²; ancora meno il § 138 può essere utilizzato quando le basse retribuzioni siano sancite dai contratti collettivi²³.

La risposta del legislatore tedesco al diffondersi del *working poor* è stata in un primo momento affidata a interventi selettivi, volti a puntellare la contrattazione collettiva là dove essa mostrava di non essere più in grado di funzionare²⁴.

Già all'inizio del 1996 (26 febbraio) si colloca l'*Arbeitnehmer-Entsendegesetz* (di seguito: AEntG), volto a stabilire condizioni minime di lavoro nel settore edile, valevoli tanto per i dipendenti stabilmente occupati in Germania, quanto per quelli distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale²⁵. La nuova legge si poneva come trasposizione anticipata della dir.

¹⁹ Da ultimo hanno portato un poco di chiarezza in una giurisprudenza che ondeggiava tra lo scostamento di 1/3 e quello di 1/2 *Bundesarbeitsgericht* (Tribunale federale del lavoro, di seguito: BAG) 22 aprile 2009 – 5 AZR 436/08, in *NZA*, 2009, p. 837, sul punto confermata da BAG 18 aprile 2012 – 5 AZR 630/10, *ibid.*, 2012, p. 978.

²⁰ Cfr. THÜSING, § 612 BGB, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (a cura di), *op. cit.*, pp. 1587-1588.

²¹ SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., pp. 173-174.

²² PICKER, *op. cit.*, p. 32.

²³ DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 2.*, cit., p. 476.

²⁴ SEIFERT, *L'emploi décent*, cit., p. 49.

²⁵ SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., p. 175; SCHLACHTER, § 1 *Zielsetzung – AEntG*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *op. cit.*, p. 215; TILLMANN, *Vorbemerkungen – AEntG*, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (a cura di), *op. cit.*, p. 1.

96/71/CE del 16 dicembre 1996 sul distacco transfrontaliero dei lavoratori e aveva l'obiettivo immediato di contrastare il *dumping* sociale che si era andato diffondendo nel delicato settore delle costruzioni in ragione della libera circolazione dei servizi nell'UE²⁶. L'AEntG fu poi progressivamente esteso ad altri settori, quali la pulizia degli edifici, i servizi postali, i lavori specializzati nelle miniere, i servizi di lavanderia presso la clientela industriale, i servizi di sicurezza, la nettezza urbana, la formazione iniziale e continua, i servizi di cura alla persona (pur con una disciplina peculiare) (§ 4 e §§ 10-13, AEntG).

La legge prevedeva un duplice meccanismo per rendere di generale applicazione talune condizioni base di lavoro contenute nei contratti collettivi di portata federale (*bundesweite Tarifverträge*), compresi i minimi retributivi²⁷. Il primo strumento rinviava all'estensione dell'ambito di efficacia *ex* § 5, TVG (§ 3, AEntG). Il secondo, che però consentiva di imporre il rispetto dei soli minimi retributivi e delle ferie, postulava una richiesta congiunta dei soggetti firmatari del contratto collettivo, cui faceva seguito il decreto ministeriale di estensione (*Rechtsverordnung*). Quest'ultimo procedimento prescindeva sia dalla copertura del contratto collettivo (le imprese vincolate potevano impiegare anche meno del 50% dei lavoratori del settore)²⁸, sia dal consenso della maggioranza del comitato paritetico degli attori sociali (§ 7, AEntG)²⁹, condizioni

²⁶ Cfr. NASSIBI, *op. cit.*, pp. 169-170; DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht 1.*, cit., pp. 302-303.

²⁷ Oltre ai salari minimi, comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario, erano contemplati anche: durata delle ferie e loro remunerazione; contributi da versare a enti bilaterali che si fanno carico di garantire la retribuzione per il periodo di fruizione delle ferie; orari massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; condizioni per la somministrazione di lavoro; sicurezza e igiene del lavoro; tutela dell'occupazione delle donne in stato di gravidanza, di quelle che hanno appena partorito, dei bambini e dei giovani; parità uomo/donna e altre disposizioni di carattere antidiscriminatorio (§§ 2 e 5, AEntG).

²⁸ Qualora in un determinato settore fossero applicati più contratti collettivi, nel valutare l'esistenza dei presupposti per l'emanazione del decreto di estensione il Ministero doveva considerare anche la rappresentatività comparata dei diversi contratti: a tal fine doveva tener conto del numero dei lavoratori occupati dalle imprese appartenenti alle organizzazioni datoriali firmatarie, nonché della consistenza associativa dei sindacati stipulanti (§ 7, co. 2, AEntG).

²⁹ Se tuttavia la maggioranza del comitato era contraria all'estensione, quest'ultima non poteva essere deliberata dal Ministero del lavoro, ma esclusivamente dal Governo. Se soltanto uno dei componenti del comitato votava a favore, il procedimento si arrestava (§ 7, co. 5, AEntG). Cfr. SCHLACHTER, § 7 *Rechtsverordnung - AEntG*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *op. cit.*, p. 231. Peraltro, il coinvolgimento del comitato era necessario soltanto in occasione della presentazione della prima domanda congiunta di estensione (HENSSLER, § 5 *Allgemeinverbindlichkeit - TVG*, in HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (a cura di), *op. cit.*, HENSSLER, WILLEMSSEN, KALB (a cura di), *op. cit.*, p. 3059).

che prima delle più recenti modifiche (v. *infra* il par. 4) erano richieste dal § 5, TVG.

La rapida crescita dei settori coperti dall'AEntG testimonia un certo mutamento della funzione di questa legge: dal contrasto del *dumping* sociale nell'ambito delle prestazioni transnazionali di servizi alla fissazione di condizioni minime, specie retributive, in settori economici nei quali esse si stavano rapidamente deteriorando³⁰.

Nel 2009 il legislatore pose mano al MiArbG, con l'intenzione di rilanciarlo: lo riconvertì alla esclusiva determinazione dei salari minimi nei settori in cui l'autonomia collettiva era ormai troppo debole (in tali ambiti le imprese vincolate da un contratto collettivo non dovevano occupare più del 49,9% dei lavoratori a livello federale) e ne rafforzò gli effetti: tali salari minimi risultavano inderogabili anche per i contratti collettivi³¹. L'operazione non diede però i frutti sperati, e il MiArbG continuò a non trovare concreta applicazione.

Nel 2011 uno strumento ben più efficace per la determinazione di un salario minimo legale è stato varato per i lavoratori interinali³². Ancora una volta, come già accaduto 15 anni prima in occasione dell'approvazione dell'AEntG, il pungolo proveniva dalle evoluzioni del mercato interno dell'UE: a partire, infatti, dal 1° maggio 2011 le agenzie interinali dei Paesi dell'Europa centrale entrati nell'UE nel 2004 avrebbero potuto remunerare i propri lavoratori inviati in somministrazione in Germania secondo le proprie tabelle salariali, grazie alla stipulazione di contratti collettivi derogatori. Il settore del lavoro interinale, già piagato da veri e propri contratti "pirata" firmati da sindacati tedeschi di dubbia rappresentatività³³, non avrebbe retto l'impatto

³⁰ Cfr. SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., p. 177; HENSSLER, *Einleitung – TVG*, cit., p. 2976; TILLMANS, *op. cit.*, p. 1; NASSIBI, *op. cit.*, p. 170.

³¹ FRANZEN, § 1 *Festsetzung von Mindestarbeitsentgelten*, cit., p. 2296; NASSIBI, *op. cit.*, pp. 195-196.

³² In argomento v. *amplius*, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, CORTI, *Il lavoro interinale "Modell Deutschland": europeizzazione e ritorno*, in CALCATERRA (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea dopo la l. 78/2014*, Giuffrè, 2014, in corso di pubblicazione.

³³ È emblematica la vicenda dei contratti collettivi firmati dal sindacato cristiano dei lavoratori interinali (*Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA*), particolarmente attivo nel *dumping* sociale (non di rado a livello aziendale concordava paghe orarie di 4-5 euro), dichiarati però privi di efficacia normativa per carenza di rappresentatività (*Tariffähigkeit*) del medesimo già prima dell'approvazione della legge del 2011, con una cruciale decisione del Tribunale federale del lavoro (BAG 14 dicembre 2010, in *NZA*, 2011, p. 289). In argomento v. CORTI, *Il lavoro interinale*, cit., spec. parr. 2 e 7.

della concorrenza sui salari con i lavoratori provenienti dai Paesi di recente ingresso nell'Unione. La risposta del legislatore tedesco è stata l'inserzione nella legge sulla somministrazione di lavoro (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, di seguito: AÜG) di una nuova previsione, il § 3a, recante una procedura simile a quella di cui al § 7, AEntG, ma focalizzata esclusivamente sui minimi retributivi (*Lohnuntergrenze*): anche qui, dunque, alla proposta congiunta delle parti sociali fa seguito il decreto ministeriale di estensione.

In sintesi, alla vigilia delle più recenti evoluzioni legislative l'ordinamento tedesco conosceva diversi strumenti per la fissazione di salari minimi, secondo un approccio progressivo e selettivo che manifestava la preoccupazione di non spiazzare la contrattazione collettiva. L'impatto di questo complesso quadro regolatorio era, però, assai diseguale: a fronte di un uso declinante dell'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi ex § 5, TVG e del mancato ricorso allo strumentario di cui al MiArbG, mostravano una crescente vivacità i decreti emanati ai sensi dell'AEntG e nel settore del lavoro interinale.

3. *Dal dibattito sul salario minimo legale alla legge di sostegno all'autonomia collettiva dell'11 agosto 2014*

Nel corso del primo decennio del nuovo secolo crebbe di intensità in Germania il dibattito sull'opportunità di approvare un dispositivo legale sul salario minimo. La discussione si intensificò durante il Governo di coalizione tra CDU e FDP (2009-2013), anche perché nel frattempo la confederazione tedesca dei sindacati (*Deutscher Gewerkschaftsbund*, di seguito: DGB) aveva decisamente preso partito per la soluzione legale: fu perfino determinato il livello da sancire concretamente nella legge in prima battuta, ovvero 8,5 euro³⁴.

Il fronte politico rimaneva però diviso, anche all'interno della coalizione governativa: mentre la CDU, su pressione della propria ala sociale, apriva cautamente a una soluzione limitata ai settori privi di contrattazione collettiva e imperniata sul coinvolgimento delle parti sociali³⁵, la FDP manteneva

³⁴ All'inizio del dibattito alcune sigle appartenenti al DGB, tra le quali il potente sindacato metalmeccanico *IG Metall*, non si erano mostrate entusiaste della prospettiva del salario minimo legale, temendo che il dispositivo potesse indebolire il sindacato, disincentivando i lavoratori ad aderirvi: cfr. SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., p. 174.

³⁵ V. il punto 2 della raccolta di decisioni approvate dal 24° Congresso CDU di Lipsia del 13-15 novembre 2011.

fermo il proprio veto, nel timore che il miracolo occupazionale tedesco degli anni più recenti potesse essere travolto da un intervento dirigistico in materia di salari³⁶. A sinistra, invece, i contrasti vertevano principalmente sull'entità del minimo salariale da stabilirsi, che doveva essere 8,5 euro per la SPD e i Verdi, ma assai più elevato per *Die Linke* (addirittura 10 euro)³⁷: l'importo avrebbe dovuto essere inderogabile per l'autonomia individuale e collettiva, unico per tutto il Paese e aggiornato annualmente dal Ministero del lavoro su proposta di un'apposita commissione³⁸.

Il dibattito dottrinale risultava invece polarizzato intorno alle questioni della opportunità dell'intervento legislativo e della sua compatibilità con il quadro costituzionale³⁹. Sotto il primo profilo, fu agitato lo spauracchio della distruzione di posti di lavoro con basso salario e di un incremento della disoccupazione soprattutto per le fasce più deboli del mercato del lavoro⁴⁰. Dal fronte opposto si replicò che tali rischi potevano essere ampiamente minimizzati ponderando con sapienza l'importo del salario minimo, e al contrario l'esistenza di un livello invalicabile avrebbe giovato a taluni settori economici *labour intensive* dove si era scatenata una concorrenza distruttiva sui salari; oltre a ciò, si segnalava il positivo impatto della misura sulle finanze pubbliche, dissanguate da esborsi assistenziali crescenti negli anni per sostenere il reddito dei lavoratori con bassi salari.

Le problematiche di ordine costituzionale sono acuite in Germania dall'assenza nella Carta fondamentale di una disposizione specifica che rinvii, seppur implicitamente, alla facoltà del decisore politico di fissare per legge l'entità del salario minimo (tale è, invece, nel nostro Paese l'art. 36, co. 1, Cost., ma v. anche *infra* il par. 6)⁴¹. Al contrario, l'art. 9, § 3, *Grundgesetz* (di seguito: GG) protegge, insieme alla libertà sindacale, anche il diritto delle associazioni sindacali di "tutelare e promuovere le condizioni di vita e di la-

³⁶ SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., p. 174.

³⁷ RÉMY, *Organiser le futur de l'Allemagne. Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de « grande coalition » en droit du travail*, in RDT, 2014, p. 286.

³⁸ Cfr. il programma elettorale della SPD per la legislatura 2013-2017 *Das wir entscheiden. Das Regierungsprogramm 2013-2017*, pp. 18-19.

³⁹ Su di esso v. PICKER, *op. cit.*, p. 26 ss.

⁴⁰ Questo tipo di argomento risuonava chiaramente nel parere reso dal Consiglio di esperti per la valutazione della situazione macroeconomica per l'anno 2006-2007: cfr. SEIFERT, *Les travailleurs pauvres*, cit., p. 174.

⁴¹ SEIFERT, *L'emploi décent*, cit., p. 58.

voro” e, quindi anche la contrattazione collettiva su tali materie⁴². La legittimità costituzionale di una legge sul salario minimo dipende, allora, in modo decisivo dall’impatto che tale intervento provoca sulla contrattazione collettiva e da quanto esso possa trovare giustificazione alla luce dei fallimenti della stessa: in tale contesto non si deve dimenticare che la fissazione delle condizioni retributive dello scambio appartiene al nucleo più geloso delle prerogative dell’autonomia collettiva, cosicché i margini d’azione del legislatore sono in questo ambito ancora più ristretti⁴³.

La dottrina ritiene in genere costituzionalmente ammissibile la fissazione per legge di minimi salariali, essendo piuttosto decisivo il *quomodo*: accanto a chi considera compatibili con il GG soltanto interventi sussidiari rispetto alla contrattazione collettiva⁴⁴ vi sono coloro che ammettono il diritto del legislatore di fissare un valore minimo inderogabile del lavoro, a garanzia della dignità della persona⁴⁵ e in adempimento dell’art. 20, § 1, GG (principio costituzionale dello Stato sociale)⁴⁶. Questa seconda opinione ha infine preso il sopravvento: l’adozione del salario minimo legale intercategoriale è stata oggetto di una raccomandazione approvata a grande maggioranza dal 68° Congresso dei giuristi tedeschi (*Deutscher Juristentag*) a Berlino nel 2010.

La battaglia sul salario minimo ha caratterizzato tutta la campagna elet-

⁴² V. per tutti DIETERICH, *Art. 9 [Vereinigungsfreiheit] – GG*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *op. cit.*, p. 108.

⁴³ Cfr. in questo senso RÉMY, *Organiser le futur*, cit., pp. 286–287; SEIFERT, *L’emploi décent*, cit., p. 59.

⁴⁴ V. per es. LÖWISCH, *Rechtsschutz gegen das Mindestlohngesetz*, in *NZA*, 2014, p. 948. Ben argomentato il recentissimo studio di PICKER, *op. cit.*: l’obiettivo del legislatore dovrebbe essere quello di correggere l’asimmetria di potere che si è venuta a creare nei settori a bassi salari. Per essere costituzionalmente ineccepibile il salario minimo legale, pur di carattere generale, dovrebbe essere derogabile dall’autonomia collettiva e non generare disoccupazione, e quindi caratterizzarsi per la flessibilità (variazione in relazione alla produttività, con differenziazione per settori o almeno a livello regionale), la specifica considerazione delle fasce deboli del mercato del lavoro, la decisione rimessa al Parlamento (con eventuale coinvolgimento dei partner sociali di tipo solo consultivo) (p. 34 ss.).

⁴⁵ Cfr. BARCZAK, *Mindestlohngesetz und Verfassung*, in *RArbeit*, 2014, p. 290 ss., che sottolinea come il salario minimo contribuisca a rafforzare l’autostima del lavoratore e il suo potere contrattuale (p. 296): l’autore, che conduce la sua analisi sul d.d.l. poi definitivamente approvato, conclude per la sua piena compatibilità con il tessuto costituzionale (p. 298).

⁴⁶ Cfr. SEIFERT, *L’emploi décent*, cit., pp. 61–62; NASSIBI, *op. cit.*, spec. pp. 350–351. In questa prospettiva diventa chiaramente decisivo il *quantum* del salario minimo legale, che non deve essere tale da spiazzare la contrattazione collettiva là dove essa sia funzionale e vi sia un certo equilibrio di potere tra le parti contrapposte.

torale del 2013 per l'elezione del nuovo *Bundestag*. Benché il maggior fautore della misura, il partito socialdemocratico, sia uscito ridimensionato dalla contesa, il mancato ingresso in Parlamento del tradizionale alleato dei cristiano-democratici, la FDP, ha costretto il partito di Angela Merkel a siglare un sofferto patto di *große Koalition* proprio con la SPD. In tale documento i contorni del *Mindestlohn* sono stati tracciati in modo piuttosto dettagliato, cosicché il nuovo Governo CDU-SPD ha varato il provvedimento con grande rapidità: già l'11 agosto 2014 veniva approvato il *Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie* (legge sul rafforzamento dell'autonomia collettiva)⁴⁷.

Il testo normativo si può grosso modo distinguere in due parti: il lungo art. 1 contiene il *Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns* (*Mindestlohngesetz*, di seguito: MiLoG), mentre quelli successivi sono prevalentemente dedicati al potenziamento e alla semplificazione dei procedimenti di estensione dell'ambito di efficacia dei contratti collettivi contenuti nel TVG e nell'AEntG. Il legislatore cerca dunque di compensare l'introduzione del salario minimo, intervento oltremodo invasivo nel campo di elezione dell'autonomia collettiva, con il rafforzamento della contrattazione collettiva⁴⁸, mostrandosi in tal modo sensibile ai vincoli costituzionali posti in materia dall'art. 9, § 3, GG (v. *retro*).

4. *Le disposizioni volte a facilitare l'estensione erga omnes dei contratti collettivi*

Le modifiche apportate dalla legge sul rafforzamento dell'autonomia collettiva al TVG sono concentrate nell'art. 5: i presupposti per l'estensione dei contratti collettivi di cui al § 5, TVG (v. *retro* il par. 1) sono stati profondamente rivisitati⁴⁹. Ora si richiede che il contratto collettivo rivesta un "significato preponderante" (*überwiegende Bedeutung*) per la regolazione delle condizioni di lavoro nel suo ambito di applicazione, oppure, alternativamente, che la dichiarazione di estensione si renda necessaria per assicurare l'effettività della regolazione collettiva a fronte di evoluzioni economiche negative (nuovo co. 1 del § 5, TVG). Viene poi introdotta la possibilità di

⁴⁷ *Bundesgesetzblatt* 2014, I, 39, p. 1348 ss.

⁴⁸ RÉMY, *Organiser le futur*, cit., p. 284.

⁴⁹ Per un'ampia disamina condotta sul disegno di legge v. SEIFERT, *Zur Reform des Rechts*, cit., p. 43 ss.

conferire efficacia generale ai contratti collettivi istitutivi di enti bilaterali (*gemeinsame Einrichtungen*) al fine di garantirne la funzionalità, in particolare sancendo che tali regolazioni si applicheranno anche al datore di lavoro già vincolato da un contratto collettivo diverso (nuovi co. 1a e 4 del § 5, TVG). Tale privilegio viene però limitato ai soli enti bilaterali che si occupino di determinate materie (retribuzione dei congedi di malattia e delle ferie; previdenza complementare; remunerazione degli apprendisti e formazione degli stessi a livello sovraziendale; piani di accumulazione di capitale riservati ai dipendenti; retribuzione in caso di mancanza di lavoro, o di prolungamento o diminuzione dell'orario di lavoro).

Rimane l'obbligo per il Ministero del lavoro di acquisire il consenso del *Tarifausschuss*: inoltre, d'ora innanzi la domanda di estensione dovrà essere presentata congiuntamente dalle controparti firmatarie (non basta più la richiesta di una sola di esse, come in precedenza) (nuovo co. 1 del § 5, TVG). Il quadro riformista viene completato da talune innovazioni procedurali affatto irrilevanti: la pubblicità integrale del contratto collettivo esteso *erga omnes* nel foglio degli annunci legali (*Bundesanzeiger*) (nuovo co. 7 del § 5, TVG); la competenza definitivamente radicata in capo ai giudici del lavoro, con decisione che farà stato in tutti i successivi giudizi sul medesimo contratto (nuovo co. 1, n. 5 del § 2a, *Arbeitsgerichtsgesetz*). Questa importante novità processuale vale anche per i decreti ministeriali di estensione di cui ai §§ 7 e 7a (vedi *infra*), AEntG, e 3a, AÜG (v. *retro* il par. 3).

Il nuovo quadro regolatorio non è esente da criticità, che sono state puntualmente denunciate dalla dottrina: su tutte va segnalata una certa incoerenza con la *ratio* dichiarata di favorire un maggiore utilizzo dello strumento dell'estensione⁵⁰.

Infatti, per un verso l'eliminazione del requisito del grado di copertura del contratto collettivo (i datori di lavoro appartenenti all'associazione stipulante dovevano occupare almeno il 50% dei lavoratori del settore) faciliterà sicuramente l'ottenimento della dichiarazione ministeriale: una sufficiente diffusione del contratto, specie in confronto ad altri magari concorrenti nel medesimo ambito, sarà comunque oggetto di ponderazione da parte dell'autorità pubblica nell'applicazione dei due nuovi presupposti alternativi (v. *retro*)⁵¹.

⁵⁰ SEIFERT, *Zur Reform des Rechts*, cit., p. 49 ss., spec. 56.

⁵¹ SEIFERT, *Zur Reform des Rechts*, cit., p. 47. Leggendo tra le righe di una nota sentenza

Per altro verso, non solo permane la necessità di acquisire il consenso del comitato delle parti sociali, ma si introduce anche l'ulteriore requisito della domanda congiunta, prima assente: qui hanno probabilmente pesato i dubbi espressi da una parte della dottrina, che ritiene costituzionalmente necessitato l'accordo in seno al *Tarifausschuss*⁵², ma certo, stante la politica datoriale contraria in linea di principio alle pratiche di estensione dei contratti collettivi (v. *retro* il par. 1), è difficile prevedere un'esplosione nell'utilizzo del nuovo § 5, TVG.

Le modifiche che il lungo art. 6 della legge sul rafforzamento dell'autonomia collettiva apporta all'AEntG conducono a compimento il processo di mutamento della sua *ratio* già delineatosi in precedenza (v. *retro* il par. 3). L'AEntG non è più ormai soltanto lo strumento di recepimento della dir. 96/71/CE, volto a proteggere i settori economici più sensibili (e la manodopera tedesca ivi impiegata) dal possibile *dumping* sociale attuato dalle imprese di altri Stati membri che effettuano prestazioni transfrontaliere di servizi: esso è ormai anche il mezzo per garantire a tutti i lavoratori impiegati in Germania, siano essi dipendenti di imprese tedesche o distaccati dall'estero, condizioni minime di lavoro, comprese in particolare quelle retributive, mediante l'attribuzione di efficacia *erga omnes* alle rispettive previsioni dei contratti collettivi (cfr. il nuovo § 1, AEntG).

In particolare, mediante l'aggiunta di un co. 2 al § 4, AEntG l'estensione delle condizioni minime di contratto collettivo viene consentita anche per tutti i settori economici diversi da quelli espressamente elencati nel § 4, co. 1 (per i quali v. *retro* il par. 2), purché tale estensione appaia necessaria nell'interesse pubblico per conseguire gli obiettivi della legge stessa, "e in particolare per contrastare la concorrenza basata sulla compressione dei costi

della Corte costituzionale, non sarebbe compatibile con l'art. 9, § 3, GG un procedimento di estensione che permettesse l'acquisizione di efficacia *erga omnes* a contratti collettivi sottoscritti da organizzazioni datoriali e sindacali di scarso rilievo nell'ambito considerato: cfr. *Bundesverfassungsgericht* (di seguito: BVerfG) 18 luglio 2000, 1 BvR 948/00, in *NZA*, 2000, p. 948.

⁵² SCHOLZ e LÖWISCH, per es., che richiamano una risalente sentenza della Corte costituzionale (BVerfG 24 maggio 1977, 2BvL 11/74): v. però la critica di SEIFERT, *Zur Reform des Rechts*, cit., pp. 51-52, che contrappone un paio di decisioni più recenti nelle quali il giudice delle leggi ammette procedure di estensione nelle quali il *Tarifausschuss* non gioca alcun ruolo (AEntG vecchio testo e clausole sociali contenute nelle leggi dei *Länder* sugli appalti pubblici: cfr. BVerfG 18 luglio 2000, cit., e, rispettivamente, BVerfG 11 luglio 2006, 1 BvL 4/00, in *NZA*, 2007, p. 42). Del resto, nelle procedure di cui ai §§ 7 e 7a (vedi *infra*), AEntG, e 3a, AÜG il *Tarifausschuss* ha funzioni fondamentalmente consultive.

salariati” (nuovo co. 2 del § 4, AEntG). Per i nuovi settori il neointrodotta § 7a, AEntG riprende con poche varianti la procedura già sperimentata con il § 7 (v. *retro* il par. 2), compresi, in particolare, la richiesta congiunta degli attori sociali firmatari del contratto collettivo e il carattere sostanzialmente consultivo del *Tarifausschuss* (l’emanazione del decreto ministeriale è esclusa soltanto se uno solo o addirittura nessuno dei suoi componenti si pronuncia a favore). Infine, il decreto ministeriale di cui ai §§ 7 e 7a, AEntG abbraccerà tutte le condizioni di lavoro che precedentemente potevano essere estese *erga omnes* solo mediante la dichiarazione ex § 5, TVG (v. *retro* la nota 27), e non unicamente i minimi retributivi e le ferie, come prevedeva il vecchio § 7, co. 1, AEntG: infatti, d’ora in poi i contratti resi applicabili *erga omnes* ex § 5, TVG potranno essere sfruttati per ottenere l’applicazione delle condizioni minime anche ai lavoratori stranieri distaccati in Germania soltanto nell’ambito del settore edile (nuovo § 3, AEntG).

Il quadro della riforma appare nel complesso razionale: la dichiarazione ex § 5, TVG consente l’estensione integrale del contratto collettivo, ma richiede requisiti più stringenti; i regolamenti di cui all’AEntG estendono selettivamente soltanto alcune condizioni base di lavoro contenute nei contratti collettivi recepiti (compresi i salari minimi), ma i presupposti da soddisfare per ottenerne l’emanazione sono meno ambiziosi. L’inutile MiArbG viene finalmente abrogato dall’art. 14 della legge sul rafforzamento dell’autonomia collettiva.

Va peraltro segnalato che in dottrina non mancano le perplessità su questa profonda revisione, sia sotto il profilo dell’opportunità, sia sotto quello della legittimità costituzionale⁵³. Con riferimento al primo aspetto, si sarebbe potuta percorrere la strada del rafforzamento degli attori dell’autonomia collettiva, in modo da incrementarne la rappresentatività, invece che intervenire sui prodotti della stessa: il rischio concreto è che si avvii una spirale in cui sia i datori, sia i lavoratori ravvisano incentivi sempre minori nell’associazionismo sindacale. Inoltre, e qui si transita al secondo aspetto segnalato, la rap-

⁵³ V. REICHHOLD, *Stärkung in Tiefe und Breite – wie viel Staat verkraftet die Tarifautonomie?*, in *NJW*, 2014, p. 2534 ss., che riassume e discute le opinioni espresse da BEPLER nella propria relazione alla sezione giuslavoristica del 70esimo congresso dei giuristi tedeschi ad Hannover, dal titolo “*Stärkung der Tarifautonomie – welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?*”. Per un giudizio meno severo nei confronti dell’operato del legislatore, considerato sì non del tutto coerente, ma nel complesso legittimo sotto il profilo costituzionale, v., con riguardo alle novità inerenti il TVG, SEIFERT, *Zur Reform des Rechts*, cit.

presentatività dei soggetti firmatari di un contratto collettivo costituisce un requisito chiave perché i meccanismi di estensione dell'ambito di efficacia possano essere costituzionalmente giustificati, ma la nuova disciplina ne prelude ormai ampiamente; anche il ruolo conferito all'esecutivo nei procedimenti del TVG e dell'AEntG sembra inquadrato in maniera troppo lassa, vincolato da criteri assai evanescenti come quello dell'interesse pubblico, laddove il parziale sacrificio del diritto di libertà sindacale richiederebbe un coinvolgimento ben più attivo del legislatore.

5. *La legge sul salario minimo (Mindestlohngesetz)⁵⁴*

Scorrendo la relazione al provvedimento normativo, si comprende subito che per il legislatore tedesco la fissazione di un salario minimo legale costituisce uno strumento di sostegno dell'autonomia collettiva, e non solo un mezzo per garantire condizioni di impiego adeguate ai lavoratori⁵⁵. In altri termini, il MiLoG, mediante l'imposizione di un limite minimo invalicabile ai salari, dovrebbe contribuire anche a rivivificare la contrattazione collettiva nei settori dove essa attualmente non riesce più a creare un argine alla diminuzione delle retribuzioni. In questo modo, la nuova disciplina va ad affiancare le misure di supporto già esaminate nel paragrafo precedente. Certo non ultimo in ordine di importanza, la relazione menziona anche l'obiettivo di salvaguardare la stabilità del sistema di sicurezza sociale: il salario minimo garantisce infatti anche il versamento di contributi previdenziali adeguati e limita le prestazioni del (tuttora) generoso sistema di *welfare* nei confronti dei lavoratori a basso reddito⁵⁶.

⁵⁴ I primi commenti alla nuova legge sono quasi tutti in lingua tedesca: v. tra i più strutturati e completi BAYREUTHER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, in *NZA*, 2014, p. 865 ss.; C. HILGENSTOCK, *Das Mindestlohngesetz. Eine systematische Darstellung*, Beck, 2014; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn – doch eine unendliche Geschichte*, in *NJW*, 2014, p. 1924 ss. (che si occupa però del d.d.l.); JÖRIS, VON STEINAU-STEINRÜCK, *Der gesetzliche Mindestlohn*, in *Betriebs-Berater*, 2014, p. 2101 ss.; LAKIES, *Rechtsprobleme des neuen Mindestlohngesetzes – ein erster Überblick*, in *AR*, 2014, p. 360 ss.; RÉMY, *La loi allemande sur le salaire minimum: le SMIC en Allemagne?*, in *RDT*, 2014, p. 774 ss.; SPIELBERGER, SCHILLING, *Das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohn*, in *NJW*, 2014, p. 2899 ss. Sull'ampio e dettagliato progetto inserito nel patto di coalizione tra CDU e SPD v. per tutti RÉMY, *Organiser le futur*, cit., pp. 286-288.

⁵⁵ *Bundestag Drucksache 18/1558* del 28 maggio 2014, p. 26.

⁵⁶ *Bundestag Drucksache 18/1558*, cit., p. 26.

Il MiLoG trova applicazione a tutti i lavoratori subordinati (*Arbeitnehmer*) impiegati in Germania (§§ 1, co. 1, e 22, co. 1, AEntG)⁵⁷, anche se distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi (§ 20, MiLoG, e § 2, n. 1, AEntG)⁵⁸. Nel lungo dibattito sulle inclusioni ed esclusioni, che ha preceduto la stesura definitiva del testo, la questione se dovessero essere coperti dalla nuova disciplina anche i lavoratori autonomi in condizione di dipendenza economica (*arbeitnehmerähnliche Personen*) ha giocato un ruolo del tutto secondario⁵⁹. È stata invece assai più accesa la discussione sugli stagisti e coloro che sono impegnati in rapporti a causa mista di lavoro e formazione (*Praktikanten*), il cui crescente sfruttamento e impoverimento è stato denunciato ripetutamente negli ultimi anni in Germania (tutto il mondo è Paese, verrebbe da dire). Ferma l'esclusione degli apprendisti (§ 22, co. 3, MiLoG), che, tra l'altro, ai sensi del diritto tedesco non sono lavoratori subordinati⁶⁰, i *Praktikanten* hanno diritto al *Mindestlohn*⁶¹, salvo però un numero piuttosto nutrito di eccezioni⁶².

Tra le altre esclusioni ha suscitato non poche perplessità quella dei minori degli anni 18 che non abbiano acquisito una qualifica professionale (§ 22, co. 2, MiLoG): nella relazione il legislatore la giustifica con l'esigenza di non incentivare i giovani ad abbandonare prematuramente i percorsi scola-

⁵⁷ Compresi gli impieghi con orario di lavoro cortissimo, i tanto discussi *Mini-Jobs*: LAKIES, *op. cit.*, 360.

⁵⁸ DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1925; LAKIES, *op. cit.*, 360.

⁵⁹ DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1925.

⁶⁰ BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 872; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., pp. 1925-1926.

⁶¹ La legge introduce anche una definizione di *Praktikant*, che fa leva sull'"attività svolta per un periodo di tempo circoscritto al fine acquisire conoscenze pratiche ed esperienze utili per la preparazione all'esercizio di un'attività professionale" (§ 22, co. 1, ult. periodo, MiLoG). I rapporti ora detti rimangono ovviamente di natura non subordinata, ma vengono assoggettati al MiLoG. La dottrina tedesca si è subito appassionata alle disposizioni sui praticanti: cfr. DÜWELL, *Neue Regeln für Praktikanten: Qualitätsrahmen der EU, Mindestlohngesetz und Änderung des Nachweisgesetzes*, in *Der Betrieb*, 2014, p. 2047 ss.; PICKER, SUSMIKAT, *Ausnahmeweise Mindestlohn. Das MiLoG und die Praktikanten*, in *NZA*, 2014, p. 942 ss., che giudicano l'operato del legislatore con grande severità (i praticanti "veri" non sono lavoratori subordinati, e pertanto l'estensione ad essi del *Mindestlohn* non si giustificerebbe).

⁶² Sono così esclusi, in particolare: i rapporti di praticantato previsti dalla legge per l'accesso all'esercizio di determinate professioni e la formazione *on the job* contemplata dalle leggi sulla formazione professionale nell'ambito del sistema duale; i tirocini di orientamento fino a 3 mesi; altri rapporti di praticantato, di durata non superiore però ai 3 mesi (cd. "pratica libera"); i rapporti a contenuto misto di lavoro e formazione instaurati nell'ambito di taluni programmi di politica attiva del lavoro (§ 22, co. 1, MiLoG).

stici e formativi⁶³. Tuttavia, le molte sbavature della disposizione (a tacer d'altro la maggior parte degli apprendisti ormai anche in Germania conclude la propria formazione ben oltre i 18 anni) fanno sospettare un contrasto con il principio di eguaglianza *ex art.* 3, § 1, GG⁶⁴, nonché con le previsioni del diritto europeo che vietano le discriminazioni per età (artt. 1 e 6, dir. 2000/78/CE)⁶⁵. Non sollevano invece particolari problemi le eccezioni relative ai disoccupati di lunga durata (12 mesi o più), relativamente ai primi 6 mesi di occupazione (§ 22, co. 4, MiLoG); ai volontari e a coloro che svolgono impieghi onorari (§ 22, co. 3, MiLoG); a coloro che sono addetti alla consegna della stampa periodica, per un periodo transitorio (§ 24, co. 2, MiLoG).

L'importo orario iniziale del salario minimo è stabilito direttamente dalla legge in 8,5 euro lorde, con decorrenza dal 1° gennaio 2015: i successivi adeguamenti saranno discussi con cadenza biennale da un'apposita commissione permanente (*Mindestlohnkommission*), composta di rappresentanti delle parti sociali e da esperti indipendenti, e deliberati con decreto del Governo (*Rechtsverordnung der Bundesregierung*) (§ 1, co. 2, MiLoG). La commissione, che rimane in carica 5 anni, conta 9 membri ed è di nomina governativa: 6 candidature sono avanzate dalle associazioni di vertice dei datori di lavoro e dei sindacati (a ciascuna delle due parti spettano 3 membri); 2 componenti sono esperti indipendenti senza diritto di voto, designati su proposta dei partner sociali (1 per ciascuno); il presidente è scelto di comune accordo o, in difetto, la presidenza si alterna tra esponenti dei datori di lavoro e dei lavoratori dopo ogni decisione della commissione in merito all'adeguamento del *Mindestlohn* (quindi ogni due anni) (§§ 4-8, MiLoG).

La commissione delibera a maggioranza semplice, determinando l'entità del salario minimo che “contribuisca a un'adeguata tutela dei lavoratori, consenta condizioni di concorrenza leale ed effettiva, non metta a rischio l'occupazione”; essa deve altresì tener conto dell'evoluzione della contrattazione collettiva nel periodo di riferimento (§ 9, co. 2, MiLoG). La decisione viene presa a maggioranza: in prima battuta il presidente si astiene; qualora vi sia un *impasse*, egli propone un'ipotesi di mediazione; se quest'ultima non viene accettata, esercita il suo voto (§ 10, co. 1-2, MiLoG). Il Governo è libero

⁶³ *Bundestag Drucksache* 18/1558, cit., pp. 42-43.

⁶⁴ DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1925.

⁶⁵ Cfr., per es., BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 872; BRORS, *Europäische Rahmenbedingungen für den neuen Mindestlohn und seine Ausnahmen*, in *NZA*, 2014, pp. 941-942; RÉMY, *La loi allemande*, cit.

di recepire o meno in proprio decreto il *Mindestlohn* proposto dalla commissione, ma non può modificarne l'entità⁶⁶: i decreti rimangono in vigore fino all'approvazione dei successivi (§ 11, MiLoG). Sono possibili adeguamenti del salario minimo sia al rialzo che al ribasso⁶⁷.

Il *Mindestlohn* prevale sui minimi tabellari inferiori stabiliti nei contratti collettivi, compresi quelli estesi *erga omnes* in forza del TVG, dell'AEntG e dell'AÜG (§ 1, co. 3, MiLoG)⁶⁸: un periodo transitorio è previsto fino al 31 dicembre 2017 soltanto per i contratti estesi *ex AEntG* e AÜG (§ 24, co. 1, MiLoG)⁶⁹. Secondo la prevalente dottrina la giurisprudenza sui salari contrari ai buoni costumi o a contenuto usurario (v. *retro* il par. 2) non risulterà completamente superata in conseguenza dell'entrata in vigore del MiLoG: in sede di applicazione del § 138, BGB i giudici verificano l'esistenza di un utilizzo abusivo dell'autonomia contrattuale individuale, fattispecie che, seppur in casi residuali, si potrà verificare anche con il rispetto del *Mindestlohn*⁷⁰.

Il datore di lavoro è tenuto a corrispondere il salario minimo alla scadenza concordata e, comunque, al più tardi nell'ultimo giorno feriale del mese successivo a quello in cui la prestazione è stata erogata (§§ 2, co. 1, e 20, MiLoG). Un'eccezione è prevista soltanto per le banche del tempo (*Arbeitszeitkonten*): qualora il salario minimo non sia già stato garantito mediante il pagamento della quota fissa della retribuzione, le ore di lavoro ivi accumulate dovranno essere liquidate in congedi pagati o in *cash* entro i 12 mesi successivi a quello di maturazione; in ogni caso, le ore incluse nelle banche del tempo non potranno superare mensilmente il 50% dell'orario di lavoro concordato (§ 2, co. 2)⁷¹.

⁶⁶ LAKIES, *op. cit.*, p. 365; SITTARD, *Das MiLoG – Ein Ausblick auf die Folgen und anstehende Weichenstellungen*, in *NZA*, 2014, p. 954.

⁶⁷ Quest'ultima ipotesi potrebbe non essere di scuola, visti i sempre più concreti rischi di deflazione che si stanno affacciando negli ultimi tempi: cfr. SITTARD, *op. cit.*, p. 953.

⁶⁸ BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 866; LAKIES, *op. cit.*, p. 360; LÖWISCH, *op. cit.*, p. 948.

⁶⁹ BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 873.

⁷⁰ In questo senso BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 866; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1926. Ma la questione è dibattuta: cfr. *amplius* RÉMY, *Organiser le futur*, cit., p. 288.

⁷¹ La disciplina del salario minimo non si applica alle *Wertguthabenvereinbarungen* di cui al libro quarto del Codice di sicurezza sociale: si tratta di banche del tempo la cui finalità non è la gestione flessibile dell'orario di lavoro per far fronte agli alti e bassi dell'attività produttiva, ma la modulazione dei tempi di vita e di lavoro in occasione di determinate vicende esistenziali. A titolo esemplificativo tali conti possono essere smobilizzati per la cura dei figli o di prossimi congiunti con gravi patologie, o per anticipare il pensionamento. Cfr. ROLFS, § 7b *Wertguthabenvereinbarungen – SGB IV*, in MÜLLER-GLÖGE, PREIS, SCHMIDT (a cura di), *op. cit.*, pp. 2492-2493.

Gli elementi della retribuzione da computarsi nel salario minimo legale non sono specificati nel MiLoG: su tale punto delicato condivisibile dottrina invita a fare applicazione dei principi sviluppati dalla Corte di Giustizia e dal BAG con riferimento, rispettivamente, alla dir. 96/71/CE sul distacco di lavoratori nell'ambito di prestazioni transnazionali di servizi e all'AEntG⁷². In effetti, poiché il MiLoG potrà trovare applicazione anche ai lavoratori distaccati ai sensi della direttiva appena menzionata, è necessario che non si creino orientamenti contrastanti nelle situazioni puramente interne⁷³. È dunque computabile nel *Mindestlohn* qualsiasi somma corrisposta nel periodo di riferimento, purché non alteri l'equilibrio sinallagmatico⁷⁴ (in altri termini, conta solo la normale retribuzione): sono perciò esclusi, in particolare, i rimborsi spese e tutte le forme di retribuzione differita (che tra l'altro contrastano con la *ratio* del salario minimo, che è quella di rendere disponibile al lavoratore un determinato importo con cadenza mensile)⁷⁵, mentre le maggiorazioni e le indennità rilevano soltanto quando ineriscono alla normale prestazione (sono per es. escluse le maggiorazioni per lavoro straordinario)⁷⁶.

Il § 3, MiLoG appresta una tutela particolarmente robusta al diritto del lavoratore al salario minimo: esso è inderogabile, irrinunciabile⁷⁷ e non soggetto a decadenza⁷⁸, e qualsiasi pattuizione contraria è conseguentemente

⁷² Cfr. BRORS, *op. cit.*, p. 938; LAKIES, *op. cit.*, p. 361; NEBEL, KLOSTER, *Zur Entstehung, Fälligkeit und Unabdingbarkeit des Mindestlohnanspruchs*, in *BB*, 2014, p. 2935; RÉMY, *La loi allemande*, cit.; SITTARD, *op. cit.*, p. 952. Già in questo senso la risposta del Governo alle osservazioni del *Bundesrat* al d.d.l.: cfr. *Bundestag Drucksache* 18/1558, cit., p. 67. Fondamentalmente d'accordo, seppur con qualche distinguo, anche BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 867; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1926.

⁷³ BRORS, *op. cit.*, p. 938.

⁷⁴ Secondo i principi stabiliti dalla Corte di giustizia in due casi relativi ai salari minimi di contratti collettivi estesi *erga omnes* ex AEntG: cfr. C. Giust. 7 novembre 2013, C-522/12 (caso *Isbir*); C. Giust. 14 aprile 2005, C-341/02 (caso *Commissione c. Germania*), in *Racc. CG*, 2005, I, p. 2735.

⁷⁵ BAYREUTHER, *op. cit.*, p. 868; BRORS, *op. cit.*, pp. 939-940; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1927 (che però ravvisa nella giurisprudenza europea margini per ammetterne il computo); *contra* invece LAKIES, *op. cit.*, p. 361, che ne propone il conteggio *pro quota* ogni mese, purché, al momento di maturazione, la loro percezione non sia soggetta a condizioni.

⁷⁶ BRORS, *op. cit.*, p. 939; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1926; NEBEL, KLOSTER, *op. cit.*, pp. 2935-2936; *contra* però BAYREUTHER, *op. cit.*, pp. 868-869, che include tutte le maggiorazioni e indennità, purché il datore di lavoro sia tenuto, in forza del contratto individuale o collettivo, alla loro corresponsione.

⁷⁷ Salvo che in sede di conciliazione giudiziale.

⁷⁸ Si applica però il termine di prescrizione triennale: cfr. LAKIES, *op. cit.*, p. 363.

nulla (*unwirksam*). A questo proposito vanno fatte due osservazioni. Anzitutto, la clausola nulla del contratto individuale non viene sostituita dal minimo legale, ma dalla retribuzione d'uso ai sensi del § 612, co. 2, BGB⁷⁹: questa corrisponderà spesso a quella di contratto collettivo o comunque a somme superiori a 8,5 euro all'ora (v. *retro* il par. 2); è peraltro ovvio che non potrà mai essere inferiore a quest'ultimo importo⁸⁰. In secondo luogo, l'irrinunciabilità e la non assoggettabilità a decadenza convenzionale riguarnerà, anche in caso di salari ben superiori a 8,5 euro all'ora, soltanto la frazione di retribuzione corrispondente a tale somma⁸¹.

La *ratio* di questo particolare regime, che comunque creerà non pochi problemi gestionali alle imprese tedesche, risiede nella debolezza contrattuale (riflesso di quella economica e sociale) dei lavoratori con bassi salari: propensi a rinunciare ai propri diritti pur di conservare l'impiego, essi si attivano sovente solo dopo la fine del rapporto di lavoro per far valere i propri diritti⁸².

Proprio la situazione dei lavoratori afflitti dallo *working poor* spiega molte delle disposizioni conclusive del MiLoG, quali quelle che prevedono: la responsabilità solidale del committente per la corresponsione del salario minimo ai dipendenti dell'appaltatore (§ 13, MiLoG, che rinvia al § 14, AEntG)⁸³; l'attribuzione dei compiti ispettivi all'autorità doganale (*Zollverwaltung*) (§ 14, MiLoG), già competente per i controlli nell'ambito della lotta al lavoro irregolare (le disposizioni della relativa legge si applicano anche alle procedure ispettive del MiLoG⁸⁴); obblighi particolari di comunicazione all'autorità doganale a carico dei datori di lavoro stranieri che operano in Germania in determinati settori (§ 16, MiLoG); obblighi specifici di registrazione dei tempi di lavoro per le imprese impegnate in taluni settori "a rischio" (§ 17, MiLoG); un apparato sanzionatorio che non si limita alla sanzione civilistica della nullità, ma contempla anche reati di natura contravvenzionale puniti con pesanti ammende (*Bußgeld*) (fino a 500.000 euro per la mancata corresponsione del

⁷⁹ V. BAYREUTHER, *op. cit.*, pp. 865-866; DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1927.

⁸⁰ LAKIES, *op. cit.*, p. 363.

⁸¹ BAYREUTHER, *op. cit.*, pp. 870-871; NEBEL, KLOSTER, *op. cit.*, p. 2936; SITTARD, *op. cit.*, pp. 952-953.

⁸² Cfr. DÄUBLER, *Der gesetzliche Mindestlohn*, cit., p. 1928.

⁸³ In argomento v. ampiamente KÜHN, REICH, *Haftung für die Zahlung des Mindestlohns an fremde Arbeitnehmer/-innen*, in *BB*, 2014, p. 2938 ss.

⁸⁴ Molto critico su questa assimilazione MASCHMANN, *Die staatliche Durchsetzung des allgemeinen Mindestlohns nach den §§ 14 ff. MiLoG*, in *NZA*, 2014, p. 929 ss., che rimprovera al legislatore un certo approccio poliziesco ai controlli sul rispetto del salario minimo.

salario minimo; fino a 30.000 per le altre infrazioni) (§ 21, MiLoG), nonché l'esclusione temporanea dagli appalti pubblici (§ 19, MiLoG).

6. *Suggerzioni e distanze: il dibattito italiano*

Il modello tedesco in questo periodo va di gran moda anche in Italia, e un raffronto viene quasi naturale.

La recentissima legge 10 dicembre 2014, n. 183 (cd. *Jobs Act* II) prevede l'attribuzione al Governo di una delega finalizzata alla "introduzione, eventualmente anche in via sperimentale, del compenso orario minimo, applicabile ai rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro subordinato, nonché ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nei settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previa consultazione delle parti sociali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale" (art. 1, co. 7, lett. g)⁸⁵.

La situazione socio-economica nei due Paesi è però assai diversa. In Italia la contrattazione collettiva è minata dalla crisi economica e dai moniti europei al decentramento, mentre il *working poor* si concentra non tanto tra i lavoratori subordinati, quanto piuttosto nelle variegata forme di lavoro autonomo più o meno economicamente dipendente, che continuano a proliferare nonostante ogni tentativo legislativo di arrestarle. Per altro verso, poi, i tassi di copertura dei CCNL continuano a essere più che lusinghieri in chiave comparata (intorno all'80%)⁸⁶, sostenuti da strumenti legislativi di sostegno indiretto e soprattutto dalla costante giurisprudenza che dagli anni '50 del secolo scorso ravvisa nei minimi tabellari in essi contenuti il parametro di riferimento della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36, co. 1, Cost.⁸⁷

⁸⁵ Per qualche primissimo commento a questa disposizione v. BELLAVISTA, *Il salario minimo legale*, in *DRI*, 2014, p. 741 ss.; SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II*, Adapt Labour Studies e-Book series n. 32, 2014, p. 136 ss.; SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 233/2014, p. 43 ss.

⁸⁶ Cfr. LEONARDI, *Salario minimo e ruolo del sindacato: il quadro europeo fra legge e contrattazione*, in *LD*, 2014, p. 191.

⁸⁷ V. tra i tanti RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata*, Giappichelli, 2012; BELLOMO, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2002.

In Germania, invece, la crisi della contrattazione collettiva è assai più marcata, e i bassi salari sono diventati una piaga capace di guidare al ribasso i minimi tabellari di molti settori, mentre la giurisprudenza sul divieto di salari contrari ai buoni costumi (§ 138, BGB: vedi *retro* il par. 2) non è stata in grado di contrastare questi *trend*, limitandosi a reprimere solo gli scostamenti più macroscopici rispetto ai minimi retributivi stabiliti dai contratti collettivi. Per altro verso, tuttavia, il sistema produttivo continua a ricercare flessibilità ricorrendo al lavoro subordinato di tipo speciale (contratti a termine, interinale) piuttosto che al lavoro autonomo.

Di qui le diverse ricette adottate nei due Paesi. In Germania l'estensione del salario minimo al lavoro economicamente dipendente non è quasi nemmeno stata presa in considerazione nel dibattito precedente l'adozione del MiLoG e tanto meno compare nel testo definitivo, mentre in Italia costituisce un punto caratterizzante della lotta al *working poor*. In Germania si opta per una strategia che affianca al salario minimo il sostegno alla contrattazione collettiva, e si affida addirittura alle parti sociali la fissazione del futuro ammontare del *Mindestlohn*, costringendo il decisore politico (il Governo) a "prendere o lasciare": e tuttavia non si rinuncia alla copertura universalistica del salario minimo legale. L'opinione maggioritaria lo ritiene compatibile con i principi della libertà sindacale, purché opportunamente configurato, e perfino utile a mantenere funzionale l'autonomia collettiva. Una parte della dottrina, tuttavia, non condivide questo approccio, sollevando dubbi sulla sua opportunità e perfino sulla sua legittimità costituzionale, e avrebbe preferito continuare con interventi selettivi nei settori in cui l'autonomia collettiva non riesce più a svolgere il suo ruolo.

In Italia, nonostante che l'art. 36, co. 1, Cost. autorizzi il legislatore a stabilire un salario minimo legale di carattere universale⁸⁸, si propone invece

⁸⁸ A dispetto di quanto potrebbe pensare il neofita, la norma non è così pacifica, con il suo riferimento ai due parametri della proporzionalità e della sufficienza (il primo non si attaglia bene a un salario minimo legale) e la presenza nel testo costituzionale di un ingombrante articolo, il 39, che prevede un meccanismo di estensione *erga omnes* dei contratti collettivi. In effetti, la costituente era divisa sull'ipotesi del minimo retributivo fissato per legge, per il timore di alcuni che esso potesse spiazzare la contrattazione collettiva: è già da tempo, tuttavia, che in dottrina non si dubita più seriamente sulla legittimità costituzionale di un intervento legislativo che assuma la forma del salario minimo intercategoriale. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, MAGNANI, *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, 2010, I, p. 769 ss., spec. 780-782; ZOPPOLI L., *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in CARUSO, ZOLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. I, Jovene, 1994, p. 93 ss.; ROCCELLA, *I salari*, Il

una soluzione interstiziale, ovvero un compenso orario minimo che non si applicherà nei settori in cui siano presenti contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Le preoccupazioni del legislatore italiano di non interferire con l'autonomia collettiva fanno tesoro del dibattito recente, che ancora oggi vede una diffusa ostilità sindacale e dottrinale al salario minimo legale generalizzato⁸⁹. In effetti, nel contesto europeo i minimi salariali del nostro Paese appaiono tra i più elevati, tutelando adeguatamente rispetto ai rischi di *working poor*⁹⁰. Invece, l'adozione del salario legale generalizzato potrebbe innescare una "fuga" dalla contrattazione collettiva e un abbassamento dei salari minimi con il loro appiattimento sui requisiti di legge. Per un verso, infatti, la fissazione del salario legale avverrebbe a un livello assai modesto, per tener conto delle compatibilità dei settori meno competitivi; per altro verso, tale strumento metterebbe necessariamente fuori gioco la consolidata giurisprudenza che fa leva sull'art. 36, co. 1, Cost. per estendere l'ambito di applicazione dei minimi tabellari di CCNL (v. *retro*)⁹¹.

Insomma, il legislatore italiano si è avvicinato con cautela alla materia e non si è lasciato irretire da frettolose suggestioni straniere. D'altro canto, nel nostro Paese i maggiori rischi per il sistema di relazioni industriali non provengono certo dai progetti per l'introduzione di un compenso minimo orario: essi derivano piuttosto dal tentativo dei Governi di ogni colore di influire sulla struttura e gli esiti della contrattazione collettiva, nella speranza che ciò possa compiacere le autorità europee e gli organismi finanziari internazionali, e facilitare l'uscita del Paese dalla crisi economica in cui si dibatte ormai da troppo tempo⁹². L'Italia dovrebbe finalmente decidere se

Mulino, 1986, p. 64 ss., spec. p. 87 ss.; TREU, *Commento all'art. 36, co. 1, Cost.*, in *Comm. Branca*, 1979, p. 74;

⁸⁹ Sull'ostilità sindacale e le sue ragioni v. SPEZIALE, *op. cit.*, pp. 45 ss.

⁹⁰ LEONARDI, *op. cit.*, pp. 194 e 196.

⁹¹ Cfr. BAVARO, *Reddito di cittadinanza, salario minimo legale e diritto sindacale*, in *RDSS*, 2014, pp. 176-178; SPEZIALE, *op. cit.*, p. 46.

⁹² Emblematico di questo approccio del legislatore è l'art. 8, d.l. n. 138/2011 sui contratti di prossimità, che rappresenta senza dubbio uno dei punti più alti del tentativo del legislatore di forzare il decentramento contrattuale: su di esso v. per tutti CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, 2012; NAPOLI, FERRANTE, CORTI, OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro*, Vita e Pensiero, 2012. Ma anche il Governo Renzi sembra mostrare segni di crescente insofferenza per l'autonomia delle parti sociali: per il momento, tuttavia, non sono ancora chiari i contorni dell'eventuale futuro intervento legislativo.

l'autonomia collettiva possa diventare, come in Germania, una risorsa per superare i momenti economici più difficili, oppure se essa costituisca un ostacolo da aggirare o addirittura addomesticare.

Abstract

Il saggio illustra la recentissima legge sul rafforzamento dell'autonomia collettiva, entrata in vigore nello scorso mese di agosto in Germania, soffermandosi in particolare sul nuovo *Mindestlohngesetz*, il provvedimento che istituisce un salario minimo legale. L'autore ripercorre il denso dibattito tedesco che ha preceduto il varo della legge, evidenziando il delicato compromesso posto a base della stessa: l'istituzione di un salario minimo legale intercategoriale, che funga al tempo stesso da sostegno all'autonomia collettiva. Un breve confronto con lo stato del dibattito nel nostro Paese chiude il saggio.

The article deals with the recent Act on strengthening collective bargaining, enacted last August in Germany, and focuses in particular upon the new *Mindestlohngesetz*, the Act that establishes a national minimum wage. The author describes the intense debate which thrived before the adoption of the Act, by outlining the delicate compromise which holds the Act: the establishment of a national minimum wage that at the same time is able to support collective bargaining. The article ends by opening a window on the state of the art in our Country.

Key Words

Germania, working poor, salario minimo legale, *Mindestlohngesetz*, contrattazione collettiva, efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi.

Germany, working poor, national minimum wage, *Mindestlohngesetz*, collective bargaining, *erga omnes* effects of collective agreements.

Stella Laforgia

L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014: la riforma del sistema di relazioni sindacali e il principio di maggioranza

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La successione di Accordi Interconfederali e gli 'eventi epifanici': storia di unità e disunità sindacale. **3.** L'Accordo Interconfederale del 14 gennaio 2014. **4.** La misura della rappresentanza: dall'auto-accreditamento all'«oggettività» dei numeri. **4.1.** Il dato associativo e il dato elettorale. **5.** A cosa serve la misura della rappresentanza. **5.1.** L'ammissione alla contrattazione e la presentazione delle piattaforme contrattuali. **5.2.** La sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali efficaci ed esigibili. **6.** Governo del dissenso e gestione del conflitto: clausole/procedure di raffreddamento e clausole/procedure sulle conseguenze dell'inadempimento. **7.** La rappresentanza nei luoghi di lavoro: le 'nuove' rsu e i contratti aziendali. **8.** Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Dal 2008, e precisamente dall'approvazione delle Linee di riforma della struttura della contrattazione collettiva a firma di Cgil, Cisl e Uil, si avvia, snodandosi attraverso diverse tappe, un lungo processo di riforma del sistema regolativo delle relazioni sindacali il cui assetto era stato definito dall'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993¹.

Esso ha avuto un andamento non lineare, sincopato, fatto di passi in avanti e poi indietro, proclami e ripensamenti. Tuttavia, gli Accordi bilaterali (sottoscritti, cioè, senza l'intervento del soggetto pubblico²) che, con una certa frequenza, si sono succeduti negli ultimi sei anni sono il segno che le parti sociali, sebbene a fatica e a volte in modo parziale e tardivo, hanno av-

¹ A proposito delle Linee guida del 2008, parla di abbrivio VISCOMI, *Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013*, in *RIDL*, 2013, I, p. 769 ss., spec. p. 753.

² Invero, nel 2009, come vedremo, è stato sottoscritto l'AQ del 28 gennaio anche dal Governo in qualità, però, di datore pubblico.

vertito l'esigenza di ripensare le regole – messe in discussione e, a volte, saltate del tutto – sulle quali si sono fondate le relazioni sindacali.

Infatti, dal 1993, sono passati più di vent'anni nei quali si sono succeduti eventi che hanno assunto le proporzioni di veri e propri rivolgimenti in ambito economico, produttivo e sociale: le trasformazioni dell'impresa postfordista, i fenomeni riassumibili nell'abusata ma efficace formula di 'globalizzazione' e le lacerazioni del tessuto sociale, che hanno reso oltremodo difficile qualsiasi sintesi degli interessi da parte delle organizzazioni sindacali.

Tutto ciò ha messo in discussione, secondo la prospettiva del diritto del lavoro, non solo il modello tradizionale di rapporto individuale di lavoro (ora, delocalizzato, appaltato, somministrato e sempre più 'flessibile')³ ma anche la (fisiologica) dialettica delle relazioni sindacali⁴.

È da quest'angolo visuale che si vuole osservare la serie di Accordi che hanno condotto all'AI del 14 gennaio 2014 (d'ora innanzi TU), intervallati da accadimenti che costituiscono dei veri e propri momenti epifanici dello stato delle relazioni sindacali e squarciano il velo su scenari imprevisi e, talvolta, imprevedibili; si fa riferimento alle c.d. vicende Fiat e all'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 8 della l. 148 del 2011 che hanno provocato una sorta *shock* tra i soggetti dell'autonomia collettiva e inducono a ripensare le categorie tradizionali con le quali esse sono state analizzate per lungo tempo⁵.

Dunque, il radicale cambiamento delle condizioni materiali, oltre al susseguirsi di governi connotati dalla profonda diffidenza nei confronti dei sog-

³ Da ultimo, v. CARABELLI, *Il sogno ipnotico della flessibilità occupazionale e della riduzione delle tutele legali e contrattuali del lavoro come strumenti indispensabili per il rilancio dell'economia e dell'occupazione*, in www.dirittisocialiedellacittadinanza.org, 2014; ZOPPOLI L., *Il "riordino" dei modelli di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-213/2014.

⁴ Rispetto alla crisi del sistema delle relazioni sindacali, utilizza evocativamente l'immagine dello 'sfarinamento', MARIUCCI, *Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art. 39 Costituzione?*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-207/2014, p. 2; sul punto, v. anche RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art.39 della Costituzione*, in *questa rivista*, 2013, p. 263 ss., spec. p. 273 ss.; ZOPPOLI A., *Il Protocollo di maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*, *ibidem*, 2013, p. 249 ss. e LAZZERONI, *Attori, potere rappresentativo e consenso nella recenti vicende sindacali*, *ibidem*, 2013, p. 331 ss.

⁵ Parla di 'intermezzi' (legislativi e giurisprudenziali), CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale: dal Tit. III dello statuto dei lavoratori al testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, in *DRI*, 2014, p. 309 ss.

getti sindacali e di ogni pratica concertativa, hanno fatto sì che le organizzazioni sindacali confederali, superando la stagione delle divisioni, ritrovassero l'unità e, accettando di mettere in discussione qualsiasi posizione 'acquisita', si sottoponessero a nuove regole⁶.

La prospettiva scelta in questo contributo implica, perciò, non solo la descrizione della trasformazione delle relazioni sindacali e dei passaggi più salienti della riforma delle regole contenuta nel TU, ma è, altresì, la narrazione di un cambio di passo inedito e, per certi versi, irreversibile.

I soggetti sindacali, infatti, sostituiscono con il ricorso 'ai numeri' il principio, proprio dell'ordinamento intersindacale, della libertà di esercizio del potere di auto-accreditamento rispetto agli interlocutori negoziali⁷.

Così, attraverso i numeri, si misura la rappresentatività utile per ciascuna fase del processo negoziale (dall'ammissione alla trattative alla stipulazione del contratto)⁸.

Il ricorso ai numeri sembra dare risposta ad una serie di esigenze.

Essi garantiscono al soggetto sindacale che li detiene di essere riconosciuto come interlocutore (affidabile) dalla controparte datoriale senza il rischio di pretestuose estromissioni; a quest'ultima sono utili per avere la certezza che la propria controparte mantenga fede agli impegni assunti.

Dunque, l'utilità dei numeri costituisce la chiave di lettura del cambio di passo al quale poco innanzi si faceva riferimento.

⁶ Sul punto, cfr. BELLAVISTA, *Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-208/2014; DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in DRI, 2014, p. 673 ss., spec. p. 675.

⁷ Sul punto, seppure a proposito dell'AI 2013, cfr. MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in RIDL, 2013, I, p.712 secondo il quale si viene così a superare "(...) il principio per il quale l'individuazione delle parti con cui avviare e concludere una trattativa sindacale avviene per reciproco riconoscimento, quindi in base a valutazioni insindacabili sul piano formale, non essendo imposti dalla legge criteri predeterminati ed oggettivi".

⁸ Il TU parla, invero, di rappresentanza. Tuttavia, per la distinzione tra rappresentanza e rappresentatività si parlerà più ampiamente in seguito (§ 8). Per il momento, più propriamente, si sceglie di parlare, anziché di rappresentanza, di rappresentatività che è, in questo caso, precondizione della rappresentanza, nell'accezione utilizzata da GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, p. 65: "(...) capacità dell'organizzazione di unificare i comportamenti dei lavoratori in modo che gli stessi operino non ciascuno secondo scelte proprie ma, appunto, come gruppo" e da GAROFALO M. G., *Rappresentatività sindacale e pluralità degli interessi*, in PD, 1985, p. 418 che distingue la rappresentanza quale 'legittimazione a creare norme vincolanti per certi soggetti' e la rappresentatività come 'giudizio di fatto, che ha ad oggetto l'effettività del potere esercitato dall'organizzazione sindacale su un sistema dato di relazioni industriali'.

In particolare, l'utilità diventa necessità per le organizzazioni sindacali 'provate' ormai da un'insanabile disunità manifestatasi nella prassi degli Accordi e dei c.d. contratti separati e chiamate, perciò, a fare i conti con il dissenso⁹.

E così, l'unità difficile da trovare sul merito, si ripristina con riguardo alle regole sulle quali si sposta, dunque, il confronto. Si riscrivono, quindi, le regole con le quali si procedimentalizzano i percorsi negoziali sottratti alla libera dinamica contrattuale: il ricorso ai numeri perciò, diventa il succedaneo funzionale dell'unità sindacale¹⁰.

Non essendoci più nel fronte sindacale l'unità che aveva garantito la tenuta del sistema si segmenta il processo negoziale scandito da numeri e percentuali.

Conseguentemente, all'unità (e all'unanimità) si contrappone – per le fasi 'decisionali' (discussione della piattaforma e sottoscrizione del contratto) – il principio di maggioranza che rappresenta il principale corollario della logica dei numeri: questi ultimi determinano il soggetto che detiene maggiore consenso rispetto agli altri e al quale, evidentemente, si riconoscerà un peso maggiore¹¹.

La portata di questa novità pone inevitabili dubbi che costituiscono i profili sui quali si intende soffermarsi e intorno ai quali si articolerà il contributo.

Innanzitutto, ci si chiede se davvero le relazioni sindacali (almeno per

⁹ Si pensi, oltre al ccnl Metalmeccanici dell'11 ottobre 2009 sottoscritto da Federmeccanica con Fim e Uilm, anche al ccnl Terziario, Distribuzione, Servizi sottoscritto in data 15 marzo 2011 tra Confcommercio e Fisacat-Cisl e Uil-Tucs. Più recentemente, si consideri l'Intesa sugli esuberanti 'Alitalia' sottoscritta in data 12 luglio 2014 da Fit-Cisl, Uil Trasporti e Ugl Trasporto aereo; il ccnl Trasporto aereo-sezione specifica Vettori e il ccnl integrativo Gruppo Alitalia-Cai sottoscritti in data 16 luglio 2014 da Filt-Cgil e Fit-Cisl.

¹⁰ In questo senso, SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *DRI*, 2014, 3, p. 687 ss., spec. p. 689: "Le grandi confederazioni delineano una 'unità procedurale' diretta a «compensare il venir meno dell'unità d'azione» che per decenni aveva garantito il funzionamento del sistema nel contesto caratterizzato dalla (per lungo tempo, positiva) anomia legale".

¹¹ Sul principio di maggioranza nell'ambito delle relazioni industriali, v. BAVARO, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, cit., p. 3 ss.; SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, 2013, I, p. 76 ss.; più risalente, FIORAI, *Il sistema sindacale italiano e il principio di maggioranza. Riconoscimento sulle regole per la gestione del conflitto*, 1991, Giuffrè; MARTINUCCI, *Principio di maggioranza ed efficacia del contratto collettivo*, in *RIDL*, 1991, I, p. 439 ss.; sul tema, anche verificandone la compatibilità con l'art. 39 Cost., si sofferma GHERA, *L'articolo 39 della Costituzione e il contratto collettivo*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*.it-205/2014.

le modalità con cui si sono sviluppate nel nostro paese) siano permeabili alla logica dei numeri o non siano piuttosto refrattarie ad essa.

Soprattutto, la regola della maggioranza, che la vulgata vorrebbe quale espressione matura del principio di democrazia¹², non avendo la medesima estensione di quest'ultimo, pone il rilevante problema del rapporto tra la maggioranza e la minoranza e della possibilità di quest'ultima di poter esprimere il proprio dissenso¹³.

Ebbene, è proprio questa polarità a costituire uno dei profili più critici del principio di maggioranza¹⁴; infatti, certo esso garantisce, o almeno dovrebbe garantire, la governabilità e la tenuta del sistema evitando la deflazione dello stesso poiché comporta la 'massimizzazione del consenso' e cioè che si obbedisce alle 'leggi' cui si è dato il proprio consenso¹⁵; tuttavia, affinché un sistema possa dirsi genuinamente democratico, è necessario sapere quanti sono coloro che beneficiano dei vantaggi derivanti dalle decisioni prese dalla maggioranza e quanti sono coloro cui è consentito esprimere il proprio consenso mediante il principio di maggioranza e, infine, quali garanzie ci sono per coloro che esprimono il loro dissenso¹⁶.

Insomma, regola dei numeri, principio di maggioranza, rapporto tra maggioranza e minoranza e gestione del dissenso sono i poli concettuali rispetto ai quali leggere tutto il percorso inaugurato nel 2008 e sfociato nel

¹² Cfr., invece, quanto mirabilmente scrive BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Einaudi, 1999, p. 383: "Che i sistemi politici che si sogliono chiamare democratici, o più frequentemente di democrazia occidentale, siano sistemi in cui vale la regola della maggioranza sia per la elezione di coloro cui è attribuito il potere di prendere decisioni valide per la collettività sia per la formazione di decisioni dei supremi organi collegiali, non implica che: a) la regola della maggioranza sia esclusiva dei sistemi democratici; b) che le decisioni collettive in questi sistemi vengano prese esclusivamente mediante la regola della maggioranza".

¹³ Sul principio di maggioranza, in generale, e sul rapporto di questo con la democrazia, cfr. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione*, il Mulino, 2007, spec. p. 231 ss.; CANFORA, *Critica della retorica democratica*, Laterza, 2002, spec. p. 10 ss.; BOBBIO, *op. cit.*, spec. p. 383 ss.; RUFFINI, *Il principio maggioritario*, Adelphi, 1976.

¹⁴ Ed è infatti questo aspetto ad aver destato maggiori critiche nei primi commenti. V. ROMAGNOLI, *La dittatura della maggioranza nel sindacato*, in www.uuguaglianzaeliberta.it; ID., *In difesa della democrazia sindacale*, in www.dirittisocialiecitadionza.org; *ibidem*, ALLEVA, *I pericoli dell'Accordo confederale sulla rappresentanza*.

¹⁵ L'espressione è di BOBBIO, *op. cit.*, spec. p. 390 ss.; più specificatamente, CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, FrancoAngeli, 1992.

¹⁶ Sempre BOBBIO, ma in *Democrazia rappresentativa e diretta*, in *Il Futuro della democrazia*, Einaudi, 1994, p. 33 ss. spec. 59 si chiede: "... Che cosa ne facciamo di questi dissenzienti una volta ammesso che il consenso unanime è impossibile (...)? Del resto che valore ha il consenso dove il dissenso è proibito? è ancora consenso o è pura accettazione passiva del comando del più forte?"

Protocollo Interconfederale del 28 giugno 2011 (PI 2011), in quello del 13 maggio 2013 (PI 2013) e, infine, nel TU 2014¹⁷.

Prima di iniziare la trattazione vera e propria degli Accordi e del TU in particolare, però, si impone un'ultima avvertenza (invero, preliminare) che attiene non già ai contenuti ma al linguaggio con il quale essi sono scritti.

Esso è quello proprio degli Accordi sindacali: potente, fortemente evocativo e, a volte, allusivo (potendo solo alludere in taluni casi).

Essi, infatti, dispongono per le parti contraenti, ad esse parlano e solo a queste si applicano; è, dunque, tenendo conto di ciò che devono essere letti e cioè per quello che possono dire senza chiedere altro o di più. Trarre conseguenze per soggetti estranei rispetto alla dinamica sindacale può essere fuorviante quando addirittura non corretto.

Il riferimento immediato è alla nozione di 'efficacia *erga omnes*' che il TU attribuisce ai contratti sottoscritti a maggioranza; ebbene, benché rivesta grande importanza, e la dottrina si stia impegnando nell'interpretarla, questa formula deve essere contestualizzata, non potendosi prescindere dalla fonte nella quale è inserita e cioè un Accordo che ha natura privatistica, e, quindi, vale sempre e soltanto per coloro che lo hanno sottoscritto.

Dunque, la rilevanza del TU deve essere confinata nel perimetro dell'ordinamento intersindacale fuori dal quale non ha (la medesima) valenza giuridica, potendone avere, però, una (soprattutto) simbolica.

Anche tenendo conto di quest'ultima annotazione, si ripercorre il travagliato percorso che ha condotto a questo Accordo.

2. *La successione di Accordi Interconfederali e gli 'eventi epifanici': storia di unità e disunità sindacale*

Questo percorso segue la successione di diversi Accordi ma è anche la 'storia' dell'alternarsi di unità e disunità nel fronte sindacale; condizioni, queste, che hanno segnato profondamente le scelte attuate dalle Parti.

Non è un caso che il momento propulsore di questo percorso sia rappresentato dall'approvazione unitaria da parte di Cgil, Cisl e Uil, il 12 maggio

¹⁷ Descrivono questo percorso, CARINCI F., *op. cit.*; TOSI, *Gli assetti contrattuali tra tradizione e innovazione*, in *ADL*, 2013, p. 506 ss.; LIEBMAN, *Le clausole che regolano la trattativa sindacale nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: l'occasione per una ricostruzione diacronica*, in *ADL*, 2013, 5, p. 737 ss.

2008, delle Linee di riforma della struttura della contrattazione¹⁸; il documento risulta ambizioso negli intenti (*il miglioramento delle condizioni di reddito, di sicurezza e qualità del lavoro dei lavoratori attraverso la crescita della qualità, delle reti materiali e immateriali, dello stato sociale e della qualità, competitività e produttività delle imprese*) e nell'obiettivo, tra gli altri, di realizzare un accordo unico che definisca un modello contrattuale per tutti i settori pubblici e privati.

Intenti ed obiettivi, questi, di ampio respiro quanto generici nella loro stringatezza; infatti, il documento è un elenco di punti programmatici che rappresentano poco più che una traccia per le Parti sociali.

In realtà, ben presto si capirà che il Governo non prenderà mai parte ad alcun accordo e, anche per quanto concerne i soggetti sindacali – chiamati a costruire un nuovo *sistema contrattuale per tutelare il potere d'acquisto delle retribuzioni e per redistribuire la produttività* –, il percorso sarà tutt'altro che agevole. Tuttavia, un dato emerge con chiarezza: per la prima volta, tutte le parti concordano nell'introdurre, accanto a forme di democrazia diretta per l'approvazione dei contratti collettivi, un meccanismo, seppure ancora embrionale, di certificazione della rappresentatività basato sul dato associativo e su quello elettorale.

Per darvi seguito, però, sarebbe stato necessario il consenso di tutti i firmatari e, quindi, la loro unità; ma, evidentemente, così non è stato.

Infatti, l'anno successivo, vengono sottoscritti, entrambi senza la firma della Cgil, l'Accordo Quadro 28 gennaio 2009 (AQ 2009) e l'Accordo Interconfederale di attuazione del 15 aprile 2009 (AI 2009)¹⁹.

I due Accordi si presentano complessi e densi nel loro contenuto²⁰.

¹⁸ Il contenuto delle Linee guida del 2008 viene confermato dal documento unitario del 30 aprile 2013 propedeutico alla stipulazione del Protocollo del 13 maggio 2013.

¹⁹ L'AQ sembra un accordo trilaterale vista la presenza del Governo che, in realtà, si presenta in qualità di 'semplice' datore pubblico: cfr. RICCI, *L'accordo Quadro e l'Accordo Interconfederale Confindustria del 2009: contenuti e modelli di relazioni industriali*, in RIDL, 2009, p. 358 e CARINCI E., *Una dichiarazione d'intenti: l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in RIDL, 2009, p. 177 ss.

²⁰ A livello contenutistico in senso stretto segnaliamo soltanto che la novità di rilievo rispetto al Protocollo del 1993 è rappresentata dall'introduzione, al fine di misurare la dinamica degli effetti economici dei ccnl (in sostituzione del tasso di inflazione programmata), dell'indicatore della crescita dei prezzi al consumo per il triennio in un nuovo indice previsionale costruito sulla base dell'IPCA (l'indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia), depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importati ed elaborato da un soggetto terzo di riconosciuta autorevolezza ed affidabilità.

Tuttavia, la parte sulla rappresentanza è molto breve; in essa si manifesta alquanto genericamente l'interesse delle Parti alla definizione di "... *uno specifico Accordo Interconfederale per rivedere ed aggiornare le regole che disciplinano la rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro valutando le diverse ipotesi che possono essere adottate ... ivi compresa la certificazione dell'Inps dei dati di iscrizione sindacale*". Altrettanto generico risulta l'impegno "... *a rispettare e a far rispettare – nel c.d. potere di influsso proprio delle organizzazioni di rappresentanza delle imprese e dei lavoratori – tutte le regole che liberamente sono definite in materia di contrattazione ...*".

La mancanza, nella firma dell'Accordo, di una organizzazione sindacale 'qualificata' come la Cgil ha, probabilmente, 'annacquato' la parte sulla rappresentanza che risulta molto poco incisiva, nonostante le parti si proponessero di sostituire il sistema vigente di contrattazione collettiva²¹. Ed effettivamente, gli eventi dimostreranno quanto sarebbe stato necessario porvi mano.

Infatti, di lì a poco esplose il 'caso Fiat' che mette a nudo '*i grandi limiti della sostanziale anomia in cui da lungo tempo vive il nostro sistema legale delle relazioni industriali*'²².

Si assiste negli stabilimenti del gruppo Fiat ad un crescendo inaspettato e parossistico di eventi che vanno dalla disdetta anticipata del ccnl del 2008 da parte di Fim-Cisl e Uilm-Uil alla completa uscita di Fiat dal sistema confindustriale e alla sottoscrizione di contratti collettivi specifici di primo livello²³. Insomma, Fiat, dapprima sperimenta una serie di soluzioni inedite quanto raffinate giuridicamente per evitare l'applicazione del ccnl; in seguito, in modo meno sofisticato ma, evidentemente, più efficace (anche per le inevitabili implicazioni giudiziarie sulle quali si dirà meglio in seguito nel § 10.1), si pone proprio al di fuori delle regole tradizionali della dialettica sindacale, in un'ottica, si potrebbe dire, del tutto 'asindacale'²⁴.

²¹ Così, BELLARDI, *Concertazione e contrattazione dal Protocollo Giugni agli accordi separati del 2009*, in *RGL*, 2009, p. 476.

²² LISO, *Brevi note sull'accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 453 ss.

²³ Si fa riferimento al contratto collettivo specifico di primo livello per i lavoratori di Fabbrica Italia Pomigliano del 29.12.2010 e all'Accordo per lo stabilimento di Mirafiori del 23.12.2010.

²⁴ Gli studi sulle vicende Fiat sono numerosissimi. Cfr. SARACINI, *Contratto e legge dopo il caso Fiat: le nuove regole sindacali*, in *questa rivista*, 2012, p. 287 ss.; CARINCI, *Da Pomigliano a Mira-*

Tutto ciò 'impressiona' le parti sociali che, a questo punto, sospinte dal timore della deflagrazione totale del sistema, in un moto di lucidità, ritrovano la loro unità e, riprendendo quanto intrapreso con documento unitario del 2008, sottoscrivono l'Accordo del 28 giugno 2011²⁵.

Quest'Accordo, preludio del c.d. trittico che si sarebbe completato con il PI 2013 e il TU 2014, segna un salto di qualità nel percorso di riforma delle relazioni sindacali. Infatti, come si legge nella premessa dell'AI 2011, "è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole stabilite".

Per realizzare ciò, l'AI 2011 punta, anticipando quanto più dettagliatamente disporrà il TU, sul meccanismo di certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e sulla ridefinizione del rapporto tra contratto collettivo nazionale e quello aziendale.

Nello specifico, tutta la disciplina riguardante soggetti, procedure, oggetto ed efficacia viene ripresa integralmente nel TU (e ad esso si rinvia).

Insomma, le parti, poiché (ri)unite, riescono a sottoscrivere un Accordo profondamente innovativo sulle regole. Evidentemente, però, la ritrovata unità sindacale che conferisce 'forza' all'Accordo del 2011 viene 'intercettata'

fiore: la cronaca si fa storia, Ipsoa, 2011; CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e 'fallimenti' nelle culture sindacali*, in *DLRI*, 2011, pagg. 103 e ss.; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto 138/2011*, in *ADL*, 2011, p. 1260 ss.; BAVARO, *Dall'«Archetipo» al «Prototipo» nella vicenda Fiat: nuove questioni giuridico-sindacali*, in www.ildiariodellavoro.it; DEL PUNTA, *Note su Pomigliano d'Arco*, in *DLM*, 2010, p. 505 ss.; PROIA, *Il contratto collettivo comune di lavoro dopo Mirafiori*, in *MGL*, 2011, p. 206 ss.; LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *DLRI*, 2011, p. 334 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *I contratti collettivi della FIAT di Mirafiori e Pomigliano*, in *RIDL*, 2011, 3, pp. 161 ss.; CARUSO, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica e cronaca*, in *RIDL*, 2011, p. 265 ss.; CHIECO, *Accordi FIAT, clausola di pace sindacale e limiti al diritto di sciopero*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-117/2011*; 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'.it*; MAGNANI, FERRARESI, (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: viaggio nell'attualità del diritto sindacale italiano*. Atti del convegno-Università di Pavia, 3 febbraio 2011; SCARPELLI, *Pomigliano: variazioni sul tema*, in *questa rivista*, 2010, p. 527 ss.; FERRARO, *La parabola di Pomigliano d'Arco tra occupazione e diritti*, in *RDSS*, 2010, p. 585 ss.

²⁵ Di ritrovata lucidità, parla FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto 138/2011*, in *ADL*, 2011, p. 1249 ss.; v anche LISO, *Osservazioni sull'accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla «contrattazione collettiva di prossimità»*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.INT - 157/2012*; RICCI, *L'accordo Interconfederale del 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 1, 2012, p. 43 ss.

e temuta dal Governo che interviene con l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011 n. 138 (conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148); questa norma non solo rovescia il rapporto tra ccnl e contratto di secondo livello come disegnato nell'AI 2011, prevedendo che quest'ultimo possa derogare il primo ma rappresenta il *più incisivo caso di sovrapposizione della sfera dell'autonomia a quello dell'eteronomia mai attuato dai pubblici nel periodo post-costituzionale*²⁶.

Certo i contratti aziendali ex art. 8 cit. devono perseguire determinate finalità²⁷, devono essere sottoscritti, a livello aziendale o territoriale, da soggetti aventi particolari requisiti²⁸ e rispettare la *Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro*; ma una volta osservati questi limiti, i contratti collettivi aziendali e territoriali acquistano efficacia *nei confronti di tutti i lavoratori interessati*²⁹.

Per 'neutralizzare' il tentativo del Governo di introdurre attraverso l'art. 8 cit. un elemento di rottura nella ritrovata unità sindacale consacrata dalla sottoscrizione dell'AI 2011³⁰, le parti sociali hanno sottoscritto una postilla che conferma la pacificazione delle relazioni industriali raggiunta proprio con quell'Accordo³¹.

²⁶ Così, LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.

²⁷ Le specifiche intese devono essere finalizzate: "... alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla 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" ai fini della certificazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

²⁸ Secondo l'art. 8, co. 1: "I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale 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".

²⁹ La dottrina sull'art. 8 cit. è copiosissima. *Ex multis*, CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, 2012; PERULLI, SPEZIALE, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'agosto"* in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona", n. 132/2011; SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona", n. 127/2011; GARILLI, MAGNANI, DE LUCA TAMAJO, MARESCA, DEL CONTE, MARAZZA, PESSI, PISANI, TIRABOSCHI, tutti in *DRI*, 1, 2012; ALLEVA, GARILLI, SCARPELLI, LASSANDARI, GOTTARDI, SANLORENZ, CARABELLI, *Scritti su contrattazione di prossimità e art. 8 della l. n. 148/2011*, in *RGL*, 2012, 3.

³⁰ Cfr. BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2012, I, pp. 461 ss.; DE STEFANO, LIEBMAN, *Le clausole che regolano la trattativa sindacale nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: l'occasione per una ricostruzione diacronica*, in *ADL*, 2013, p. 737 ss.

³¹ Nella Postilla si legge: "Confindustria, Cgil, Cisl e Uil concordano che le materie delle relazioni

In ogni caso, l'art. 8 della l. 148/11 rimane lì, a stigmatizzare l'intervento 'a gamba tesa' nel gioco delle parti, alterandone e 'inquinandone' le regole. Regole di cui si continua ad avvertirne l'esigenza se, dopo qualche mese, viene sottoscritto un Accordo, il 16 novembre 2012, ancora una volta senza la firma della Cgil, sulla *crescita dello sviluppo, della produttività e della competitività* che, seppure tematico, non perde l'occasione per ribadire che "diviene essenziale definire compiutamente, attraverso specifiche intese, un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e, quindi, in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità ed il rispetto delle regole stabilite"³². Invero, questo, rimane un auspicio senza possibilità di concretizzazione.

Insomma, ciò che è accaduto negli ultimi anni nelle relazioni industriali evidenzia che i meccanismi sui quali queste si sono fondate sono state minati sì dall'esterno ma, nell'anomia che caratterizza il nostro sistema, è stata la mancanza di unità sindacale a determinarne la crisi definitiva.

Di qui la sottoscrizione unitaria con Confindustria del Protocollo Interconfederale del 31 maggio 2013³³ e del successivo TU del 14 gennaio 2014³⁴.

industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente si impegnano ad attenersi all'Accordo del 28 giugno 2011, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo interconfederale".

³² BARBIERI, *Un accordo senza respiro*, in RIDL, 2013, p. 272 ss.

³³ Sull'AI 2013, cfr. LISO, *Brevi note sul Protocollo Confindustria, CIGL, CISL e UIL del maggio 2013*, in RGL, 2013, p. 837 ss., spec. 843; LAI, *La rappresentanza sindacale tra contrattazione, legge e giurisprudenza*, in DRI, 2014, I, p. 18 ss.; ZOPPOLI L., *Il Protocollo di maggio 2013*, cit., p. 249 ss.; LAZZERONI, *Attori, potere rappresentativo*, cit., p. 331 ss.; DEL CONTE, p. 618 ss.; MARAZZA, p. 621 ss.; POTESTIO, p. 633 ss.; TOSI, p. 638 ss.; TURSI, p. 642 ss.; VALLEBONA, p. 649 ss., tutti in DRI, 2013, 3; MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale*, cit., p. 709; VISCOMI, *Prime note sul Protocollo*, cit., p. 753; SPEZIALE, *Il nuovo assetto della contrattazione collettiva dopo il Protocollo di intesa del 31 maggio 2013*, in www.dirittodellacittadinanza.org.

³⁴ Sul TU 2014, cfr. DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico*, cit., p. 673 ss.; SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 687 ss.; ID., *Dissensi e consensi sul testo Unico sulla rappresentanza: un bilancio tra politica e diritto*, in RGL, I, p. 652 ss.; DI STASI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 stipulato tra Confindustria e CIGL, CISL e UIL. Una riflessione critica*, ibidem, p. 632 ss.; LISO, *Alcune osservazioni a proposito dell'Accordo del 10 gennaio 2014*, ibidem, p. 642 ss.; ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in ADL, 2014, p. 857 ss., spec. p. 870 ss.; LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli effetti della contrattazione collettiva dopo il Testo Unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in RIDL, 2014, I, p. 237 ss.; CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza*

3. *L'Accordo Interconfederale del 14 gennaio 2014*

I problemi sul tavolo sono tanti e con l'AI del 2014 le Parti decidono di affrontarli nel loro complesso³⁵.

L'Accordo, infatti, si presenta ambizioso, aspirando ad essere il *corpus* regolativo di riferimento, un Testo Unico appunto, sulla rappresentanza³⁶.

Proprio dal titolo, allora, occorre iniziare.

Infatti, il TU utilizza sin dall'epigrafe la nozione di *rappresentanza* e, in due casi, in modo del tutto fungibile quello di *rappresentatività*.

Non è il caso di dissertare oltremodo sulla scelta linguistica compiuta dalle Parti poiché non è detto che vi sia stata una piena consapevolezza sulle implicazioni teoriche di essa³⁷; tuttavia, i sottoscrittori hanno voluto collegare al peso numerico delle organizzazioni sindacali il riconoscimento del loro potere negoziale. In questo senso, dunque, la nozione di rappresentanza appare intimamente connessa e, quindi, contigua a quella di rappresentatività³⁸.

10 gennaio 2014, 2014, ADAPT *Labour studies*, E-book series n. 26; ID., *Il lungo cammino per Santiago*, cit.; CARRIERI, *La lunga fuoriuscita dall'incerta rappresentanza: un approdo finalmente solido?*, in DLRI, 2014, p. 549 ss.; BARBIERI, *Il testo unico alla prova delle norme giuridiche*, ibidem, p. 577 ss.; PESSI, *La democrazia sindacale tra legge ed autonomia collettiva*, in DRI, 2014, 2, p. 368 ss.; CORAZZA, *Il conflitto collettivo sulla rappresentanza prime note*, in DRI, 2014, 1, p. 3 ss.; BAVARO, *Note sul Testo Unico sulla Rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014*, in www.diariodellavoro.it, 2014; FERRARO, *Sul "rinnovato sistema" di relazioni industriali*, in ADL, 2014, p. 549 ss.; MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, ibidem, p. 608 ss.; ANGIOLINI, *"Testo Unico sulla rappresentanza" convenuto da Confindustria-Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014* e VALENTE, *Rappresentanza sindacale: l'Accordo tra le parti sociali*, in DPL, 2014, p. 454 ss.

³⁵ Nella stessa data, il 10 gennaio 2014 è stato sottoscritto il TU tra Ugl e Confindustria; è del 10 febbraio 2014, il TU sottoscritto tra Cgil, Cisl e Uil e Confservizi.

³⁶ Tanto che non si è esitato ad attribuirgli valenza costituzionale e, assimilandolo alle fonti di produzione normativa, viene considerato insieme di norme sulla produzione dell'autonomia collettiva. Così, seppure con riferimento al Protocollo 2013, MARESCA, *Il contratto collettivo nazionale*, cit., p. 707 ss. Parla di "patto costitutivo" FERRARO, *Sul "rinnovato sistema"*, cit., p. 550.

³⁷ In questo senso, SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 692 ss.; LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale*, cit., p. 240; cfr. DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico*, cit., p. 676, secondo il quale "Il pilastro portante dell'assetto regolativo disegnato nel TU è, come è noto, il sistema di misurazione e certificazione della "rappresentatività" (un termine più corretto di quello di "rappresentanza", utilizzato dal documento – nel quale, peraltro, spunta anche la "rappresentatività" – ma per riecheggiare non tanto l'omonimo istituto civilistico, quanto l'accezione sindacale della parola ...)".

³⁸ Quanto alla differenza tra le due nozioni di rinvia alla Premessa e alla nt. 8). Inoltre, si consideri che la dottrina si è interrogata sulla scelta del termine 'rappresentanza' in luogo di quella di 'rappresentatività', chiedendosi, altresì, se i criteri individuati nel TU per determinare la maggiore 'rappresentanza' possano essere utilizzati dalla legge per individuare il sindacato

Il nesso tra rappresentatività e titolarità negoziale è, dunque, centrale nell'economia del TU ed è evidente sin dal titolo della prima delle quattro parti di cui esso si compone: *'Misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione nazionale di categoria'*³⁹.

4. *La misura della rappresentanza: dall'auto-accreditamento all'«oggettività» dei numeri*

Il TU, sulla scorta di quanto già auspicato nelle Linee guida del 2008 e anticipato nell'AI 2011, fissa, inequivocabilmente, il principio secondo il quale occorre che la rappresentanza delle Organizzazioni sindacali (firmatarie) sia misurata sulla base dei *dati associativi (deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) e di quelli elettorali ottenuti (voti espressi) in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie.*

Si consuma, così, definitivamente il superamento degli indici politico-sociali sui quali si basava la rappresentatività (v. sent. C. Cost. 244/1996 nonché la più recente 231/2013 su cui *amplius* § 10.1) attraverso il ricorso, ora, ad una tecnica di misurazione della stessa chiaramente ispirata al pubblico impiego. In quest'ultimo caso, è evidente che si tratta di un sistema previsto dalla legge e come tale inderogabile ed efficace *erga omnes*. Il TU, invece, ha efficacia limitata ai soggetti firmatari; a parte questo scontato rilievo, si deve osservare sin d'ora che le caratteristiche dell'ambito privato sono tali (il numero elevatissimo di contratti collettivi, la mancata definizione dei settori produttivi e quindi dell'ambito di applicazione dei ccnl medesimi) da rendere alquanto problematica la rilevazione dei dati.

È evidente che se il dato numerico è difficilmente calcolabile o risulta par-

maggiormente rappresentativo. Sono favorevoli a questo utilizzo LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale*, cit., p. 241; BELLAVISTA, *Il sindacato confederale*, cit., p. 8; altri Autori sono più critici: SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 698; PASSALACQUA, *Il modello di sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2014, p. 388.

³⁹ Esse sono: 1) Misura e certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria; 2) Regolamentazione delle rappresentanze in azienda; 3) Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria aziendale; 4) Disposizioni relative alle clausole e alla procedure di raffreddamento e alla clausole sulle conseguenze dell'inadempimento. Il maggior dettaglio della disciplina dell'Accordo spiega la quadripartizione di questo rispetto alla bipartizione del PI 2013 (Misurazione della rappresentatività e titolarità ed efficacia della contrattazione).

ticolarmente ‘sensibile’ alle modalità con cui si applica può risultare poco ‘oggettivo’ o, meglio, può non descrivere esattamente la realtà. Inoltre, si deve sottolineare che la portata letterale delle disposizioni sul punto non è del tutto lineare tanto da aver dato luogo ad interpretazioni anche molto diverse tra loro.

Queste considerazioni inducono ad un’analisi accurata dei due dati presi in considerazione.

Il TU, infatti, fissa una regolamentazione dettagliata, cadenzata e, a tratti, farragginosa (in gran parte già introdotta dall’AI 2011), delle modalità di misurazione dei due dati in cui viene coinvolto il datore di lavoro che deve effettuare la rilevazione del numero delle deleghe dei lavoratori iscritti alle Organizzazioni sindacali di categoria firmatarie dei suddetti Accordi.

4.1. *Il dato associativo e il dato elettorale*

Per la misurazione della rappresentanza si assume, innanzitutto, il numero delle deleghe rilasciate a ciascuna organizzazione sindacale.

L’operazione vede coinvolti, oltre al datore di lavoro, l’Inps e il Cnel (almeno fino alla sua soppressione ora oggetto di discussione politica).

Il numero delle deleghe verrà così rilevato attraverso il modulo Uniemens (il documento con cui il datore denuncia mensilmente all’Inps la posizione contributiva relativa ad ogni lavoratore dipendente) in cui sarà data indicazione del ccnl applicato nell’unità produttiva e del numero delle deleghe ricevute da ogni organizzazione sindacale nonché la forma di rappresentanza presente (ove presente) nell’unità produttiva con più di quindici dipendenti. Il dato associativo (aggregato) per ciascun contratto collettivo relativo alle deleghe raccolte da ogni organizzazione sindacale di categoria (relativamente al periodo gennaio-dicembre) sarà elaborato dall’Inps con cadenza annuale.

Ovviamente, verranno presi in considerazione i dati relativi ai soggetti firmatari; tuttavia, nel TU si legge che “*Le imprese accetteranno anche le deleghe a favore delle organizzazioni sindacali di categoria che aderiscano e si obblighino a rispettare integralmente i contenuti dell’Accordo ...*”.

Di qui il carattere aperto dell’Accordo alla successiva adesione di altri soggetti⁴⁰. Ciò troverebbe conferma nell’ulteriore previsione, a questo punto

⁴⁰ Sul punto, VISCOMI, *L’adesione successiva alla disciplina pattizia. Brevi note sul testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014*, in questa rivista, 2014, p. 43 ss.; CARINCI F., Adelante Pedro, con juicio: *dall’Accordo interconfederale 28 giugno 2011 al protocollo d’intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione “in costituzionale” dell’art. 19, lett. b) St.*, in WP C.S.D.L.E. ‘Massimo

pleonastica, secondo la quale “*le organizzazioni sindacali firmatarie attribuiranno uno specifico codice identificativo a tutte le organizzazioni sindacali di categoria interessate a partecipare alla rilevazione della propria rappresentanza per gli effetti della stipula dei contratti collettivi nazionali e ne daranno tempestiva informativa all'INPS, alla Confindustria e al Cnel*”. Sembra (il dato letterale non brilla per chiarezza) che si vogliano censire ed eventualmente rendere disponibili i dati relativi ad una platea di soggetti maggiore rispetto a quella coincidente con l'ambito di applicazione originario del TU facendo, cioè, riferimento non solo alle organizzazioni di categoria delle (organizzazioni) firmatarie ma anche ad altre (purché aderiscano ad esso).

Se in tal modo sarà possibile avere una fotografia quasi in tempo reale delle percentuali del dato associativo, tuttavia, è possibile che la periodicità annuale sia troppo bassa e che, almeno agli inizi, si possano riscontrare difficoltà pratiche.

Orbene, i rilievi applicativi (che nel dettaglio andremo ad analizzare) lungi dall'essere, in questo caso, meri accidenti fattuali, consentono già di sfatare la presunta neutralità dei numeri⁴¹.

Innanzitutto, il dato associativo si computa in tutte le imprese⁴²; tuttavia, tale misurazione deve effettuarsi con riferimento a *ciascun ambito di applicazione del contratto collettivo*, prendendo in considerazione il numero degli iscritti ad una determinata organizzazione sindacale rispetto al numero totale degli iscritti (che è evidentemente maggiore). Invero, la determinazione del-

D'Antona.it-182/2013, p. 5 ss. che mette in evidenza che il Protocollo appare chiuso anche perché, in sostanza, è costruito a misura di Confederazione; ID., *Il lungo cammino per Santiago*, cit. Tuttavia, si deve riportare l'opinione di chi ritiene che si tratti, sostanzialmente, di un sistema meno aperto e inclusivo ancorché formalmente non chiuso: BARBIERI, *Il testo unico alla prova delle norme giuridiche*, cit., p. 581.

⁴¹ Seppure con riferimento ad un profilo diverso, secondo SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 697: “... la rappresentanza (o rappresentatività) sindacale, in quanto rappresentanza di interessi, non è riconducibile allo schema ‘una testa un voto, ma pone problemi più complessi di adeguata fotografia dei processi di composizione degli interessi economico-professionali’”.

⁴² Così, DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico*, cit., p. 677 e 678; SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 697; LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale*, cit., p. 243 ss.; ZAMPINI, *Il TU 10 gennaio 2014. Misura e certificazione della rappresentanza sindacale tra Costituzione e autonomia collettiva*, in CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., pp. 12 e 13; di avviso contrario CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago*, cit., p. 353 e BAVARO, *Note sul Testo Unico*, cit., p. 7 secondo i quali per ragioni di omogeneità rispetto all'ambito di riferimento per la misurazione del dato elettorale, anche per il dato associativo si devono considerare soltanto le imprese con più di 15 dipendenti non comprese, secondo la loro lettura, dal TU.

l'ambito di applicazione del ccnl è possibile solo a valle, a seguito cioè proprio della stipulazione del contratto nazionale e non a monte della stessa. Quindi, occorre preventivamente chiarire a quale contratto si debba fare riferimento per stabilirne l'ambito di applicazione (per esempio, nel caso di una auspicata e necessaria ridefinizione dei ccnl, può variare il loro ambito di applicazione)⁴³; operazione quest'ultima non sempre agevole, poiché, dato l'alto tasso di frammentazione contrattuale del nostro sistema, nella prassi, vi possono essere, nello stesso settore produttivo, più contratti collettivi firmati dalla medesima organizzazione sindacale che avrà, quindi, percentuali di rappresentatività (rispetto al solo dato associativo) diversi⁴⁴.

Ancora, da tale ambito saranno esclusi i dipendenti di aziende nelle quali pure si applica il ccnl ma che non sono associate alle organizzazioni datoriali stipulanti oppure i lavoratori appartenenti al medesimo settore merceologico ma ai quali non si applica il ccnl⁴⁵; la rilevazione, perciò, si effettuerà con riferimento alle imprese aderenti a Confindustria.

Insomma, l'ambito di misurazione del dato associativo non è privo di insidie e, in generale, il dato numerico che emergerà rischia di dare una fotografia abbastanza sfocata della realtà.

Per quanto riguarda il dato elettorale, invece, esso è rappresentato dai voti espressi nelle elezioni delle rsu⁴⁶.

⁴³ VISCOMI, *Soggettività sindacale e categorie contrattuali*, in *RGL*, 2014, I, p. 69 ss., spec. p. 81; ID., *Prime note sul Protocollo*, cit., p. 764; MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione"*, cit. In senso opposto, SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 694, che sdrammatizza la difficoltà poiché ritiene che la definizione dell'ambito contrattuale, secondo la logica del sistema di relazioni industriali che è evidentemente diversa da quella del diritto positivo, è coincidente con l'area di applicazione dei contratti collettivi sinora stipulati.

⁴⁴ Sul punto, PINTO, *Problemi teorici (e pratici) della definizione autonoma ed eteronoma della categoria contrattuale*, in BARBERA, PERULLI, (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, p. 361.

⁴⁵ In questo senso, DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico*, cit., p. 676.

⁴⁶ Per ottenere la rilevazione, a partire dalle elezioni delle rsu successive all'entrata in vigore dell'AI 2014, la Commissione elettorale dovrà inviare copia del verbale delle operazioni di voto al Comitato Provinciale dei Garanti (o analogo organismo che dovesse essere costituito per lo scopo) per consentire la raccolta dei dati relativi ai consensi ottenuti. I dati saranno relativi sia alle rsu elette successivamente alla data dell'accordo, sia a quelle elette antecedentemente ma ancora in carica. Successivamente, a regime, entro il mese di gennaio di ciascun anno, il Comitato Provinciale dei Garanti (o analogo organismo) raccoglierà tutti i dati relativi alle rsu validamente in carica alla data del 31 luglio di ogni anno, desumendoli dai singoli verbali elettorali pervenuti al Comitato medesimo, raggruppandoli per ciascuna organizzazione sindacale di categoria, e li trasmetterà al Cnel entro il mese di gennaio dell'anno successivo a quello di rilevazione.

Il numero delle deleghe raccolto dai Comitati Provinciali dei Garanti e raggruppati per ciascuna organizzazione sindacale viene trasmesso al Cnel che effettuerà la *ponderazione* dei dati e cioè sommerà al numero degli iscritti (per ambito contrattuale e per ciascuna organizzazione sindacale) il numero dei voti determinando le relative percentuali.

Tuttavia, nelle unità produttive con più di quindici dipendenti nelle quali sono presenti rsa o non vi sia alcuna forma di rappresentanza sindacale verrà considerato soltanto il dato associativo. Esso, però, avrà una doppia valenza; infatti, varrà come dato associativo 'puro' ma sarà anche computato come una sorta di voto virtuale. Il Cnel, una volta ottenuto dall'Inps il numero degli iscritti risultanti nelle unità produttive con più di quindici dipendenti, provvederà a sommare lo stesso ai voti conseguiti da ciascuna organizzazione sindacale. In altri termini, per correggere la distorsione che si avrebbe in questi casi, se si considerasse esclusivamente il dato associativo, quest'ultimo viene computato due volte presumendo che se i lavoratori avessero votato, avrebbero scelto l'organizzazione sindacale alla quale sono associati. Ebbene, se il ricorso a questo *escamotage* serve a correggere una distorsione, non si può escludere che se ne potrebbe generare un'altra. Infatti, non è detto che la scelta associativa e quella elettorale coincidano necessariamente⁴⁷.

Insomma, proprio gli indici sui quali si basa la misurazione e le modalità di quest'ultima inducono a dubitare o quantomeno a relativizzare l'oggettività dei numeri che si rivelano ancora una volta 'sensibili' agli strumenti di misurazione: il peso specifico del numero inciderà profondamente sull'utilizzo del numero stesso.

5. *A cosa serve la misura della rappresentanza*

La 'logica dei numeri' non si esaurisce nella volontaria sottoposizione delle parti alla misurazione della loro rappresentanza ed anzi, il 'peso' numerico ottenuto da ciascuna organizzazione sindacale è evidentemente finalizzato all'accesso ad ogni singola fase contrattuale: dall'ammissione alla trattativa alla sottoscrizione vera e propria del contratto collettivo.

Dunque, nella Parte Terza del TU, si 'segmenta' il procedimento negoziale e si prevede per ciascuna fase il presupposto numerico per prendervi parte.

⁴⁷ Su questo profilo, si sofferma ZAMPINI, *Il TU 10 gennaio 2014*, cit., pp. 12 e 13.

5.1. *L'ammissione alla contrattazione e la presentazione delle piattaforme contrattuali*

Innanzitutto, si fissa una 'soglia di sbarramento', ammettendo al tavolo negoziale solo le organizzazioni sindacali che abbiano almeno il 5% di rappresentatività. Tuttavia, per essere titolari dei diritti statutari, il TU specifica che si intendono partecipanti alle trattative coloro che non solo superino questa soglia ma che abbiano, altresì, contribuito alla definizione della piattaforma e abbiano fatto parte della delegazione trattante.

Il ricorso alla doppia condizione, seppure effettivamente discutibile, sembra essere più invito all'effettiva partecipazione (o al non ostruzionismo) che una previsione ad *excludendum*⁴⁸; una lettura di questo genere appare conforme a quanto espresso nella sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 3 luglio 2013⁴⁹ che detta al legislatore, invitato ad intervenire sul punto, una gamma di possibili soluzioni⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. LISO, *Alcune osservazioni a proposito*, cit., pp. 643-644 secondo il quale l'intervento è inappropriato e ambiguo. Inappropriato perché non rientra nella competenza delle parti sociali specificare il contenuto della legge. Ambiguo dal momento che sembra più che altro perseguire finalità 'educative' nei confronti del sindacato dissenziente, ispirate alla promozione del metodo unitario. Altrettanto critico è DI STASI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 636.

⁴⁹ La sentenza per la sua portata è stata molto commentata; v. GARILLI, *Reciproco riconoscimento e rappresentatività sindacale (spunti ricostruttivi della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013)*, in *ADL*, 2014, p. 18 ss.; TRIA, *Il quadro della rappresentatività sindacale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013*, in *RGL*, I, p. 7 ss.; LECCESE, *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2013, p. 552 ss.; ZOPPOLI A., *Articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, democrazia sindacale e realismo della Consulta nella sentenza 231/2013*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-201/2014*; CARUSO, *La Corte costituzionale tra don Abbondio e il passero solitario: il sistema di rappresentanza sindacale dopo la sent. n. 231/13*, in *RIDL*, I, 2013; p. 901 ss.; ESPOSITO, *Introduzione alle opinioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: "sentieri" e "cantieri" per una nuova stagione sindacale*; LASSANDARI, *Tra diritti sindacali e contrattazione collettiva: la Consulta trova una difficile vita*, PROIA, *Corte costituzionale e rappresentanze sindacali aziendali*, VALLEBONA, *L'art. 19 stat. lav.: la Corte costituzionale stravolge la volontà del popolo (opinioni su C. Cost. 23 luglio 2013 n. 231)*, tutti in questa rivista, 2013; SCARPONI, *La sentenza della Corte costituzionale: una quadratura del cerchio*, *LD*, 2013, 4; DE LUCA, *Rappresentatività sindacale nel protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 ed in recente pronuncia di incostituzionalità (dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori: dall'ordinamento intersindacale alla rilevanza per l'ordinamento giuridico dello Stato*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-193/2013*.

⁵⁰ La sentenza, infatti, si conclude con un invito al legislatore ad intervenire prospettando una serie di possibili soluzioni: "Queste potrebbero consistere, tra l'altro, nella valorizzazione dell'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti, o ancora nella introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento, o nell'attribuzione al

Quindi, predisposte le piattaforme e costituita la delegazione trattante, se le piattaforme non sono unitarie come auspica il TU, il datore di lavoro si concentrerà sulla piattaforma maggioritaria anche perché presentata da quei soggetti che hanno la titolarità per addivenire, in seguito, alla stipulazione del contratto per la quale si richiede una percentuale del 50% +1⁵¹.

Tuttavia, una volta, fissato il principio della rappresentanza certificata, segmentato il processo negoziale e attribuita a ciascuna fase la percentuale numerica per la conclusione della stessa, il TU introduce nel medesimo processo negoziale un elemento ascrivibile alla democrazia diretta attraverso la *'consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori'*.

Infatti, definita la piattaforma con le organizzazioni sindacali che rappresentino almeno il 50% +1 (e non la maggioranza semplice), prima di sottoscrivere il contratto, occorre che si esprimano sulle piattaforme tutti i lavoratori della categoria (anche se non iscritti né votanti)⁵².

Questa fase consultiva abbastanza disallineata rispetto al rigido percorso 'numerico' tracciato del TU, evidentemente, deve garantire che il contratto che si sottoscriverà, avendo già ottenuto il consenso dei lavoratori, abbia già l'investitura 'dal basso' e dunque, la 'massimizzazione del consenso'; e ciò si riflette sull'efficacia del contratto medesimo⁵³.

requisito previsto dall'art. 19 dello Statuto dei lavoratori del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente, oppure al riconoscimento del diritto di ciascun lavoratore ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro". In dottrina, sulla possibile declinazione di 'partecipazione alle trattative', v. l'ipotesi di MARTELLONI, *Presenza nel conflitto e rappresentatività nell'interregno del sistema sindacale*, in LD, 2014, p. 55 ss., spec. p. 67, che propone lo sciopero per fini contrattuali con significativa adesione dei lavoratori come indice della rappresentatività effettiva.

⁵¹ Si prevede prima un regime 'transitorio' valido per l'anno 2015: *I dati sulla rappresentanza saranno determinati e comunicati dal CNEL entro il mese di maggio dell'anno successivo a quello della rilevazione e, per l'anno 2015, saranno utili, oltre che per il raggiungimento della soglia del 5%: a) per la verifica della maggioranza del 50% + 1, per tutti i rinnovi contrattuali che saranno sottoscritti dopo la comunicazione effettuata dal CNEL; b) ai fini della misurazione delle maggioranze relative alle piattaforme di rinnovo per i contratti che scadono dal novembre 2015.*

⁵² A questo proposito parla di *'deriva referendaria della contrattazione, che ridimensiona la coraggiosa scelta poco prima operata, e nella quale si manifestano, d'altronde, tutte le paure da essa evocate'*, DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 682; di avviso contrario, SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 691 ss.

⁵³ Si osservi che con l'inserimento di questo elemento si verifica un effetto ulteriore e cioè si consente, anche dal punto di vista individuale, l'estensione dell'efficacia del contratto anche a quei lavoratori dissenzienti – (iscritti ad un sindacato dissenziente, in disaccordo con il proprio sindacato consenziente o non iscritti affatto) – che abbiano partecipato alla consulta-

5.2. La sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali efficaci ed esigibili

I contratti collettivi nazionali di lavoro così ‘certificati’ e sottoscritti acquistano, come dice testualmente il TU, efficacia ed esigibilità; su questi concetti è opportuno soffermarsi.

Quanto all’efficacia (nei confronti dell’*insieme di tutti i lavoratori*), essa non è un’efficacia generalizzata, *erga omnes*, propria dell’art. 39 Cost.; essa indica (soltanto) che il contratto maggioritario si applica a coloro che lo abbiano stipulato.

Dal punto di vista strettamente giuridico, non si poteva aggiungere di più⁵⁴.

Sul piano dell’ordinamento intersindacale, invece, l’efficacia dei ccnl è strettamente connessa all’esigibilità degli stessi; connessione stigmatizzata linguisticamente nell’endiadi utilizzata dal TU (i contratti collettivi ‘... saranno efficaci ed esigibili’)⁵⁵.

La nozione di ‘esigibilità’ – che si riferisce alle organizzazioni sindacali ed è assai frequente – si connota in questo contesto in modo preciso⁵⁶. Infatti,

zione accettandone gli esiti. Cfr. PINTO, *Problemi teorici (e pratici)*, cit., p. 361, secondo il quale “... non pare vi possano essere dubbi sulla circostanza che tale effetto [l’efficacia *ultra partes* del contratto collettivo, ndr] si produca nei confronti dei dipendenti che abbiano preso parte alla consultazione elettorale sull’ipotesi di accordo, qualsiasi sia la loro opinione sul testo negoziato. Prendendo parte alla consultazione elettorale, infatti, ciascun lavoratore dichiara di appartenere al gruppo professionale al quale il CCNL si riferisce e, proprio in virtù di questa appartenenza, si può ritenere che egli sia vincolato alla decisione della maggioranza anche quando non la condivide”. Secondo VISCOMI, *Prime note sul Protocollo 31 maggio 2013*, in *RIDL*, 2013, I, p. 769 ss., p. 775, molto dipenderà dalle effettive modalità di partecipazione democratica al processo negoziato.

⁵⁴ Per una ricostruzione lucida sul contratto collettivo quale strumento espressione di diritto dei privati, si legga GAROFALO M.G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, p. 515 ss.

⁵⁵ Sulla correlazione tra efficacia ed esigibilità, v. BELLOCCHI, *Divisione ed unità sindacale nel Testo Unico sulla rappresentanza: tutte le regole per la contrattazione*, in CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 147 ss., spec. pp. 182 e 183.

⁵⁶ Sul punto, infatti, Barbieri, *Il testo unico alla prova*, cit., p. 577, afferma che il concetto esigibilità esorbita il suo significato ‘ordinario’ – possibilità per ogni situazione di vantaggio definibile come diritto di ottenere una tutela anche coattiva in caso di inadempimento – per assumerne uno ideologicamente denso volto a estinguere il conflitto. L’A. dissente, peraltro, dalle possibili accezioni della nozione di esigibilità espresse da *L’esigibilità del contratto collettivo nazionale: enigma od opportunità praticabile?*, in *DLRI*, 2014, p. 566. L’A. infatti distingue un primo significato con riferimento all’immodificabilità del contratto ed un secondo con riguardo “all’interesse qualificato dell’impresa ad avvalersi delle opportunità acquisite con la firma del contratto ...”.

il TU per garantire la stabilità delle condizioni contrattuali pattuite ne esige il rispetto da parte di tutte le organizzazioni sindacali ed anche di quelle dissenzienti che non abbiano sottoscritto il ccnl ai cui lavoratori, quindi, questo si applica (in questo senso, l'esigibilità si riflette sull'efficacia)⁵⁷.

Ma non solo. Il rispetto di quanto pattuito comporta, altresì, l'impegno da parte di tutte le organizzazioni sindacali a sospendere ogni azione di contrasto e lotta.

Questo è il salto di qualità contenuto nel TU: le Parti hanno stabilito che il contratto maggioritario venga rispettato anche dalle organizzazioni sindacali che abbiano espresso il loro dissenso, accettando, quindi, quanto deciso dalla maggioranza e impegnandosi a non mettere in discussione l'Accordo raggiunto e a deporre le armi del conflitto.

Poiché l'esigibilità è un dato interno all'ordinamento intersindacale⁵⁸, è evidente che essa pone una serie di problemi (giuridici) tra i quali proprio l'individuazione dei soggetti vincolati al patto di non belligeranza.

Non c'è dubbio che siano quelli che abbiano sottoscritto il ccnl (così come non vi sono dubbi che rimangano estranei coloro che non abbiano sottoscritto né il ccnl né il TU).

Più complessa è la questione relativa alle organizzazioni di categoria aderenti alle confederazioni che abbiano sottoscritto il TU e che, per esempio, non vogliano sottoscrivere il ccnl. In questo caso, la giurisprudenza recente ha messo in dubbio che possano esservi conseguenze se non di carattere endoassociativo per le associazioni di categoria che violino le regole contenute negli accordi interconfederali⁵⁹. E dunque, il problema che *sfugge alla presa giuridica*⁶⁰, è rimesso agli statuti delle organizzazioni sindacali⁶¹.

Sull'estensione semantica della nozione, anche LUNARDON, *Regole della contrattazione collettiva e governo del conflitto*, in CARINCI E (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 221 e ss.

⁵⁷ Quindi il principio di maggioranza non solo implica che il contratto nazionale maggioritario venga considerato proprio anche dalle organizzazioni, facenti parte del sistema, che siano state dissenzienti rispetto ai suoi contenuti, ma implica anche l'impegno, per esse e per tutte, a non mettere in discussione l'accordo maggioritario raggiunti: così LISO, 2013, p. 844.

⁵⁸ In questo senso, MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, 2013, p. 146.

⁵⁹ V. Trib. Roma 13 maggio 2013, in *LG*, 2013, p. 703 con nota di MISCIONE e in *DRI*, 2013, p. 771 con nota di PANIZZA. Nello stesso senso, anche Trib. Taranto 13 dicembre 2013, inedita.

⁶⁰ L'efficace espressione è di MAIO, *op. cit.*, p. 146.

⁶¹ In questo senso, BARBIERI, *Il testo unico alla prova*, cit., p. 584, e LISO, *Brevi note sul Protocollo*, cit., p. 642.

6. *Governo del dissenso e gestione del conflitto: clausole/procedure di raffreddamento e clausole/procedure sulle conseguenze dell'inadempimento*

Il TU non si limita a prevedere l'esigibilità, declinandola così incisivamente come abbiamo visto, ma ne suggella l'effettività con inedite disposizioni sanzionatorie.

Tutta la parte quarta, mancante nell'AI del 2013 e molto osteggiata dalla Fiom, è dedicata, infatti, alle procedure di raffreddamento e alle clausole sulle conseguenze dell'inadempimento.

In essa, le parti convengono sulla necessità di definire disposizioni volte a prevenire e a sanzionare eventuali azioni di contrasto di ogni natura, finalizzate a compromettere il regolare svolgimento dei processi negoziali⁶². Per questi motivi, si delegano i ccnl a definire clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire l'esigibilità degli impegni assunti e in caso di violazione di essi a determinare, altresì, le conseguenze sanzionatorie pecuniarie ovvero che comportino la temporanea sospensione di diritti sindacali di fonte contrattuale e di ogni altra agibilità derivante dal TU⁶³.

È evidente che diventa centrale, a questo punto, il ruolo dei ccnl chiamati a disciplinare nel dettaglio procedure e sanzioni.

Tuttavia, il TU, in via transitoria, in attesa che i ccnl intervengano, prevede una procedura di arbitrato collettivo a carattere confederale per eventuali comportamenti non conformi agli accordi presi⁶⁴.

⁶² Proprio su questa parte diffusamente, MARESCA, *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale*, cit., p. 563 ss.; CORAZZA, *Il conflitto collettivo*, cit., p. 3 ss.

⁶³ Sempre, CORAZZA, *Il conflitto collettivo*, cit., p. 6 ss. mette in evidenza la differenza tra clausole e procedure: "Se le definizioni hanno un significato, dalle clausole alle procedure vi è una differenza rilevante. Le prime incidono sull'azione collettiva in modo diretto e in qualche modo fine a se stesso. Le seconde si inseriscono invece in una logica più ampia, procedurale appunto".

⁶⁴ Infatti, nelle Clausole Transitorie e finali si prevede quella che MARESCA (*L'esigibilità del contratto collettivo nazionale*, cit., p. 575) chiama *disciplina di servizio*. Le parti, cioè, già, in via transitoria, in attesa che i ccnl intervengano (v. l'ultima parte con le Clausole Transitorie e Finali), si impegnano a rispettare e a far rispettare – le rispettive organizzazioni di categoria e le articolazioni a livello territoriale e aziendale – quanto pattuito. A questo proposito, viene istituita una procedura di arbitrato collettivo a carattere confederale. Il collegio di conciliazione e arbitrato (composto pariteticamente da i rappresentanti delle Confederazioni sindacali e di Confindustria) è chiamato a decidere le misure da applicarsi nei confronti delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro in caso di inadempimento degli obblighi assunti. Per favorire e monitorare l'attuazione, nonché di garantire l'esigibilità della descritta procedura arbitrale, si prevede anche l'istituzione di una Commissione Interconfederale permanente.

A questo punto, la mancata identità tra le parti che hanno sottoscritto il TU e quelle che sottoscriveranno i ccnl, pone il problema dell'individuazione dei destinatari delle richiamate sanzioni⁶⁵.

Per l'applicazione delle sanzioni (come per l'individuazione dei soggetti obbligati al rispetto delle disposizioni del TU), i problemi più complessi si pongono per le organizzazioni sindacali inadempienti che siano affiliate alle Confederazioni sottoscrittrici (impegnate a rispettare e a far rispettare quanto disposto nel TU medesimo).

In ogni caso, a parte i diversi risvolti tecnici, rimane chiara la direzione intrapresa dalle Parti che hanno voluto certo governare il dissenso intersindacale, finendo per gestire il conflitto⁶⁶, dal momento che il TU 'dispone' sostanzialmente del diritto di sciopero pur se inteso, questo, non già nella sua dimensione individuale ma in quella collettiva, limitandone, cioè, l'iniziativa da parte delle organizzazioni sindacali⁶⁷.

In questo senso, come si è fatto rilevare, diventa labile il confine tra gestione del dissenso, limitazione e cooptazione del dissenso⁶⁸ ma si deve, tuttavia, osservare che l'apparato sanzionatorio è coesistente e, quindi, coerente,

⁶⁵ Svolge un'analisi dettagliata sul punto, RUSSO, *I destinatari delle sanzioni convenzionali nel T.U. sulla rappresentanza*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-230/2014.

⁶⁶ Cfr. BAVARO, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in LD, 2014, p. 3 ss., spec. pp. 15 e 16, secondo il quale "L'esigibilità del contratto garantisce sia gli interessi sindacali a che le imprese osservino le norme sulle prerogative sindacali, sia gli interessi delle imprese dalle conseguenze del conflitto (soprattutto mediante scioperi)". Adesivamente ma con un giudizio diverso, MARESCA, *L'esigibilità del contratto collettivo nazionale*, cit., p. 569; SCARPELLI, *Dissensi e consensi sul testo Unico*, cit., p. 653; DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico*, cit., p. 685. Problematizza, CORAZZA, *Il conflitto collettivo*, cit., p. 15 ss. parlando di estinzione del conflitto; BARBIERI, *Il testo unico alla prova*, cit., pp. 581.

⁶⁷ Sulla complessa tematica della titolarità del diritto di sciopero e sulle notevoli implicazioni, GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 263 e la sua 'classica' definizione di sciopero quale diritto individuale ad esercizio collettivo; con impostazione diversa v. ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006. L'A. ritorna sul tema proprio a proposito dell'AI 2013 in *Il Protocollo di maggio 2013*, cit., p. 261 ss.; CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, FrancoAngeli, 2012; NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-183/2013; GHERA, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, in questa rivista, 2012, p. 248.

⁶⁸ BAVARO, *Il principio maggioritario*, cit., p. 17 ss.: "La "maggioranza", allora, non è solo (e tanto) una regola di governo del conflitto intersindacale, cioè una disciplina del rapporto "esterno" al soggetto sindacale, ma è anche (e quanto) regola di governo del conflitto industriale, cioè una disciplina del rapporto "esterno" al soggetto sindacale (quello con le imprese); anzi, a voler essere più precisi, la "maggioranza" coopta il dissenso della maggioranza".

a tutto l'impianto del TU al quale deve conferire effettività⁶⁹. La parte quarta 'blinda' così il contratto maggioritario; da quanto disporranno i ccnl e dall'effettivo funzionamento delle sanzioni dipenderà, poi, una valutazione più compiuta.

7. *La rappresentanza nei luoghi di lavoro: le 'nuove' rsu e i contratti aziendali*

Il principio maggioritario permea di sé anche la regolamentazione della contrattazione aziendale laddove 'si imprime' nel soggetto negoziale.

Infatti, per i contratti aziendali, il TU che sul punto riprende testualmente l'AI 2011, prevede, innanzitutto, che la titolarità negoziale spetti in via esclusiva alle rsu senza la firma congiunta delle organizzazioni sindacali territoriali⁷⁰.

Detti contratti sono efficaci ed esigibili per tutto il personale in forza e vincolano tutte le associazioni sindacali firmatarie (del TU) se approvati a maggioranza dei componenti delle rsu elette.

Quindi, il principio di maggioranza, in questo caso, prende la forma di criterio deliberativo del soggetto negoziale, la rsu, che viene modificata in senso più democratico⁷¹. Essa acquista nella disciplina del TU natura genuinamente elettiva/rappresentativa; infatti, si prevede che per la sua costituzione si procede mediante elezione a suffragio universale tra liste concorrenti, eli-

⁶⁹ Cfr. SCARPELLI, *Dissensi e consensi sul testo Unico*, cit., p. 660 secondo il quale "... il problema non è la "repressione" dello sciopero come valore generale (o icona) del conflitto industriale, ma la sua limitazione come corrispettivo della ... procedimentalizzazione dei processi negoziali, e della sottoposizione a penetranti verifiche democratiche (di democrazia maggioritaria)".

⁷⁰ A differenza del protocollo del 1993, non c'è più la presenza negoziale dei sindacati territoriali tranne nel caso dell'attivazione delle c.d. clausole di uscita. Cfr. LISO, *Brevi note sull'accordo*, cit., p. 457 parla di abbandono del principio proprio dell'accordo del 1993 della corresponsabilizzazione rispetto al contratto aziendale tra rsu e sindacato territoriale.

⁷¹ Cfr. SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 690 secondo il quale "Il rafforzamento (democratico n.d.r.) viene giocato anche sul terreno delle rappresentanze dei lavoratori nei luoghi di lavoro dove (...) viene rafforzato il carattere direttamente rappresentativo delle rsu (con la rinuncia al c.d. terzo riservato dei seggi)". In generale, sulle caratteristiche delle 'nuove' rsu, cfr. ZOPPOLI L., *Le nuove rappresentanze sindacali unitarie e il gattopardo democratico*, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-204/2014; DE MOZZI, *Regole generali sulle forme di rappresentanza in azienda*, e in CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 37 ss.; SANTINI, *Modalità di costituzione e di funzionamento delle RSU*, in CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza*, cit., p. 55 ss.; sia consentito il riferimento a LAFORGIA, *L'Accordo Interconfederale del 10 gennaio 2014 e le 'nuove' RSU*, in RGL, 2014, p. 513 ss.

minando così la previsione del terzo riservato alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto applicato nell'unità produttiva⁷².

La novità viene ribadita nel successivo punto 18 dell'AI sull'attribuzione dei seggi: *Ai fini dell'elezione dei componenti della r.s.u., il numero dei seggi sarà ripartito, secondo il criterio proporzionale, con applicazione del metodo dei resti più alti, in relazione ai voti conseguiti dalle singole liste concorrenti*⁷³.

Dunque, metodo decisionale a maggioranza e natura elettiva determinano l'investitura della rsu del potere negoziale di stipulare contratti collettivi efficaci *'erga omnes'*⁷⁴; prerogativa questa di rilievo che ha suggerito, probabilmente, un'altra modifica di segno opposto relativa al c.d. cambio di casacca. Infatti, il punto 6) del TU prevede che *"Il cambiamento di appartenenza sindacale da parte di un componente della rsu ne determina la decadenza dalla carica e la sostituzione con il primo dei non eletti della lista di originaria appartenenza del sostituito"*⁷⁵.

Se sono le caratteristiche della rsu a determinare l'efficacia *'generalizzata'* dei contratti da essa stipulati, per quanto riguardano i contratti aziendali stipulati dalle rsa, acquistano la medesima efficacia se queste risultino destinate alla maggioranza delle deleghe e se approvati dalla maggioranza dei lavoratori, qualora il 30% di loro faccia richiesta di *referendum*⁷⁶.

⁷² Quanto ai soggetti promotori, riprendendo la formula del Protocollo istitutivo delle stesse, il TU prevede che, nelle unità produttive con più di quindici dipendenti, possano essere costituite rsu ad iniziativa, questa volta, delle Confederazioni firmatarie (dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e dell'AI 2014) e delle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del ccnl applicato nell'unità produttiva. Tuttavia, possono concorrere anche le associazioni sindacali formalmente costituite con un proprio statuto ed atto costitutivo a condizione che: 1) accettino espressamente, formalmente ed integralmente i contenuti dell'AI 2014, dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo del 31 maggio 2013; 2) la lista sia corredata da un numero di firme di lavoratori dipendenti dall'unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle aziende con oltre 60 dipendenti. Si prevede, inoltre, che, nelle aziende di dimensioni comprese fra 16 e 59 dipendenti la lista dovrà essere corredata da almeno tre firme di lavoratori.

⁷³ Per LISO, *Brevi note sul Protocollo*, cit. p. 840, la *decisione dell'eliminazione del terzo riservato costituisce un forte contributo – forse non voluto – all'aziendalizzazione delle relazioni collettive*.

⁷⁴ Sul rapporto intercorrente tra il soggetto negoziale e l'efficacia del contratto stipulato, v. ampiamente, BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, p. 177 ss.; per tutte le problematiche connesse all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, con particolare riguardo al contratto aziendale, cfr. LECCESE, *op. cit.*, p. 479 ss., ed i riferimenti bibliografici ivi presenti.

⁷⁵ Su questo profilo, v. IMBERTI, *Singolo componente di r.s.u., rilevanza dell'appartenenza sindacale e contrattazione collettiva aziendale*, in BARBERA, PERULLI, (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza*, cit.

⁷⁶ Nel TU si manifesta una *'preferenza'* per le rsu come si evince dalla clausola di salva-

Il profilo dell'efficacia dei contratti aziendali è intimamente connesso alle caratteristiche e alla modalità di funzionamento dei soggetti negoziali. Connessione viepiù importante se si considera la possibilità di questi contratti di 'modificare' *rectius* peggiorare le previsioni dei contratti collettivi nazionali con o senza delega di questi ultimi.

Infatti, i contratti collettivi aziendali possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei ccnl nei limiti e con le procedure previste dagli stessi ccnl.

Ove, però, quest'ultime non dovessero essere previste ed in attesa che i rinnovi definiscano la materia, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda, purché d'intesa con le relative organizzazioni sindacali territoriali di categoria, possono definire intese modificative – in materia di prestazione lavorativa, orari e organizzazione del lavoro – al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa.

8. Osservazioni conclusive

Attraverso il percorso tracciato in questo contributo, evidenziando la successione degli Accordi e di ulteriori passaggi che abbiamo definito 'intermezzi epifanici', si è voluto mettere in rilievo non solo con quanta fatica si è addivenuto al TU 2014 ma anche e, soprattutto, quanto quest'ultimo sia

guardia: "Le organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del presente accordo o che, comunque, aderiscano alla disciplina in essi contenuta partecipando alla procedura di elezione della r.s.u., rinunciano formalmente ed espressamente a costituire r.s.a. ai sensi dell'art. 19, della legge 20 maggio 1970, n. 300 In particolare, le organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del presente Accordo, o che comunque ad essi aderiscano, si impegnano a non costituire r.s.a. nelle realtà in cui siano state o vengano costituite rsu". Tuttavia può essere costituita la rsa e le si riconosce titolarità negoziale. Anzi, in alcuni passaggi si deve sottolineare la volontà sindacale di conservare a questi organismi un ruolo che si percepisce da alcune disposizioni. Nella Parte II, si legge, infatti che: "Nel caso di unità produttive con più di quindici dipendenti ove non siano mai state costituite forme di rappresentanza sindacale, le organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo concordano che, qualora non si proceda alla costituzione di rappresentanze sindacali unitarie ma si opti per il diverso modello della rappresentanza sindacale aziendale: ... b) alla scadenza della rsa, l'eventuale passaggio alle r.s.u. potrà avvenire se deciso dalle organizzazioni sindacali che rappresentino, a livello nazionale, la maggioranza del 50%+1 come determinata nella parte prima del presente accordo".

proprio il portato del cammino accidentato descritto. Non si vuol dire che l'Accordo per come appare, sia stato necessitato nei contenuti; è vero però che, d'altro canto, sarebbe stato molto diverso senza quel substrato di 'accadimenti' nel quale è maturato.

Un Accordo, quindi, figlio del suo tempo.

Ed allora, se così è, negli stessi termini occorre valutare la scelta delle parti sociali di affidare ai numeri la misurazione della loro rappresentatività e al corollario di questa, il principio di maggioranza, la costruzione di un processo negoziale 'blindato' dall'efficacia dei ccnl e dall'esigibilità delle patruzioni in essi contenute.

Il TU disegna un circuito obbligato (dalla misurazione all'esigibilità) che non è certo privo di insidie non solo connesse all'incerta attivazione dello stesso (riguardante, oggi, soltanto una parte dei soggetti dell'autonomia collettiva) ma, soprattutto, quelle concernenti i limiti coesenziali proprio al principio di maggioranza.

Il suo limite e il suo rischio maggiore risiede nel potere conferito alla maggioranza (certo misurata e certificata) di disporre della minoranza.

Tuttavia, l'attribuzione alla maggioranza delle organizzazioni sindacali del potere di approvare il ccnl dotato di efficacia ed esigenza e la rinuncia da parte dei dissenzienti ad esercitare azioni di lotta è il tributo pagato alla necessità di (ri)darsi delle regole⁷⁷.

In questo senso 'sacrificare' le legittime istanze della minoranze talvolta può rendersi necessario a sventare il pericolo dell'ingovernabilità e tanto, con le dovute e necessarie differenze, sia nel sistema politico quanto in quello sindacale⁷⁸.

Invero, occorre analizzare partitamente i casi in cui può manifestarsi il dissenso e, quindi, quali spazi vi siano alla sua manifestazione.

Infatti, un'organizzazione che abbia preso parte alle trattative può essere in disaccordo sulla piattaforma o, in seguito, sul testo finale del contratto da sottoscrivere; in nessun caso, però, è obbligata a fare proprio o a sottoscrivere alcunché.

⁷⁷ Con riferimento alla rinuncia al conflitto parla di 'costo' (il più importante se non l'unico effettivo), SCARPELLI, *Dissensi e consensi sul testo Unico*, cit., p. 660.

⁷⁸ Per la distinzione tra partiti politici e sindacati, valga sempre il monito metodologico di GAROFALO M.G., *Osservazioni sulla democrazia dei sindacati*, cit., p. 269 ss.; sul punto, a proposito del TU 2014, v. CARRIERI, *La lunga fuoriuscita*, cit., p. 562, secondo il quale "... queste disposizioni, oltre ad uscire dall'incertezza le nostre relazioni industriali, aiutano a costruire alcuni antidoti contro pulsioni socio-politiche, assi diffuse, che mettono in discussione l'utilità stessi dei corpi intermedi".

Quindi, sarà chiaro sempre agli iscritti di un'organizzazione dissenziente la posizione e le ragioni di questa. Tuttavia, a questi si applicheranno gli effetti del contratto, pur se sottoscritto senza la firma dell'organizzazione cui aderiscono, né quest'ultima potrà promuovere forme di lotta affinché ciò non avvenga.

Invero, il sindacato dissenziente se non è in grado di imporsi (numericamente) durante il processo negoziale, non potrà opporre le sue ragioni in seguito. Tuttavia, anche in questo caso, il dissenso non può dirsi tacitato; esso non si (perde o) 'disperde' ma è sempre rintracciabile (dai propri iscritti e non).

Perciò, per rispondere ai dubbi che si sono posti nella Premessa, si può dire, innanzitutto, che le relazioni sindacali sono refrattarie ai numeri; invero, è proprio la sintesi degli interessi che la rappresentatività implica ad essere difficile se il substrato di riferimento è frammentato e magmatico. Tuttavia, proprio per questo, si impone l'utilità (divenuta necessità) del ricorso ai numeri e quindi al principio di maggioranza.

Ed è dunque, questo il nodo cruciale: il rapporto che intercorre tra maggioranza e minoranza. Affinché la dialettica sia garantita e la minoranza non venga fagocitata e tacitata occorre che possa sempre manifestarsi. È altresì vero, però, che occorre trovare il punto di equilibrio tra l'esigenza di stabilità e affidamento del sistema di relazioni sindacali e governo del dissenso.

Il dissenso appunto; esso è la cifra caratterizzante gli ordinamenti democratici ma non può condurre allo stallo della maggioranza.

Insomma, minoranza e maggioranza non possono essere l'uno ostaggio dell'altra.

L'esigibilità, da questa prospettiva e nelle forme che vedremo assumere nella prassi, richiama al rispetto delle regole stabilite da chi ha i numeri per decidere.

Fermi restando gli eventuali rimedi privatistici dei singoli, questa è, oggi, la scelta dell'ordinamento intersindacale⁷⁹; anzi, attesa proprio la 'tipicità' di questo e degli interessi in esso coinvolti, e per tutelare l'uno e gli altri, che dinnanzi all'*impasse* dei contratti collettivi separati, alla negazione delle prerogative statutarie alle organizzazioni dissenzienti, all'intervento eteronomo volto ad alterare il già fragile equilibrio tra le parti sociali, si può osservare

⁷⁹ Sul punto, v. la recente Cass. 10 giugno 2013 n. 14511, con nota critica di SCARANO, in *RGL*, 2014, II, p. 103 ss.

che la regola della maggioranza – che le parti *autonomamente* si sono date e alla quale hanno scelto di sottoporsi – rappresenta una soluzione di compromesso utile.

Ora, è opportuno mettere alla prova dei fatti l'ordinamento sindacale che deve assestarsi sulle nuove regole; solo con il tempo, si vedrà se questo è stato in grado di rinnovarsi pienamente e quando diventi necessario un intervento, in materia, del legislatore⁸⁰.

In ogni caso, senza aspettarsi che interventi autonomi o eteronomi che siano possano essere definitivamente risolutivi della crisi dei gruppi intermedi nella post-modernità riconducibili, in larga misura, alla crisi di (e della) Rappresentatività⁸¹ e, più in generale, (più che alla crisi) al 'disagio' della democrazia, alla delusione di cioè di ciò che essa promette e non mantiene (almeno, non più)⁸².

Abstract

Il contributo analizza il Testo Unico sulla rappresentanza sottoscritto il 10 gennaio 2014, che conclude un faticoso percorso intrapreso dalle parti sociali a partire dal 2008 (con l'approvazione delle linee di riforma del sistema di relazioni sindacali) e snodatosi in diverse tappe, tra le quali diversi Accordi Interconfederali (non sempre sottoscritti dalla Cgil) intervallati da veri e propri momenti epifanici dello stato delle relazioni sindacali (c.d. vicende Fiat e art. 8 della l. 148 del 2011). L'A. passa in rassegna i nuclei tematici portanti del TU – misura e certificazione della rappresentanza attraverso il dato associativo ed elettorale; regolamentazione della rappresentanza in azienda; titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale ed aziendale; clausole e procedure di raffreddamento e sanzioni –, mettendo in evidenza i profili più problematici. Questi ultimi ruotano intorno alla scelta delle Parti di sostituire al

⁸⁰ Sulle proposte di legge, v. quella contenuta in *questa rivista*, 2014, p. 155 ss; e quella di CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-206/2014*. Cfr., anche, MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"?*, cit.; MARIUCCI, *Gli eterni ritorni: dentro, fuori o oltre l'art. 39 Costituzione?*, in *WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it-207/2014*; RUSCIANO, in *Lettura e rilettura dell'art.39*, cit., p. 283.

⁸¹ Sulla crisi di rappresentatività e democrazia, cfr. GAROFALO M. G., *Osservazioni sulla democrazia sindacale*, in *LD*, 1988, p. 269 ss.

⁸² GALLI, *Il disagio della democrazia*, Einaudi, 2011, p. 81: "Il disagio della democrazia nasce ... dall'esperienza delle sue insufficienze e contraddizioni, oggi più acute che mai. È come se ci si trovasse in un supermarket dei diritti, e si scoprisse che la merce (i diritti) non c'è, sostituita da slogan che l'annunciano e la proclamano già presente".

meccanismo dell'auto-accreditamento nei confronti della controparte il ricorso alla misurazione numerica e, quindi, al principio di maggioranza, consentendo la gestione del dissenso e l'esigibilità dei ccnl.

The paper analyzes the Agreement of 10 January 2014 (so called “Testo Unico sulla rappresentanza”) which brings to conclusion the difficult work carried out by the social partners since 2008 (with the endorsement of the guide lines for the reform of the industrial relations system). The paper recalls how the process has evolved through the twists and turns of several national multi-industry agreements (not always undersigned by CGIL), and interspersed with moments of real epiphany of the state of labor relations (i.e. the events regarding Fiat and the art. 8 of Law 148/2011). The Author reviews the core themes of the 2014 Agreement – measurement and certification of trade union representation through the number of members and electoral results of plant representatives, ownership of the right and effectiveness of national and company bargaining, cooling off clauses, procedures and sanctions – and highlights its more problematic aspects. The paper underlines how these aspects derive from the choice of the social partners to replace the self-accreditation mechanism with a numerical measurement and therefore with the principle of majority in the management of dissent and the enforceability of the industry-wide agreements.

Key words

Riforma, relazioni, sindacali, maggioranza, efficacia, esigibilità.

Reform, relations, trade union, majority, effectiveness, enforceability.

Chiara Lazzari

Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92

Sommario: **1.** Ambito d'indagine. **2.** La duplice nozione di inefficacia adottata dal novellato art. 18 St. lav. e la svalutazione del dato formale. **3.** Il vizio di forma consistente nella violazione del requisito di motivazione. **3.1.** Nella sfera di operatività dell'art. 18 St. lav. **3.2.** ...ed in quella della l. 15 luglio 1966 n. 604. **4.** Il licenziamento viziato nella forma in quanto intimato oralmente. **4.1.** Nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. **4.2.** ...ed in quello della l. 604/66 e del recesso *ad nutum*. **5.** Considerazioni conclusive.

I. *Ambito d'indagine*

Il presente contributo intende analizzare le ricadute che le modifiche apportate all'art. 18 St. lav. dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 hanno prodotto sulla disciplina del licenziamento relativamente ai requisiti di forma, a partire dal campo di applicazione della cd. tutela reale, o, più correttamente, della norma statutaria, come definito dal suo comma 8. Infatti, com'è noto, il contenuto di tale tutela è uscito profondamente trasformato dall'ampio rimaneggiamento operato dall'intervento del 2012, che, nell'ottica di aumentare la cd. flessibilità in uscita, rompe l'unitarietà del regime previgente, il quale accomunava nell'unica sanzione della reintegrazione e del pieno risarcimento dei danni le tre fattispecie del licenziamento nullo perché in contrasto con norme di legge poste a tutela di diritti fondamentali, annullabile perché ingiustificato, ed inefficace in quanto viziato nella forma. Mutando prospettiva, la novella sceglie, invece, di graduare l'intensità della reazione dell'ordinamento in ragione dell'anomalia da cui risulta colpito il recesso datoriale: ne consegue che l'area di applicabilità della vera e propria tutela reale risulta significativamente ridotta, a tutto vantaggio di più blande compensazioni di tipo economico¹.

¹ Non a caso, la rubrica del nuovo art. 18 non fa più riferimento alla "reintegrazione nel

La questione verrà, tuttavia, esaminata anche con riferimento all'ambito di operatività della cd. tutela obbligatoria, disciplinata dalla l. 15 luglio 1966 n. 604 e del recesso *ad nutum*, al fine di verificare i profili di continuità e discontinuità registrabili rispetto al passato, nonché le eventuali criticità determinatesi a seguito del ricordato intervento legislativo.

Oggetto dell'indagine saranno, dunque, i commi 1 e 6 dell'art. 18, limitatamente alle parti che qui interessano. Il primo, nell'ultimo periodo, si occupa, infatti, dell'ipotesi del licenziamento intimato oralmente, espressamente qualificato dal legislatore come inefficace; il secondo riguarda il caso del recesso datoriale anch'esso valutato dalla norma in termini di inefficacia a causa di vizi procedurali (violazione dell'art. 7 St. lav. o dell'art. 7, l. 604/66) o formali e, segnatamente, per inosservanza del requisito di motivazione di cui all'art. 2, co. 2, l. 604/66. Peraltro, relativamente a tale ultimo comma, merita precisare che, quantunque anche il procedimento possa essere considerato quale parte della forma intesa in senso lato, perseguendo analoghi obiettivi di certezza e richiamando il datore di lavoro all'importanza degli atti che si accinge a compiere², in questa sede si tralasceranno le irregolarità nella procedura e ci si concentrerà su quelle nella forma (in senso stretto), stanti le finalità di analisi qui avute di mira e sopra specificate. D'altra parte, mentre le prescrizioni di tipo formale dettate in questa materia risultano molto simili nei vari ordinamenti europei, non altrettanto può dirsi con riferimento ai procedimenti³, a conferma della fondatezza della distinzione accolta, e recepita, del resto, dallo stesso art. 18, co. 6, laddove si riferisce, per l'appunto, ad una "violazione formale o procedurale".

posto di lavoro", parlando, più genericamente, della "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo". Ne consegue altresì che lo stesso campo di operatività della norma, quantunque formalmente non modificato, ha però profondamente mutato il proprio significato, che, per i motivi precisati, non può più essere ricondotto alla netta distinzione fra inclusi ed esclusi rispetto all'ambito di applicazione del meccanismo reintegratorio.

² PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La «flessibilità in uscita» nei paesi europei e la recente riforma italiana*, in ID. (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, FrancoAngeli, 2014, p. 310.

³ *Ibidem*.

2. *La duplice nozione di inefficacia adottata dal novellato art. 18 St. lav. e la svalutazione del dato formale*

Poiché il licenziamento si configura come un atto finalizzato a determinare la cessazione del rapporto di lavoro, v'è da chiedersi se, in presenza di vizi, l'illegittimità dello stesso ne comporti, o meno, anche l'inefficacia, ossia l'inidoneità a produrre il summenzionato effetto estintivo.

Come rilevato, relativamente al profilo qui considerato, tanto secondo il comma 1, che secondo il comma 6 dell'art. 18 St. lav., l'anomalia nella forma produce la qualificazione dell'atto illegittimo come inefficace. Tuttavia, mettendo a confronto i commi citati, ci si accorge della duplice nozione di inefficacia ivi adottata⁴.

Nel comma 1, infatti, essa è utilizzata nel suo significato tecnico, dato che, come emergerà con tutta evidenza dall'analisi delle conseguenze sanzionatorie previste in questo caso dal legislatore (ossia la reintegrazione nel posto di lavoro ed il pieno risarcimento dei danni)⁵, il recesso datoriale risulta in detta ipotesi improduttivo di effetti estintivi sul rapporto di lavoro⁶, il quale, quindi, prosegue senza soluzione di continuità.

Viceversa, la qualificazione del licenziamento in termini di inefficacia operata dal comma 6 appare del tutto impropria, dovendo il giudice dichiarare la risoluzione del rapporto a partire dalla data del recesso, che pertanto si rivela idoneo a determinare la fine della relazione di lavoro. In questo caso, dunque, l'inefficacia funziona come "esatto contrario"⁷ rispetto alla corrispondente categoria giuridica conosciuta nel diritto civile⁸. Infatti, non è la sentenza a produrre, con effetto costitutivo, l'estinzione del rapporto, ma pur sempre l'atto di recesso pur valutato inefficace, dovendo il giudice limitarsi a "dichiarare" l'avvenuta cessazione⁹. Il che, al di là dell'approssimativa tecnica

⁴ V. anche CARINCI F., *Il licenziamento inefficace per la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, p. 869.

⁵ V. §§ 4.1 e 4.2.

⁶ V. già Cass. 25 settembre 2012 n. 16250, in *GD*, 2012, n. 44, p. 72.

⁷ CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro/3206.aspx>, p. 30 (anche in *ADL*, 2012, p. 547 ss.).

⁸ Parla condivisibilmente di "abuso" della categoria giuridica dell'inefficacia GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 300.

⁹ CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, pp. 72-73.

giuridica utilizzata, evidenza altresì, con riferimento all'obbligo di indicare i motivi del licenziamento, una palese svalutazione del dato formale laddove si ricada nel campo di applicabilità dell'art. 18 St. lav. E ciò, come meglio si dirà¹⁰, sia avuto riguardo al regime sanzionatorio pregresso, sia perché la stessa tutela meramente indennitaria, prevista in questa ipotesi a favore del lavoratore, risulta dimezzata rispetto a quella contemplata dal co. 5 della norma statutaria in caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo. Proprio perché è tale disposizione a porre i problemi maggiori, tanto sotto il profilo interpretativo che da un punto di vista sistematico, è dalla sua considerazione che si prenderanno le mosse nell'analisi che segue.

3. *Il vizio di forma consistente nella violazione del requisito di motivazione*

Come si accennava, il co. 6 si occupa del vizio di forma consistente nella violazione del requisito di motivazione.

In proposito, prima di passare ad esaminare le conseguenze sanzionatorie associate a tale vizio a seconda dei campi di applicazione delle distinte tutele, merita ricordare che detto requisito – quale corollario del generale obbligo di giustificazione del recesso introdotto dalla l. 604/66 a superamento del precedente regime codicistico di libera recedibilità – ha subito una significativa modifica ad opera della l. 92/12. Anzi, la previsione, nel novellato art. 18, di una sanzione *ad hoc* per la sua inosservanza potrebbe essere legata proprio alla volontà di individuare un rimedio specifico per l'inadempimento della nuova disposizione.

Secondo l'art. 2, co. 2, l. 604/66, nella versione attualmente vigente, la comunicazione scritta dei motivi, infatti, non risulta più eventuale come in passato, quando la stessa era subordinata alla richiesta del lavoratore, che avrebbe dovuto inoltrarla entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione del licenziamento, con obbligo del datore di lavoro di rispondere nei sette giorni successivi alla sua ricezione. Al contrario, si prevede ora che essa debba avvenire contestualmente alla comunicazione, altrettanto scritta, del recesso. La prospettiva appare così rovesciata: dalla piena legittimità di un licenziamento intimato senza l'indicazione dei motivi si passa, adesso, all'illegittimità del medesimo.

¹⁰ V. *infra*, § 3.1.

Con l'intervento del 2012 non si è, però, provveduto a modificare, di conseguenza, anche l'art. 6, co. 1, l. 604/66, che ancora ammette che il termine per l'impugnazione del recesso possa decorrere dalla comunicazione dei motivi, se successiva a quella del licenziamento. Tuttavia, pare trattarsi di previsione ormai senza significato, anche nel caso in cui il datore di lavoro, che abbia omesso di motivare contestualmente, lo abbia poi fatto con atto posteriore, purché ciò non equivalga a revoca del primo licenziamento ed intimazione di uno nuovo¹¹.

Evidentemente con l'intento di "accelerare la formazione di un pieno e consapevole contraddittorio sulle questioni sottese"¹² alla cessazione del rapporto, il legislatore riconosce, dunque, all'obbligo in parola carattere indefettibile, dando condivisibilmente prevalenza all'interesse del prestatore di lavoro a conoscere fin da subito le ragioni del recesso rispetto a quello datoriale a non dichiararle immediatamente. D'altra parte, "l'argomento per cui in caso di gravi illeciti il lavoratore poteva preferire che non fossero esplicitati (i motivi) era già da tempo venuto meno con l'estensione al licenziamento disciplinare della procedura dell'art. 7 St. lav."¹³. Per altro verso, si superano definitivamente alcune questioni sorte in giurisprudenza a causa della formulazione pregressa della norma, come quella relativa alle conseguenze della mancata, o tardiva, richiesta dei motivi da parte del prestatore che avesse successivamente deciso di impugnare comunque l'atto di recesso¹⁴. Mentre ne esce senza dubbio confermato il principio, costantemente ribadito nelle pronunce giurisprudenziali, dell'immutabilità delle ragioni poste a fondamento del licenziamento, che impedisce al datore di lavoro di addurre in giudizio fatti diversi rispetto a quelli esplicitati nella motivazione, a meno che non si tratti di circostanze meramente integrative o confermative che non mutino la consistenza storica di tali fatti¹⁵. Invero, non avrebbe senso richiedere la contestuale specificazione dei motivi se poi fosse consentito modificarli in un secondo momento¹⁶.

¹¹ SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in AA.VV., *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, p. 230.

¹² RICCIO, *Gli oneri procedurali*, in TIRABOSCHI, MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 287.

¹³ VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 42.

¹⁴ Si veda, in proposito, RICCIO, *op. cit.*, p. 288, ed ivi per i necessari riferimenti giurisprudenziali.

¹⁵ *Ex multis*, Cass. 13 marzo 2009 n. 6012, in *DeJure*.

¹⁶ Cfr. pure SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in AA.VV., *op. cit.*, p. 325; in proposito, v., tuttavia, anche quanto si dirà *infra*, § 3.1.

3.1. Nella sfera di operatività dell'art. 18 St. lav.

Come accennato, l'art. 18, co. 6, colpisce il vizio in esame, nell'ambito di applicabilità della norma statutaria, con l'attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata, in relazione alla gravità della violazione, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione al riguardo da parte del giudice. Peraltro, qualora risulti, sulla base della domanda del prestatore, anche un difetto di giustificazione, si applicano, in luogo di quelle testé ricordate, le tutele contemplate nei commi 4, 5 e 7 per il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, idonee, secondo la previsione legislativa, ad assorbire la statuizione del comma 6.

La novità più eclatante che si registra in proposito risiede nel fatto che, nel vigore dell'originario art. 18, l'inosservanza dell'obbligo di motivazione avrebbe avuto l'effetto di attivare l'operatività della tutela reintegratoria. Come si osservava poc'anzi, invece, in un'ottica di decisa svalutazione del dato formale, da un lato, si esclude, in detta ipotesi, l'applicabilità di tale tutela. Dall'altro, il *quantum* della stessa indennità risarcitoria riconosciuta appare ben poco in sintonia con i principi di proporzionalità e ragionevolezza¹⁷, risultando significativamente ridotto rispetto a quello attribuibile per violazioni considerate sostanziali perché attinenti alla giustificazione del licenziamento.

La scelta del legislatore del 2012 sembra, però, del tutto contraddittoria avuto riguardo alla qualificazione del vizio in termini di inefficacia¹⁸, a meno di non voler affermare che si tratti di un tipo di inefficacia differente dal-

¹⁷ ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2012, p. 641; invece, valutazioni molto positive in PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, p. 675; per VIDIRI, *La riforma «Fornero»: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, *ibidem*, p. 644, “la modestia del regime sanzionatorio riceve conferma dal rilievo che tale licenziamento viziato proceduralmente può sempre per lo stesso motivo essere ripetuto con il rispetto del procedimento in precedenza violato”; in altri termini, “il vizio formale e procedurale, a differenza di quello sostanziale, non consuma il potere di licenziamento, che può essere reiterato”: CESTER, *I quattro regimi*, cit., p. 75; secondo ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Il dibattito sulla riforma*, cit., p. 12, “qui, laddove il licenziamento sia sostanzialmente giustificato, non è in gioco la lesione di alcun diritto assoluto della persona: la sanzione pecuniaria appare dunque appropriata in relazione alla funzione specifica di responsabilizzare il datore di lavoro circa il rispetto di un procedimento imposto per l'esercizio di una sua prerogativa”; di sanzione “adeguata” parla anche TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 131.

¹⁸ V. *supra*, § 2.

l'analoga fattispecie generale di diritto comune¹⁹, con dubbi, tuttavia, di non poco conto sulla coerenza dell'intero sistema.

Detta scelta, inoltre, non appare sintonica nemmeno rispetto alla modifica, cui si accennava poc'anzi²⁰, introdotta sempre dalla l. 92/12 a proposito del carattere necessitato, e non più eventuale, della comunicazione dei motivi. In altre parole, da una parte, nell'ambito di applicabilità dell'art. 18 si svilisce il requisito della motivazione, punendone la violazione con una modesta indennità forfezzata, nonostante in tale ambito il ruolo dell'impianto motivazionale risulti viepiù accresciuto in termini di importanza proprio alla luce della diversificazione delle tutele previste a seconda della tipologia di vizio da cui risulta affetto il licenziamento²¹. A ciò si aggiunge la considerazione delle rilevanti ricadute dell'opzione suddetta sulla stessa effettività del diritto del lavoratore a contestare in giudizio il licenziamento subito²², non potendosi escludere la concreta possibilità che il datore di lavoro adotti comportamenti opportunistici, perfezionando (o costruendo) l'elemento *de quo* solo in sede giudiziaria²³. Per altro verso, invece, il legislatore decide di irrobustire il requisito in questione, richiedendone la contestualità rispetto alla comunicazione del recesso, evidentemente in un'ottica che considera giustamente il dato formale strettamente connesso a quello sostanziale, per l'appunto perché è il rispetto della forma, ed il principio di trasparenza che essa veicola, a garantire maggiormente l'effettività della sostanza. Insomma, davvero un "pasticciccio brutto"²⁴.

¹⁹ SORDI, *Il nuovo art. 18*, cit., p. 321 ss.

²⁰ V. *supra*, § 3.

²¹ Sottolinea il profilo MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2012, n. 159, p. 6 (anche in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 235 ss.).

²² Sulla violazione del diritto alla difesa *ex art. 24 Cost.* insiste SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2012, n. 165, p. 11 (anche in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 305 ss.); ID., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, *ivi*, 2013, n. 190, p. 44 ss.; v. pure ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 144; *contra* PISANI, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in ADL, 2013, p. 273 ss.; in argomento v. anche DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 53.

²³ SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, 2012, pp. 542-543; sulla problematica operatività del principio di immutabilità dei motivi v., infatti, *infra*, in questo par.

²⁴ Così mutuando da MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Il dibattito sulla riforma*, cit. (anche in ADL, 2012, p. 535 ss.).

Proprio a conferma dello stretto legame tra i due profili (formale e sostanziale), uscito ulteriormente rafforzato dalla novella dell'art. 2, l. 604/66, si discute, a proposito del vizio in esame, se la formula legislativa ampia ricomprenda tanto l'assenza di motivazione, quanto l'incompletezza e genericità della medesima. In effetti, da parte di certa dottrina, si sostiene, che, nella prima ipotesi, il fatto dedotto a fondamento del recesso (per motivi disciplinari od economici) sarebbe da considerarsi come mai esistito²⁵, con applicazione sempre del regime reintegratorio di cui al comma 4, e, da parte di altra, che, viceversa, sarebbe la motivazione (esistente, ma) non specifica od esauriente ad integrare una violazione di tipo sostanziale, tale da meritare la tutela, reale o risarcitoria, di cui ai commi 4, 5 e 7²⁶.

Pur apprezzando l'intento protettivo sotteso a tali opzioni interpretative, sembra, tuttavia, che, alla luce della lettera della norma, nonché della *ratio* ispiratrice dell'intero disegno legislativo, sia l'inesistenza, che l'incompletezza o genericità della motivazione rientrino nella fattispecie più blandamente punita dal co. 6²⁷.

Relativamente alla seconda ipotesi ricordata, pare che essa, in quanto considerata nell'art. 2, co. 2, l. 604/66, a sua volta richiamato dall'art. 18, co. 6, St. lav., non possa che essere sanzionata ai sensi di quest'ultima disposizione. Infatti, recependo il consolidato orientamento giurisprudenziale che esigeva, qualora fosse richiesta, una motivazione sufficientemente specifica e completa, tale da consentire al lavoratore l'inequivocabile individuazione della

²⁵ MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Il dibattito sulla riforma*, cit., pp. 21-22 (anche in *ADL*, 2012, p. 612 ss.); PALLADINI A., *op. cit.*, pp. 675-676; SORDI, *Il nuovo art. 18*, cit., p. 324 ss.; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 43; *contra* TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav. per la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, p. 880.

²⁶ CARINCI F., *Il licenziamento inefficace*, cit., pp. 870-871 (v. però nota seguente); *contra* SORDI, *op. ult. cit.*, p. 323; propone in questo caso di sollevare questione di costituzionalità per irragionevolezza della norma BARBIERI, *op. loc. ultt. citt.*

²⁷ V. anche CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2013, n. 172, p. 22, per il quale "l'espressione utilizzata risulta assai ampia e generica, tanto da sembrare ricomprendere allo stesso titolo un'assenza totale e una carenza di specificità della motivazione, tale da risultare insufficiente, incompleta, generica"; VIDIRI, *op. cit.*, p. 642; GALARDI, *op. cit.*, p. 302; D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *op. cit.*, p. 372; ROSSI, DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 196; ANGIELLO, *I requisiti formali e procedurali*, in PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, p. 236.

causa del suo licenziamento²⁸, il citato art. 2, co. 2, prescrive ora che la comunicazione del recesso contenga non semplicemente l'indicazione, ma, in modo più stringente, la "specificazione" dei motivi che lo hanno determinato. Pertanto, laddove tale comunicazione risulti vaga ed imprecisa, essa integrerà violazione dell'art. 2, co. 2, l. 604/66, colpita dall'art. 18, co. 6, St. lav.²⁹.

La stessa giurisprudenza, poi, è solita affermare che una motivazione generica, e quindi inadeguata ad assolvere la finalità per il cui raggiungimento il relativo obbligo è stato previsto, equivale ad una motivazione omessa³⁰; sicché, sembra che le due ipotesi debbano essere trattate unitariamente, rientrando entrambe nella fattispecie di cui all'art. 18, co. 6. Quest'ultimo, del resto, consente al giudice una graduazione del *quantum* di indennità da corrispondere al lavoratore proprio "in relazione alla gravità della violazione"³¹, non potendosi escludere che, in alcuni casi, possano riscontrarsi differenze anche sensibili fra una motivazione non specifica ed una del tutto inesistente.

D'altra parte, le interpretazioni ricordate parrebbero scontare tutte il limite derivante dal carattere inequivoco del dato normativo. Ed in tal senso merita rammentare che anche recentemente la Corte Costituzionale, con riferimento ad un'altra "famosa" norma statutaria, ha espressamente rifiutato opzioni ermeneutiche adeguatrici proprio in virtù dell'univocità del conte-

²⁸ Per tutte, Cass. 20 maggio 2002 n. 7316, in *OGL*, 2002, I, p. 351, che ritiene generico il riferimento ad una "riduzione del personale determinata dalla necessità di una più economica gestione dell'attività produttiva", senza che siano fornite indicazioni in ordine alla decisione di sopprimere il posto di lavoro cui era addetto il ricorrente; per quanto riguarda, invece, il licenziamento disciplinare, la specificità della motivazione è stata sostanzialmente intesa quale specificità della contestazione dell'addebito, avendo la Cassazione chiarito che in questo caso la motivazione può limitarsi a richiamare detto atto: Cass. 9 febbraio 2006 n. 2851, in *DeJure*.

²⁹ V., in proposito, Trib. Milano 22 gennaio 2013 e Trib. Milano 9 marzo 2013, relativa ad un licenziamento per superamento del periodo di comporto senza alcun riferimento temporale alla durata delle assenze, entrambe citate in BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2013, n. 181, pp. 42-43.

³⁰ *Ex multis*, Cass. 5 maggio 2011 n. 9925, in *GD*, 2011, n. 24, p. 63.

³¹ Si concorda con chi ritiene (SORDI, *Il nuovo art. 18*, cit., p. 333; CESTER, *I quattro regimi*, cit., pp. 78-79) che questo sia l'unico criterio che il giudice debba considerare, senza possibilità di avere riguardo anche agli altri parametri previsti nell'art. 18, co. 5 (ossia anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti), che, d'altra parte, non avrebbe molto senso richiamare in presenza di una violazione formale; in tale prospettiva, il rinvio, ad opera dell'art. 18, co. 6, al "regime di cui al quinto comma" dovrebbe, allora, essere inteso come riferito solo alla dichiarazione di risoluzione ed alla relativa (seppur quantitativamente diversa) indennità.

nuto della disposizione (l'art. 19 St. lav.), non suscettibile di letture diverse rispetto alla sua formulazione letterale³².

Insomma, quantunque nella scarsa razionalità, per i motivi ricordati, del quadro normativo così delineato, l'art. 18 sembra distinguere nettamente il vizio sostanziale – da intendersi, in quest'ottica, quale assenza di ogni giustificazione del recesso accertata durante il procedimento giurisdizionale – da quello formale, la cui rilevanza, benché il legislatore non lo riconosca esplicitamente, potrebbe, però, emergere sul piano probatorio.

In altri termini, l'incompletezza/genericità della motivazione, così come la sua assenza, possono costituire, beninteso senza alcun automatismo, elementi indiziari della mancanza (non solo formale, ma, per l'appunto, sostanziale) di giustificazione, aggravando l'onere probatorio che anche in questo caso incombe sul datore di lavoro in linea, pur nel silenzio della legge, con le indicazioni provenienti dall'art. 5, l. 604/66³³. Del resto, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che “da una incompleta o non veritiera comunicazione dei motivi di licenziamento...” possono desumersi “elementi particolarmente significativi di una ‘ingiustificatezza del recesso’”, “potendo dette condotte, se non celare, quanto meno rendere meno agevole l'accertamento che il recesso sia eziologicamente collegato a condotte discriminatorie o altrimenti prive di adeguatezza sociale”³⁴.

Pare meno utile, invece, invocare il principio di immutabilità dei motivi. Infatti, proprio in virtù della clausola di salvezza che autorizza il lavoratore a contestare un difetto di giustificazione anche qualora abbia messo in dubbio la legittimità del licenziamento sotto il profilo formale, la portata di tale principio potrebbe risultare in questo caso affievolita³⁵, potendo il datore di lavoro allegare i fatti posti a fondamento del recesso a prescindere dalla loro previa deduzione in motivazione, che non c'è o appare indefinita. Diversamente, se cioè non gli fosse consentita detta allegazione, l'ingiustificatezza del licen-

³² C. Cost. 23 luglio 2013 n. 231, in *RIDL*, 2013, II, p. 979.

³³ V. anche MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 435; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 144; MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 6; TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, p. 454; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 239; *contra* D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 373.

³⁴ Cass. 20 dicembre 2006 n. 27197, in *DeJure*, pur se con riferimento al caso particolare del licenziamento di un dirigente.

³⁵ FABRIS, *La motivazione e la decorrenza degli effetti del licenziamento individuale*, in CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 287.

ziamento finirebbe con il risultare *in re ipsa* per la mancanza, o genericità, dell'apparato motivato, laddove la possibilità per il lavoratore di ottenere l'applicazione delle tutele di cui ai commi 4, 5 e 7 è invece configurata dal legislatore come del tutto eventuale³⁶.

Anche se non espressamente richiamato dall'art. 18, co. 6, è da ritenere, inoltre, che possa applicarsi altresì il regime sanzionatorio previsto in tema di licenziamento discriminatorio dall'art. 18, co. 1; anzi, alla luce di quanto testé osservato, l'assenza, o inadeguatezza, della motivazione possono considerarsi elementi fortemente indiziari della natura discriminatoria del recesso³⁷. Tuttavia, il fatto che il comma 6, nel riconoscere al prestatore la possibilità di ottenere una tutela più pregnante, faccia riferimento alla domanda dal medesimo formulata, potrebbe indurre a mettere in dubbio la rilevanza d'ufficio della nullità del licenziamento³⁸. Nondimeno, l'applicazione dei principi generali in tema di invalidità può far propendere per una conclusione opposta. E ciò anche in considerazione del fatto che il citato richiamo alla domanda del lavoratore avviene, come si desume dal rinvio all'art. 18, co. 4, 5 e 7, relativamente a vizi del licenziamento riguardanti la mancanza di giustificazione, e, pertanto, qualificabili, secondo le categorie civilistiche, in termini di annullabilità³⁹, notoriamente rilevabile solo ad istanza di parte.

³⁶ In tal modo, tuttavia, ne deriva paradossalmente che detto principio, uscito confermato dalla novella dell'art. 2, l. 604/66 (v. *supra*, § 3), finisce con l'operare in tutta la sua portata solo laddove vi sia una motivazione e la stessa risulti specifica; una ragione in più per indurre il datore all'adozione di quei comportamenti opportunistici cui si accennava nel testo.

³⁷ V. anche CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 291; così come la mancanza, o l'inadeguatezza, della giustificazione possono rilevare ai fini della prova di quegli elementi idonei a far presumere la discriminazione. Il che, però, non significa disconoscere la distinzione funzionale e strutturale fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato, non intendendosi qui aderire alla tesi (CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modello europeo e flexicurity all'italiana a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 553 ss.), per vero minoritaria in dottrina, che ricostruisce i rapporti fra le due fattispecie in termini di sostanziale coincidenza, mediante la qualificazione del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo come discriminatorio o illecito.

³⁸ Così PANICO, *Prime riflessioni sulle modifiche all'art. 18 e sul nuovo rito per i licenziamenti*, in *LG*, 2013, pp. 138-139.

³⁹ Da ultimo, sulla distinzione fra nullità, annullabilità ed inefficacia, FALASCA, *I vizi del licenziamento*, in PELLACANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 325-326.

3.2. ...ed in quella della l. 15 luglio 1966 n. 604

Il disegno legislativo testé ricostruito appare ancor meno razionale ponendo mente alle conseguenze sanzionatorie che colpiscono il vizio di motivazione nell'ambito di applicabilità della l. 604/66⁴⁰.

Infatti, se, nel campo di operatività dell'art. 18 St. lav., tale vizio, come rilevato nel paragrafo precedente, è ora punito dal legislatore con una indennità risarcitoria di modesta entità, viceversa, nell'area coperta dalla l. 604/66, non toccata dall'intervento del 2012, continua a valere quanto dottrina e giurisprudenza prevalenti ritenevano in precedenza, stante l'applicazione dell'art. 18, co. 6, solo ai datori di lavoro che superano le soglie dimensionali indicate nel successivo comma 8. Pertanto, in mancanza di una previsione specifica, ed operando, com'è noto, la tutela obbligatoria esclusivamente in presenza di un recesso ingiustificato (art. 8, l. 604/66), dovrà farsi ricorso a quella di diritto comune⁴¹. Il licenziamento, in altri termini, sarà da considerarsi inefficace ai sensi dell'art. 2, co. 3, l. 604/66 e, in quanto tale, incapace di estinguere il rapporto di lavoro, che quindi continuerà come *vinculum iuris*. Tuttavia, secondo l'orientamento maggioritario⁴², vertendosi in tema di contratto a prestazioni corrispettive, a ciò consegue solo il risarcimento del danno in base alle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, mentre minoritario è il filone che afferma il diritto del lavoratore al pagamento di tutte le retribuzioni perdute per effetto del licenziamento⁴³.

Ne deriva che, nell'area della stabilità obbligatoria (ossia per i "piccoli" datori di lavoro), l'inosservanza dell'obbligo di motivazione risulta colpita più duramente rispetto a quanto avviene nell'ambito della stabilità reale⁴⁴ (ossia per i datori di lavoro "medio-grandi"), con tutti i dubbi di illegittimità per contrasto con l'art. 3 Cost. che ne conseguono⁴⁵, in considerazione della scarsa ragionevolezza delle scelte legislative compiute.

⁴⁰ L'osservazione è generalizzata: v., per tutti, ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2012, n. 160, p. 9 (anche in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 260 ss.).

⁴¹ *Contra* Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497, in *GC*, 1997, I, p. 933, che afferma anche in questo caso l'applicabilità dell'art. 8, l. 604/66.

⁴² Cass. 18 febbraio 2003 n. 2392, in *OGL*, 2003, I, p. 157; Cass. 19 maggio 2001 n. 6879, in *DeJure*; Cass., Sez. Un., 27 luglio 1999 n. 508, in *RIDL*, 2000, II, p. 145.

⁴³ Cass. 5 giugno 2003 n. 9022, in *RIDL*, 2004, II, p. 147.

⁴⁴ V., peraltro, le precisazioni effettuate *sub* § 1, nel testo e nota 1.

⁴⁵ V. anche CANNATI, *Profili di incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *RIDL*, 2013,

Certo si potrebbe sostenere, con riferimento al licenziamento per motivo economico, che, nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., la motivazione contestuale è chiamata a svolgere solo un ruolo confermativo della comunicazione del recesso già avvenuta ai sensi dell'art. 7, l. 604/66; laddove nella sfera di operatività della tutela obbligatoria essa avrebbe, invece, la funzione di portare a conoscenza del lavoratore le ragioni del provvedimento estintivo, sì che in tale ottica potrebbe giustificarsi una disciplina sanzionatoria più pesante. Anche accogliendo questa prospettiva, rimarrebbe, però, incomprendibile la scelta di punire il mancato rispetto del predetto art. 7 ancora, e solo, ai sensi dell'art. 18, co. 6. Resterebbe, inoltre, sempre da spiegare la diversità di trattamento nel caso di licenziamento disciplinare immotivato.

Né pare che detta irrazionalità possa essere sanata da interpretazioni adeguatrici “al ribasso”, come quella di chi propone di estendere a tutti il citato art. 18, co. 6⁴⁶, indipendentemente dalle dimensioni occupazionali del datore di lavoro, dal momento che – lo si è già rilevato – la previsione statutaria si applica soltanto in caso di superamento delle soglie numeriche indicate nel successivo co. 8, il quale si riferisce espressamente alle “disposizioni dei commi dal quarto al settimo”.

Altrettanto poco convincente sembra affermare, in questa ipotesi, l'operatività dell'art. 8, l. 604/66⁴⁷, sulla base di una ricostruzione della fattispecie dell'inefficacia, utilizzata dall'art. 2, co. 3, della stessa legge, come distinta e diversa rispetto alla categoria generale di diritto comune, tale, quindi, da non imporre l'applicazione delle conseguenze che l'ordinamento ricollega usual-

I, p. 203; PALLADINI A., *op. cit.*, p. 677; ROSSI, DE MOZZI, *op. cit.*, p. 205; considerazioni non dissimili potrebbero valere altresì per il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto (in realtà non decorso), che, dopo la l. 92/12, nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. è sanzionato ai sensi del combinato disposto dei co. 4 e 7, mentre nell'ambito di applicabilità della l. 604/66 continuerà ad operare il regime della nullità di diritto comune, che non incontra le limitazioni risarcitorie di cui alla citata disposizione statutaria: cfr. ALBI, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶ ANGIELLO, *op. cit.*, p. 245, che, in alternativa, suggerisce l'applicazione dell'art. 8, l. 604/66, sul quale v. *infra*, nel testo; anche VALLEBONA, *op. cit.*, p. 44, sembra propugnare l'esclusione della tutela reale (di diritto comune) per le aziende di minori dimensioni; al contrario BARBIERI, *op. cit.*, p. 44, ponendo la questione della disparità di trattamento a danno dei dipendenti delle imprese più grandi, propone di applicare anche a loro il regime dell'inefficacia di diritto comune.

⁴⁷ Questa la tesi di SORDI, *Il nuovo art. 18*, cit., p. 321 ss.; ritiene preferibile l'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 8, l. 604/66 anche PELLACANI, *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*, in ID. (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 19, ma senza argomentare; v. pure ROSSI, DE MOZZI, *op. cit.*, p. 209 ss.

mente ai negozi giuridici inefficaci. In questa prospettiva, piuttosto, essa richiederebbe la stessa tipologia di risposta sanzionatoria contemplata per il licenziamento ingiustificato, al pari di quanto farebbe l'art. 18, co. 6, St. lav., che avrebbe non a caso scelto una sanzione indennitaria solo quantitativamente, ma non qualitativamente, diversa rispetto a quella prevista dal co. 5 per il licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo.

Senonché, tale interpretazione desta più di una perplessità. E ciò non tanto in virtù dell'orientamento giurisprudenziale che, come accennato, a parte isolate pronunce in senso contrario, nega(va) in questo caso l'applicabilità dell'art. 8, l. 604/66, ma perché il parallelismo fra licenziamento ingiustificato e licenziamento viziato nella motivazione non persuade del tutto proprio alla luce delle novità introdotte nel 2012. Non persuade allorché afferma l'equivalenza qualitativa fra le conseguenze giuridiche previste dall'art. 18 per le due fattispecie di licenziamento illegittimo, perché tale norma non sempre sceglie di punire il recesso ingiustificato con una sanzione indennitaria, solo quantitativamente diversa rispetto a quella dell'art. 18, co. 6: merita, infatti, ricordare le ipotesi in cui tutt'oggi opera la reintegrazione, pur se con effetti risarcitori limitati, qualora manchi una giusta causa o un giustificato motivo. E non persuade nemmeno quando pare non tenere in debito conto che lo stesso art. 18, co. 6, compie una chiara distinzione fra licenziamento viziato nella forma e licenziamento viziato nella sostanza, autorizzando il lavoratore, con la clausola di salvaguardia finale ivi prevista, a far valere anche un difetto di giustificazione, a conferma che i processi di assimilazione vanno condotti con una certa cautela.

Pertanto, poiché l'art. 8, l. 604/66, riconosce la tutela obbligatoria esclusivamente per il licenziamento ingiustificato, sembra che la stessa non possa intervenire in presenza di un recesso datoriale qualificabile in termini di inefficacia, dovendo allora ammettersi, in mancanza di un regime sanzionatorio *ad hoc*, il ricorso a quello di diritto comune. La conclusione pare a maggior ragione fondata se si pensa che allo stesso esito, come ricordato, si era già pervenuti in passato, quando la comunicazione dei motivi era configurata dal legislatore solo come eventuale, mentre oggi essa risulta necessariamente contestuale. Sicché un eventuale regresso, anche in quest'ambito, rispetto alla tutela precedentemente accordata dall'ordinamento non sarebbe facilmente comprensibile.

Se così è, però, ne consegue che la via maestra per risolvere l'aporia segnalata non può che essere quella di investire la Corte Costituzionale della

questione di legittimità dell'art. 18, co. 6, St. lav. per violazione degli artt. 3 e 24⁴⁸ Cost.

4. Il licenziamento viziato nella forma in quanto intimato oralmente

Com'è noto, ai sensi dell'art. 2, co. 1, l. 604/66, il datore di lavoro deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro, rappresentando la forma scritta "elemento certo e costitutivo della volontà di recesso"⁴⁹. Come afferma la giurisprudenza, benché non siano necessarie formule sacramentali⁵⁰, trattasi di forma richiesta *ad substantiam*, così risolvendosi ogni problema circa la validità di un licenziamento intimato *per facta concludentia*⁵¹.

Correttamente, pertanto, l'art. 2, co. 3, l. 604/66 qualifica il licenziamento orale come inefficace. In particolare, può qui parlarsi di un'inefficacia in senso ampio⁵², dipendendo essa da un vizio intrinseco alla struttura del negozio e, pertanto, equiparata, quanto alle conseguenze, alla nullità⁵³. Anzi, poiché inidoneo a produrre i propri tipici effetti estintivi, salva la possibilità di una sua rinnovazione con efficacia *ex nunc*, certa giurisprudenza non ha esitato a par-

⁴⁸ V., infatti, *supra*, § 3.1.

⁴⁹ C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398, in *GC*, 1995, p. 346.

⁵⁰ Cass. 11 settembre 2003 n. 13375, in *DeJure*.

⁵¹ Cass. Sez. Un. 18 ottobre 1982 n. 5394, in *DL*, 1984, II, p. 31; ne deriva altresì che, in caso di controversia sulle modalità di risoluzione del rapporto di lavoro (*i. e.*: dimissioni o licenziamento), in mancanza di prova delle dimissioni, l'onere di dimostrare il rispetto della forma scritta per il licenziamento ricade sul datore di lavoro: per tutte, Cass. 27 agosto 2007 n. 18087, in *GD*, 2007, n. 40, p. 104.

⁵² V., in proposito, D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 366 ss., nonché TATARELLI, *op. cit.*, p. 266, nota 106; laddove l'inefficacia in senso stretto riguarderebbe il caso dell'atto che, quantunque valido, non produce gli effetti voluti mancando di un requisito estrinseco che ne condiziona l'operatività, come nell'ipotesi di violazione del requisito di motivazione (D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 368). Peraltro, alla luce della nuova disciplina sanzionatoria prevista dall'art. 18, co. 6, St. lav. (v. *supra*, § 3.1), la conclusione potrebbe destare qualche perplessità, trattandosi in questo caso di un recesso pienamente idoneo a risolvere il rapporto, pur se qualificato come inefficace dal legislatore. Così come, per altro verso, a conferma dell'irrazionalità delle scelte legislative compiute (v. *supra*, § 3.2 ed *infra*, § 5), si potrebbe parlare anche in questa ipotesi di inefficacia in senso ampio in ragione del nuovo art. 2, co. 2, l. 604/66, che richiede ora la comunicazione del licenziamento non più mediante un qualsiasi atto scritto, ma tramite atto scritto motivato: v. *supra*, § 3.

⁵³ Cass. 27 agosto 2007 n. 18087, cit.

lare in questo caso di recesso datoriale addirittura inesistente⁵⁴, in quanto tale non bisognoso di impugnazione nei limiti temporali previsti, a pena di decadenza, dall'art. 6, l. 604/66⁵⁵.

La forma scritta implica altresì la sottoscrizione dell'atto o, comunque, l'invio di una comunicazione che, sebbene priva di sottoscrizione, contenga indicazioni tali da eliminare ogni dubbio circa la provenienza datoriale del medesimo⁵⁶. Ne deriva che, in mancanza, anche in questa ipotesi può concretizzarsi il vizio formale in esame⁵⁷. Inoltre, la manifestazione di volontà in ordine al recesso deve risultare in modo chiaro, così da evitare incertezze circa l'intento di far cessare il rapporto di lavoro, potendo, tuttavia, palesarsi anche in forma indiretta, purché inequivoca⁵⁸.

4.1. Nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.

A tale inefficacia consegue, nell'area di operatività dell'art. 18 St. lav., l'applicazione della tutela reale⁵⁹, al pari e coerentemente – in considerazione di quanto testé osservato – con ciò che si prevede per il licenziamento nullo.

In proposito, niente è innovato con riferimento alla disciplina pregressa. Infatti, benché, con tecnica approssimativa, l'ultimo periodo dell'art. 18, co. 1, faccia riferimento al regime del “presente articolo”, anziché del “presente comma”⁶⁰, non pare esservi dubbio sull'applicabilità, in detta ipotesi, di una tutela reale per così dire “piena”, in quanto diretta erede di quella tradizionale

⁵⁴ Cass. Sez. Un. 21 febbraio 1984 n. 1236, in *MGL*, 1984, p. 338; Cass. 5 giugno 2000 n. 7495, in *DeJure*; v. anche, recentemente, LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *ADL*, 2013, p. 258.

⁵⁵ Cass. 27 febbraio 2003 n. 3022, in *DeJure*.

⁵⁶ Cass. 24 marzo 2010 n. 7044, in *DeJure*, a proposito della validità di una comunicazione contenente, nell'intestazione e in calce, la denominazione dell'impresa ed il nome del titolare.

⁵⁷ D'ONGHIA, *op. cit.*, p. 364.

⁵⁸ Cass. 17 marzo 2009 n. 6447, in *GD*, 2009, n. 18, p. 67, che afferma la validità, al fine del rispetto della forma scritta, della riconsegna al prestatore del libretto di lavoro con l'indicazione della data di cessazione del rapporto.

⁵⁹ Ai fini dell'applicazione della tutela in questione la giurisprudenza ha condivisibilmente equiparato al licenziamento orale il caso delle dimissioni non validate ex art. 4, co. 17 ss., l. 92/12, stante l'inidoneità delle stesse a produrre l'estinzione del rapporto: v., in proposito, BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, in *RGL*, 2013, II, p. 338.

⁶⁰ Sembra, infatti, trattarsi di un refuso e non di una scelta consapevole dotata di un preciso significato.

prevista dall'art. 18 antecedentemente alla l. 92/12. Essa, pertanto, consisterà (art. 18, co. 2), oltre che nella reintegrazione nel posto di lavoro, nel diritto al risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum* come già ammesso dalla giurisprudenza pur nel silenzio della versione originaria della norma statutaria⁶¹, e comunque non inferiore a cinque mensilità. Tale indennità mantiene, dunque, una funzione complessa⁶²: restitutiva delle utilità perdute ed, al contempo, affittivo-sanzionatoria, in quanto volta a punire sia l'esercizio arbitrario del potere di recesso, stante il limite minimo comunque dovuto, già ritenuto costituzionalmente legittimo⁶³, sia l'inottemperanza all'ordine di reintegrazione, rispetto al cui adempimento funge altresì da coazione indiretta⁶⁴. A ciò si aggiunge l'obbligo datoriale di versare i contributi previdenziali ed assistenziali per lo stesso periodo⁶⁵. Merita, peraltro,

⁶¹ A differenza di quanto previsto nell'art. 18, co. 4, non si fa cenno invece alla deducibilità dell'*aliunde percipiendum*, che, al contrario, la giurisprudenza pregressa considerava. Poiché l'indennità è solo "commisurata" alla retribuzione, resta comunque la possibilità per il lavoratore di provare ulteriori danni, come già ammesso in precedenza: Cass. 13 luglio 2002 n. 10203, in *RIDL*, 2003, II, p. 380. Nel calcolo dell'*aliunde perceptum* non sono comunque da ricomprendere le somme *medio tempore* ricevute a titolo previdenziale (Cass. 19 novembre 2009 n. 24447, in *DeJure*), mentre più controversa è l'esclusione dal computo dell'indennità di disoccupazione (v., in senso opposto, Cass. 29 marzo 1996 n. 2906, in *GI*, 1997, I, 1, p. 178 e Cass. 16 marzo 2002 n. 3904, in *RIDL*, 2003, II, p. 124); inoltre, non ogni compenso percepito è suscettibile di essere detratto, ma solo quello ottenuto utilizzando la stessa capacità di lavoro liberata dal licenziamento: Cass. 20 febbraio 2003 n. 2529, in *RGL*, 2003, II, p. 328.

⁶² MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Tr. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2013, p. 741.

⁶³ C. Cost. 23 dicembre 1998 n. 420, in *DL*, 1999, II, p. 473 ss.

⁶⁴ La giurisprudenza si è infatti attestata nel senso di considerare il comportamento dovuto dal datore di lavoro quale *facere* infungibile ed incoercibile (per tutte, Cass. 18 giugno 2012 n. 9965, in *DE&L*, 2012, p. 815), rispetto al quale non sarebbe possibile ricorrere ad un'esecuzione in forma specifica, ad esempio tramite la nomina di un commissario *ad acta* che provveda alla riammissione in servizio del lavoratore ed all'assegnazione dei compiti (parla in proposito di "un'arma spuntata" NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, pp. 685-686; sull'inapplicabilità, qualora il datore corrisponda la retribuzione al lavoratore senza però consentirgli di svolgere la prestazione, dell'art. 388, co. 2, cod. pen., nella parte in cui punisce la condotta di chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile che prescrive misure cautelari a difesa del credito, Cass. Pen. 6 settembre 2012 n. 33907, in *DeJure*). Pertanto, l'unica forma di coazione all'adempimento risulta essere quella data dal pagamento dell'indennità risarcitoria; tale funzione, tuttavia, potrebbe risultare attenuata in ragione del fatto che le deduzioni ricordate nel testo riguardano tutto il periodo di estromissione, dunque anche quello successivo alla sentenza.

⁶⁵ Con riferimento all'analogo previsione del vecchio art. 18 St. lav., Cass. Sez. Un. 5 luglio

segnalare che l'aggiunta dell'aggettivo "ultima", ad opera della l. 92/12, ha indotto qualche interprete a dubitare della possibilità – che invece sembra doversi ancora ammettere – di tenere conto, ai fini del risarcimento, del trattamento economico che il lavoratore avrebbe ottenuto se avesse continuato a prestare la propria attività⁶⁶, reputandosi che l'effetto sia, al contrario, quello di congelare il riferimento alla retribuzione percepita prima del licenziamento⁶⁷.

La tutela apprestata risulta, pertanto, coerente con l'inidoneità dell'atto di recesso ad estinguere il rapporto, sebbene l'affermazione non possa intendersi in senso assoluto. Infatti, all'ordine di reintegrazione del giudice – e ferma restando la problematica questione della sua coercibilità⁶⁸ – deve seguire l'invito datoriale, rivolto senza particolari formalità al lavoratore pur se in modo concreto e specifico⁶⁹, di riprendere l'attività. Se la ripresa, però, non avviene entro i successivi trenta giorni, il rapporto si intende risolto. Similmente, ad analogo esito si giunge qualora il lavoratore, impregiudicato il suo diritto al risarcimento del danno, abbia optato per l'indennità sostitutiva della reintegrazione pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto⁷⁰. Come prevede l'attuale formulazione dell'art. 18, co. 3, la semplice richiesta – oggetto di un vero e proprio diritto potestativo da esercitarsi entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio se anteriore alla predetta comunicazione⁷¹ – è, per l'appunto, idonea ad estinguere immediatamente il rapporto⁷².

2007 n. 15143, in *FI*, 2008, I, c. 1204, ha chiarito che i contributi vanno commisurati a quella che sarebbe stata la normale retribuzione del lavoratore, anche se non coincidente con l'importo del danno liquidato in applicazione dei criteri di risarcimento fissati per legge.

⁶⁶ Cass. 27 giugno 2013 n. 16232, in *DeJure*.

⁶⁷ Così Trib. Milano 11 febbraio 2013, citata da FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 350; in dottrina, per tutti, cfr. le opposte posizioni di CHIECO, *op. cit.*, pp. 300-301 e CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *LG*, 2012, p. 864.

⁶⁸ V. *supra*, in questo par., nel testo e nota 64.

⁶⁹ V., rispettivamente, Cass. 13 gennaio 1993 n. 314, in *MGL*, 1993, p. 236 e Cass. 27 novembre 2013 n. 26519, in *GL*, 2014, n. 7, p. 34.

⁷⁰ Non assoggettata a contribuzione previdenziale: v. già Cass. 7 marzo 2003 n. 3487, in *MGL*, 2003, p. 568.

⁷¹ Tale anticipazione del termine, introdotta dalla l. 92/12, potrebbe danneggiare gravemente il lavoratore, costretto a decidere se esercitare, o meno, l'opzione senza conoscere le motivazioni della sentenza ancora non depositata, se non fosse che le caratteristiche del nuovo rito previsto per l'impugnazione del licenziamento possono consentirgli, all'esito della fase sommaria, di possedere gli elementi necessari per compiere una scelta consapevole: CHIECO, *op. cit.*, p. 298.

⁷² Per lungo tempo, prima della l. 92/12, l'orientamento giurisprudenziale prevalente

Semmai, novità potrebbero registrarsi a proposito della procedura di impugnazione. Al riguardo, merita, infatti, segnalare che il nuovo rito introdotto dall'art. 1, co. 47 ss., l. 92/12, cui sembra doversi riconoscere carattere obbligatorio⁷³, si applica alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18, che disciplina anche il recesso orale⁷⁴. Se è vero che la relativa azione va esercitata nel termine di centottanta giorni dall'impugnazione medesima fissato dall'art. 6, co. 2, l. 604/66, potrebbe doversi riconoscere la necessità, anche in questo caso, di tale atto, mancando, altrimenti, il *dies a quo* per la decorrenza del termine ricordato⁷⁵. In effetti, relativamente ai licenziamenti collettivi, l'ultimo periodo del nuovo art. 5, co. 3, l. 23 luglio 1991 n. 223, come modificato dalla l. 92/12, pare affermare l'operatività in via generale dell'art. 6, l. 604/66, essendo stata abro-

aveva ritenuto, invece, che il rapporto di lavoro, con connesso obbligo di risarcimento commisurato alla retribuzione, proseguisse fino all'effettivo pagamento dell'indennità sostitutiva (per tutte, Cass. 3 gennaio 2013 n. 41, in *GD*, 2013, n. 8, p. 74; *contra* Cass. 11 marzo 2013 n. 5950, in *DeJure*; Cass. 25 settembre 2012 n. 16228, in *GD*, 2012, n. 44, p. 71), fungendo detta prosecuzione da sanzione indiretta in caso di eventuali comportamenti dilatori (Cass. 27 novembre 2012 n. 21010, in *D&L*, 2012, p. 1055). Merita, tuttavia, segnalare il *revirement* compiuto da Cass. Sez. Un. 27 agosto 2014 n. 18353, in *DeJure*, che, componendo i contrasti recentemente registratisi sul punto, interpreta anche la regolamentazione precedente la riforma del 2012 nello stesso senso indicato da quest'ultima. Oggi, pertanto, alla ritardata corresponsione può seguire solo il pagamento degli interessi e della rivalutazione monetaria per tutto il periodo di mora. Peraltro, proprio in quanto idonea, ai sensi della nuova disciplina, ad estinguere immediatamente il rapporto, la richiesta concentrerebbe il comportamento debitorio in un'unica prestazione, secondo il modello tipico delle obbligazioni alternative, non con facoltà alternativa (nel cui schema essa era stata invece inquadrata vigente la normativa pregressa da C. Cost. 4 marzo 1992 n. 81, in *DL*, 1992, II, p. 126): Trib. Tortona 15 marzo 2013, in *GL*, 2013, n. 24, p. 16 ss., che trae da ciò la conclusione, contraria alla giurisprudenza finora maggioritaria, della trasmissibilità agli eredi del diritto alla predetta indennità.

⁷³ RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *LG*, 2013, p. 17; la questione, tuttavia, è dibattuta in giurisprudenza (v. FERRARESI, *op. cit.*, pp. 340-341), benché l'orientamento favorevole alla obbligatorietà del rito stia assumendo netta prevalenza: DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in *RGL*, 2013, II, p. 156 e ID., *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in BARBIERI, DALFINO, *op. cit.*, p. 66 ss.

⁷⁴ Si registrano comunque pronunce contrastanti sull'ammissibilità a detto rito delle controversie relative ai licenziamenti orali precedenti all'entrata in vigore della l. 92/12: BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime risposte giurisprudenziali*, cit., p. 338.

⁷⁵ MESITI, *Il licenziamento orale dopo la Riforma Fornero*, in *LG*, 2013, p. 331; secondo la giurisprudenza, in particolare, il *dies a quo* per il computo dei centottanta giorni decorrerebbe dalla data di spedizione dell'impugnazione: Trib. Torino 3 maggio 2014, in *GL*, 2014, n. 23, p. 16.

gata l'espressa esclusione dell'impugnazione per l'ipotesi del licenziamento orale, nonostante la conferma della sua inefficacia desumibile dal rinvio al regime di cui all'art. 18, co. 1, St. lav.⁷⁶.

La questione, però, sembra tutt'altro che certa, nella misura in cui il citato art. 6 continua a far decorrere il termine di sessanta giorni per l'impugnazione dalla comunicazione scritta del recesso⁷⁷, tanto che non mancano voci a sostegno della stessa inapplicabilità della decadenza anche nel caso del licenziamento collettivo⁷⁸, a prescindere dalla nuova formulazione dell'art. 5, co. 3, l. 223/91 testé ricordata. Questa opinione pare, in verità, da preferirsi, per l'appunto perché il regime delle decadenze regolamentato dalla l. 604/66 presuppone, per la propria operatività, la comunicazione scritta del licenziamento. Nella fattispecie in esame, al contrario, la presenza di una situazione di mero fatto renderebbe più difficile stabilire con certezza il *dies a quo* per la decorrenza del termine⁷⁹, potendo, ad esempio, porsi l'alternativa fra il giorno in cui il lavoratore ha cessato *coram populo* di prestare la propria attività ed il momento in cui lo stesso è venuto a conoscenza del licenziamento orale, con relativo onere della prova a carico del datore di lavoro.

Diversamente, nel caso del licenziamento intimato per iscritto, ma senza motivazione⁸⁰, potrebbe invece ritenersi pienamente applicabile la disciplina delle decadenze di cui all'art. 6, proprio in ragione della presenza di una comunicazione rispettosa delle prescrizioni in tema di forma scritta, laddove, come accennato, all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione nella "comunicazione...dei motivi, ove non contestuale" non sembra possa ormai attribuirsi più alcun significato⁸¹. La questione, tuttavia, risulta anche in questa ipotesi complicata dalla considerazione dell'imposizione contestuale della motivazione all'atto di recesso, con la conseguenza

⁷⁶ Il richiamo, benché impreciso, deve intendersi chiaramente comprensivo anche dei co. 2 e 3 della norma statutaria.

⁷⁷ Proprio in ragione di ciò, VALLEBONA, *op. cit.*, p. 45, continua ad escludere l'applicabilità di detto termine al licenziamento orale; v. anche BARRACO, SITZIA, *L'impugnazione del licenziamento*, in CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 261.

⁷⁸ SORDI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti collettivi*, in AA.Vv., *La riforma del lavoro*, cit., p. 356.

⁷⁹ V. anche D'ONGHIA, *Le modifiche procedurali: comunicazione dei motivi, conciliazione preventiva obbligatoria e revoca del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *op. cit.*, p. 262.

⁸⁰ Per le ragioni già precisate (v. *supra*, § 3.1), all'assenza di motivazione si ritiene debba essere equiparata anche in questo caso la genericità o l'incompletezza della medesima.

⁸¹ V. *supra*, § 3.

che l'onere di impugnazione parrebbe sorgere non in presenza di un qualsiasi provvedimento scritto, ma solo di un provvedimento scritto e contemporaneamente motivato. Coerentemente a ciò, nell'area di operatività della tutela obbligatoria, si è già osservato come dall'assenza di tale provvedimento derivi l'inidoneità del medesimo a produrre l'estinzione del rapporto con applicazione dei principi del diritto comune⁸² e, quindi – dovrebbe concludersi per logica – l'esclusione dell'applicabilità del termine decadenziale. Viceversa, nell'ambito coperto dall'art. 18 St. lav. la sanzione per il vizio di motivazione risulta ormai solo indennitaria⁸³, sul presupposto dell'adeguatezza dell'atto a far cessare il rapporto. Nondimeno, per non perpetuare un'ulteriore disparità di trattamento fra dipendenti di imprese di maggiori dimensioni e dipendenti di datori di lavoro "minori", e valorizzando altresì la qualificazione in termini di inefficacia (pur se impropria)⁸⁴ del recesso adottata dall'art. 18, co. 6, sembrerebbe preferibile ritenere che anche in questo caso non sorga in capo al lavoratore alcun onere di impugnazione *ex art. 6, co. 1, l. 604/66*.

4.2. ...ed in quello della l. 604/66 e del recesso ad nutum

Poiché il nuovo art. 18, co. 1, non figura tra le disposizioni richiamate dal successivo co. 8, che, come rilevato, fissa i limiti dimensionali per l'operatività dei commi dal quarto al settimo della norma statutaria, innovazioni importanti si registrano nell'area assistita dalla tutela obbligatoria.

Benché la formula legislativa non risulti del tutto chiara, tanto che alcuni interpreti continuano a porre la questione negli stessi termini di prima⁸⁵, tuttavia pare doversi ormai ritenere che, in presenza di un recesso non comunicato per iscritto, in quest'ambito non si applicherà più la tutela di diritto comune, ma quella reale "piena"⁸⁶.

⁸² V. *supra*, § 3.2.

⁸³ V. *supra*, § 3.1.

⁸⁴ V. *supra*, § 2.

⁸⁵ V. FALASCA, *op. cit.*, p. 327, il quale richiama le due tesi elaborate dalla giurisprudenza antecedentemente alla l. 92/12, ossia quella minoritaria, che faceva ricorso all'art. 8, l. 604/66 e quella, prevalente, che applicava l'inefficacia di diritto comune: v. *infra*, nel testo.

⁸⁶ V. anche Trib. Milano 13 febbraio 2013, in http://www.bollettinoadapt.it/old/site/home/indice-a-z/per_argomento/docCat.1947.1.1000.11.html_categorizzazione=0&cat=1431.html, che, in un caso di licenziamento orale, condanna la società a reintegrare il lavoratore, a prescindere dal numero dei dipendenti occupati; MARAZZA, *op. cit.*, p. 4; CARINCI E, *Il licenziamento inefficace*, cit., p. 870; GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi*:

Antecedentemente alla l. 92/12, infatti, al pari di quanto già osservato a proposito della violazione dell'obbligo di motivazione⁸⁷, anche in questa ipotesi il lavoratore avrebbe avuto diritto al risarcimento del danno secondo le regole sull'inadempimento delle obbligazioni. Ne conseguiva che, qualora la relativa azione fosse stata proposta tardivamente per dolo o colpa, sarebbe stato possibile ridurne l'ammontare ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. od escluderne addirittura la corresponsione qualora il datore di lavoro avesse dimostrato che l'inadempimento, o il ritardo, fossero determinati da impossibilità della prestazione dovuta a cause a lui non imputabili secondo l'art. 1218 cod. civ., come nel caso del prestatore che avesse rifiutato di riprendere l'attività⁸⁸. D'ora in poi, invece, sarà garantito al lavoratore il risarcimento minimo nella misura delle cinque mensilità, oltre al diritto di optare per l'indennità sostitutiva.

V'è da chiedersi se, alla luce della nuova formulazione dell'art. 18, co. 1, St. lav., ad analoga conclusione possa giungersi con riguardo anche ai dirigenti⁸⁹, nei cui confronti l'art. 2, co. 4, l. 604/66 estende l'obbligo di comunicazione per iscritto del recesso, ma, ovviamente, non quello di motivazione⁹⁰ (mentre il principio della libertà di forma continua ad operare

le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, cit., p. 239; CESTER, *Il progetto di riforma*, cit., p. 19; SORDI, *Il nuovo art. 18*, cit., p. 321; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, cit., p. 19; D'ONGHIA, *I vizi formali*, cit., p. 369; ROSSI, DE MOZZI, *op. cit.*, p. 203; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 243; TATARELLI, *op. cit.*, p. 449; in termini dubitativi, invece, TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 151.

⁸⁷ V. *supra*, § 3.2.

⁸⁸ Cass., Sez. Un., 27 luglio 1999 n. 508, cit.

⁸⁹ V. un cenno in MARESCA, *op. cit.*, p. 429, per il quale la tutela reale "piena" riguarda "tutti i lavoratori (compresi i dirigenti), anche se dipendenti da un datore di lavoro non imprenditore ed a prescindere dalle dimensioni occupazionali" e BARBIERI, *op. loc. ultt. citt.* ("... questo regime sanzionatorio è espressamente riferito anche ai dirigenti (co. 1)"); ancor più chiara la posizione di MARAZZA, *op. cit.*, p. 4, secondo cui la reintegrazione ad effetti risarcitori pieni "è la sanzione che continua ad operare per tutti i datori di lavoro e per tutte le categorie di lavoratori subordinati, dirigenti inclusi, in caso di licenziamento orale" e PELLACANI, *Il licenziamento del dirigente*, in *Id.* (a cura di), *I licenziamenti individuali*, cit., pp. 602-603, per il quale il dirigente potrà ora richiedere "la reintegrazione piena ed il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18, co. 2-3, St. Lav."; v. pure D'ONGHIA, *op. loc. ultt. cit.*

⁹⁰ Detto obbligo potrebbe però essere imposto dal contratto collettivo, nel qual caso la sua violazione determinerà il diritto a percepire l'indennità supplementare prevista in via negoziale: Trib. Pordenone 14 novembre 2012, in *GL*, 2013, n. 11, p. 23 ss.; invero, anche quando le formulazioni contrattuali non sono chiare nel parificare l'assenza sostanziale dei motivi alla

nelle altre ipotesi di recesso *ad nutum*). D'altra parte, già prima della l. 92/12 si discuteva se, a seguito del licenziamento intimato verbalmente, il dirigente avesse diritto solo all'indennità supplementare prevista dalla contrattazione collettiva, o alla reintegrazione, qualora si rientrasse nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav., o, ancora, se si dovessero applicare i principi del diritto comune⁹¹.

Anche in questo caso la formulazione della norma non appare esente da qualche ambiguità: "la presente disposizione si applica anche ai dirigenti" sembra, infatti, poter essere riferita con ragionevole certezza solo al primo periodo dell'art. 18, co. 1, che disciplina le conseguenze del licenziamento nullo. Vero è, tuttavia, che la scelta del legislatore del 2012 è stata, come osservato⁹², di equiparare il trattamento sanzionatorio del recesso orale per l'appunto a quello del recesso nullo, come si evince dall'ultimo periodo del comma citato. Sicché, una volta ammesso che al licenziamento del dirigente affetto da nullità consegue la reintegrazione del medesimo nel posto di lavoro secondo il regime di cui ai co. 1-3, pare che ad analogo esito si debba pervenire qualora lo stesso sia stato licenziato solo verbalmente.

Alla conclusione giusta la quale la sanzione per il recesso inefficace in quanto intimato oralmente sarebbe sempre la tutela reale "piena", a prescindere da ogni limitazione di tipo dimensionale o soggettivo, sembra potersi giungere anche confrontando i due testi dell'art. 18, ossia quello *ante* e *post* riforma. Infatti, com'è noto, il regime previgente già puniva con la reintegrazione il licenziamento orale, richiamando, in proposito, l'art. 2, l. 604/66, il cui comma 4 dichiara applicabile al dirigente, come ricordato, l'obbligo di comunicazione del recesso in forma scritta, cui consegue sempre, in caso di inosservanza, l'inefficacia del medesimo ai sensi del comma 3. In effetti, benché il citato comma 4 rimandi espressamente solo al co. 1, tuttavia, una volta esteso anche alla figura dirigenziale l'obbligo in parola, ne deriva altresì l'operatività

loro mancata esternazione, è la giurisprudenza ad operare tale equiparazione: v. PELLACANI, *op. ult. cit.*, p. 602, ed ivi per ampi riferimenti giurisprudenziali sul tema; com'è noto, infatti, nel residuale ambito di operatività del recesso *ad nutum* può configurarsi una tutela di tipo risarcitorio – di derivazione convenzionale ed aggiuntiva rispetto a quella legale consistente nel pagamento dell'indennità di mancato preavviso – per l'appunto per i dirigenti, allorquando, come ormai avviene usualmente, la disciplina negoziale imponga un obbligo di giustificazione per il loro licenziamento, con connessa indennità risarcitoria nei limiti previsti dal contratto per l'ipotesi di recesso ingiustificato.

⁹¹ TATARELLI, *op. cit.*, p. 268.

⁹² V. *supra*, § 4.1.

della sanzione prevista nel caso di sua violazione. Proprio il rinvio all'art. 2 nel suo insieme, da parte del “vecchio” art. 18 St. lav., avrebbe dovuto confermare l'opinione, poc'anzi ricordata, che attribuiva al dirigente licenziato verbalmente il diritto a vedersi riconosciuta la tutela reale, purché, però, nel campo di applicazione individuato dal co. 1 della norma statutaria. Tale esito pare fondato anche nell'attuale regime, con l'importante novità data dal superamento di ogni limite occupazionale altresì con riferimento al licenziamento orale del dirigente, dal momento che, come già osservato, il novellato art. 18, co. 1, St. lav. non è annoverato tra le disposizioni richiamate dal successivo co. 8 ai fini della loro applicabilità esclusivamente oltre le soglie numeriche ivi indicate.

5. *Considerazioni conclusive*

A voler trarre qualche conclusione dall'analisi compiuta, sembra inevitabile osservare che il legislatore pare essersi mosso trascurando l'assetto complessivo della materia, quasi che la riforma dell'art. 18 St. lav. non dovesse poi essere collocata, e letta, entro il più ampio quadro normativo cui è affidata la regolamentazione del potere di recesso del datore di lavoro anche al di sotto dei limiti dimensionali fissati dalla disposizione statutaria. Ne sono derivate conseguenze, verosimilmente nemmeno volute, a volte aberranti rispetto ai fini perseguiti (è il caso della maggior tutela che, in presenza di un licenziamento inefficace per vizio di motivazione, risulta accordata al lavoratore nell'area assistita dalla tutela obbligatoria rispetto a quella garantita nel campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.⁹³).

In effetti, ciò che pare carente è per l'appunto una visione d'insieme nella quale inserire i singoli interventi – a partire dalla modifica dell'art. 2, co. 2, l. 604/66⁹⁴ per proseguire con la novella dell'art. 18 St. lav. – che, invece, sembrano essere stati concepiti in un'ottica del tutto settoriale e parziale, tanto paiono ispirarsi a logiche radicalmente diverse, per non dire schizofreniche⁹⁵. Insomma, un legislatore che, forse anche perché mosso da intenti non sempre chiari e coerenti, sembra aver operato senza considerare le in-

⁹³ V. *supra*, § 3.2.

⁹⁴ V. *supra*, § 3.

⁹⁵ V. *supra*, § 3.1.

terdipendenze reciproche, e, pertanto, senza ponderare adeguatamente gli effetti complessivi del proprio agire.

Peraltro, la mancanza di un approccio di tipo sistematico non mette tutto sommato in discussione la tenuta del disegno legislativo generale nel caso di vizio formale consistente nell'assenza di forma scritta, benché, stanti le premesse testé sviluppate, il risultato sembri più frutto della casualità che non di una determinazione consapevole. Comunque, e pur se con qualche difficoltà interpretativa derivante da una formulazione non sempre perspicua del dato normativo, tuttavia superabile senza eccessive forzature, il quadro che ne emerge pare dotato di una certa coerenza, allorché riconduce tutte le ipotesi di licenziamento orale al regime di cui all'art. 18, co. 1, St. lav., senza limitazioni né di tipo dimensionale, né di natura soggettiva. Anzi, la scelta del trattamento sanzionatorio in questione non solo risulta in linea con la qualificazione in termini di inefficacia del recesso così viziato, ma, nei limiti per l'addietro specificati, comporta altresì un positivo incremento di tutela, rispetto alla situazione pregressa, con riferimento alla sfera di operatività della l. 604/66 e del recesso *ad nutum*⁹⁶.

Viceversa, è con riguardo all'inosservanza del requisito di motivazione che si registrano, come si accennava, criticità tali da rendere impossibile, almeno secondo le opzioni ermeneutiche qui accolte, un loro superamento in via interpretativa, tanto da doversi invocare l'intervento della Corte Costituzionale, per violazione, *in primis*, dell'art. 3 Cost. e del canone di ragionevolezza ivi espresso⁹⁷. Alla mancata visione di sistema, che ha generato incomprensibili disparità di trattamento tra l'area coperta dalla tutela obbligatoria e quella assistita dall'art. 18 St. lav., si aggiunge poi il ricorso del tutto approssimativo al diritto civile, il quale, in quest'ultimo ambito, ha partorito l'assurdo giuridico di un licenziamento (inefficace) soltanto apparentemente inidoneo a produrre effetti estintivi, e però sostanzialmente in grado di far cessare il rapporto di lavoro. Una scelta non solo troppo ardita anche per l'interprete meno avvezzo all'uso rigoroso delle categorie civilistiche, ma – ed è quel che più conta – pericolosamente riduttiva del livello di protezione in precedenza assicurato al lavoratore⁹⁸.

⁹⁶ V. *supra*, § 4.2.

⁹⁷ V. *supra*, § 3.2.

⁹⁸ V. *supra*, § 3.1.

Abstract

Il saggio mira ad analizzare, con specifico riferimento ai requisiti di forma, gli effetti prodottisi sulla disciplina del licenziamento in seguito alle modifiche apportate all'art. 18 St. lav. dalla l. 28 giugno 2012 n. 92. La questione è esaminata sia con riguardo al campo di applicazione della norma statutaria, sia in relazione all'ambito di operatività della l. 15 luglio 1966 n. 604 ed all'area della libera re cedibilità, al fine di verificare i profili di continuità e discontinuità rispetto al passato, nonché le eventuali criticità determinatesi in conseguenza del ricordato intervento legislativo.

The essay aims to analyze, with specific reference to the formal requirements, the effects produced on the discipline of the dismissal, following the modifications made to the art. 18 of the Worker's Statute by the Law 28 June 2012 n. 92. The question is examined both with regard to the scope of the statutory provision, both in relation to the practicability of the Law July 15, 1966 n. 604 and to the area of "*ad nutum* dismissal", in order to confirm the profiles of continuity and discontinuity with the past, as well as any problems that arose as a result of the mentioned legislative intervention.

Key words

Licenziamento, vizi formali, inefficacia, tutela reale, tutela obbligatoria, libera re cedibilità.

Dismissal, defects of form, ineffectiveness, real protection, obligatory protection, "*ad nutum* dismissal".

Giuseppe Meli
Clausole sociali. “*Fair-outsourcing*”
delle pubbliche amministrazioni
e paradigma della proporzionalità (Parte I)*

Sommario: **1.** Introduzione: il teorema della *social performance*. **2.** (*Segue*). Lo statuto sociale dell’integrazione europea. **3.** (*Segue*). Brevi cenni preliminari sul tema e sul metodo. **4.** Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l’ordinamento eurounitario. **5.** Diritto europeo degli appalti e clausole sociali.

1. Introduzione: il teorema della social performance

Una delle soluzioni del paradosso della felicità di Easterlin può essere la risposta alla crisi di identità dell’UE¹: non basta cercare di aumentare le utilità strumentali (prodotti, beni, servizi); in ultima analisi, occorre perseguire concretamente il fine ultimo del benessere sociale.

Sembra il segreto di Pulcinella, ma la confusione tra “valori mezzo” e “valori fine” è l’equivoco su cui si rischia di continuare a costruire l’integrazione europea, anche dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che – come ampiamente illustrato nella letteratura giuslavoristica² – ha rafforzato

* Per ragioni editoriali, il presente saggio viene pubblicato in questa rivista in due parti. Nella prima parte sono contenuti i §§ 1-5; nella seconda i §§ 6-8.

¹ Secondo la teoria dell’economista americano Richard Easterlin sarebbe empiricamente dimostrabile che nei Paesi più avanzati la crescita economica e l’aumento del reddito pro-capite non producono un incremento correlato di percezione diffusa di felicità soggettiva (EASTERLIN, *Does economic growth improve human lot? Some empirical evidence*, in DAVIS, REDER, *Nation and Households in economic growth: Essays in honor of Moses Abramowitz*, Academic Press, 1974).

² Tra gli altri, CARUSO, ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l’Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 82/2010.

le finalità sociali dell'UE e ha “costituzionalizzato” un ampio catalogo di diritti fondamentali.

In questo senso, l'analisi dei processi di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nell'ultimo ventennio appare emblematica per spiegare le aporie e gli effetti collaterali della mera ricerca della massimizzazione delle utilità strumentali: è noto che le declinazioni della dottrina del *new public management*³, al fine di perseguire i valori (mezzo) dell'economicità e dell'efficienza, abbiano prodotto prepotenti strategie di “esternalizzazione” (*outsourcing*) delle funzioni e dei servizi; per il cui effetto una vasta platea di lavoratori è stata sottratta al circuito del pubblico impiego, ed è stata sostanzialmente consegnata al mercato degli appalti⁴.

In questo ambito, la capacità di “penetrazione” dei postulati neoliberali, veicolati dalle Istituzioni economiche internazionali, è riuscita – per lungo tempo – a imporre un approccio “deregolativo”. Allo stesso tempo, la forza pervasiva della costituzione economica europea, attraverso i principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia in alcuni noti *leading cases*⁵, ha contestualmente indebolito le tecniche di protezione sociale dei lavoratori “esternalizzati”, per pretesa incompatibilità con le libertà economiche.

A livello nazionale, le “convulsioni” del legislatore (a corrente alternata⁶),

³ L'espressione venne coniata da HOOD, *A public management for all seasons?*, in *Public Administration*, 1991, pp. 3-19. Tra gli interventi più interessanti sul tema v. ENTWISTLE, MARINETTO, ASHWORTH, *New Labour, the new public management and changing forms of human resource management*, in *International Journal of Human Resource Management*, 2007, pp. 1569-1574. Da una prospettiva laburista v. anche CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 265 ss.

⁴ Con il termine “esternalizzazione”, nel linguaggio diffuso, s'indica un fenomeno polimorfo, al cui interno è possibile ricondurre politiche e iniziative di natura differente che si collocano in un generale programma di *downsizing* del settore pubblico, che riduce il proprio ambito di competenze e di gestione diretta, avendo effettuato a monte una scelta in ordine al ruolo di programmazione e di regolamentazione da riservare alle istituzioni pubbliche o, comunque, avendo definito un nuovo *core business* dell'amministrazione.

⁵ In particolare, C. Giust. 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Sager c. Demmeyer & Co. Ltd.* Più recentemente, C. Giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*; C. Giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd / Svenska Byggnadsarbetareförbundet e. a.*; C. Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*; C. Giust. 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*. Si tratta del gruppo di decisioni che nella letteratura giuslavoristica viene usualmente definito come “*Laval quartet*”.

⁶ Cfr. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscilla-*

hanno "pasticciato" notevolmente il quadro normativo, riversando sul *welfare* le tensioni sollevate dai problemi di finanza pubblica. A tale ultimo proposito, per esempio, l'affannoso inseguimento dei parametri del patto di stabilità e dell'equilibrio di bilancio ha spinto il legislatore nazionale, dopo un decennio di "esplosione" del fenomeno della società "in mano pubblica"⁷, a ridimensionare le operazioni di *outsourcing* mediante la tecnica della "privatizzazione formale", alla luce dei risultati operativi e finanziari negativi di molti di tali organismi⁸ (sostanzialmente a carico dell'Erario⁹). Per tale via, sono state introdotte norme di coordinamento finanziario che, da un lato, hanno stratificato in modo caotico obblighi di dismissione e di liquidazione delle partecipazioni; e, dall'altro, hanno interferito con l'autonomia organizzativa e con le politiche assunzionali di tali organismi societari¹⁰. Tali misure generano incertezza sulle sorti dei rapporti di lavoro, stretti tra le decisioni organizzative dei cessionari (privati) delle attività dismesse e i vincoli di contenimento della spesa di personale (nel caso di mantenimento della partecipazione societaria, ovvero di "reinternalizzazione" dell'attività). Tant'è, che già nel 2010 la Corte dei Conti, analizzando il fenomeno delle società partecipate dagli enti locali, e gli effetti delle misure legislative "punitive" che inauguravano il percorso di ridimensionamento delle partecipazioni non "*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*"¹¹, prospettava: "*una significativa ricaduta in termini sociali [...] con riferimento al personale che non potrà essere riassorbito dall'ente locale a seguito di liquidazioni societarie, o che verrà ceduto insieme al ramo d'azienda*"¹².

zioni del pendolo si fanno frenetiche), WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 79/2008, che, efficacemente, ha usato la metafora del pendolo per descrivere la saga delle riforme del lavoro pubblico nell'ultimo decennio.

⁷ Per approfondimenti sul tema v. CAMELLI, *Società pubbliche*, in ED, 2012, p. 1190 ss. Per un inquadramento statistico, cfr. Camera dei Deputati-Servizio Studi, *dossier su Le società a partecipazione pubblica*, Serie Documentazione e Ricerche n. 237 del 27 novembre 2011, in www.camera.it; ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, in www.astrid-online.it, 2008.

⁸ Cfr. C. Conti, sez. aut., 22 giugno 2010 n. 14 ("*Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province*").

⁹ Per una recente ricostruzione dello stato dell'arte del fenomeno delle partecipazioni societarie pubbliche, v. BONURA, *Le partecipazioni locali. Limiti alle assunzioni/detenzioni ed effetti su bilancio e personale*, iFEL Fondazione ANCI, 2013.

¹⁰ Da ultimo, v. l. 27 dicembre 2013 n. 147 (legge di stabilità 2014), art. 1, co. 550 ss.; e d.l. 24 aprile 2014 n. 66, art. 4, co. 12-bis, 13, 23.

¹¹ La locuzione è mutuata dalla l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), art. 3, co. 27.

¹² C. Conti n. 14/10, p. 43.

Il risultato finale di tali processi sul fattore lavoro in questo segmento di mercato – su cui non s’ignora incidano in negativo anche fattori esogeni alle politiche eurounitarie – appare empiricamente rilevabile: il *mix* tra strategie di esternalizzazione “spinta” e draconiane politiche di bilancio ha creato un bacino di lavoratori alla mercé delle vicende traslative nella gestione dei servizi, giacché, per effetto della metabolizzazione della “formula Sager”¹³, in via di fatto, sono state contestualmente indebolite le difese immunitarie dei sistemi di *welfare* nazionali nei confronti delle ipotesi di abuso delle libertà economiche e delle pratiche di *dumping*. Più in generale, è stata depotenziata la funzione regolativa dei contratti pubblici (e in particolare degli appalti) come strumento di conservazione di livelli adeguati di benessere sociale, di razionalizzazione del sistema produttivo, di regolamentazione delle forme di concorrenza tra gli imprenditori e miglioramento della qualità dei processi di produzione di beni e servizi¹⁴.

Senza esprimere alcun giudizio di valore sulle strategie economiche di *downsizing* di matrice neoliberale¹⁵, può evocarsi – anche in questo ambito – il pericolo di una *race to the bottom*, che rischia di non poter essere contrastata (*rectius*, governata) efficacemente dal momento che, seguendo il pensiero ortodosso eurounitario, l’ordinamento europeo dovrebbe tollerare un minimo dosaggio di misure nazionali di tutela del lavoro e dell’occupazione, a causa del potenziale conflitto con le libertà economiche fondamentali. Va da sé che in questo modo i processi di privatizzazione (formale e sostanziale) del mercato dei servizi pubblici si possano prestare a giustificare pratiche disinvolve di alleggerimento della spesa di personale, con “deportazione di massa” dei lavoratori addetti in un indefinito spazio di confine pubblico/privato, in cui le garanzie *standard* che dovrebbero assistere le operazioni di riduzione del personale e di trasferimento di azienda sono sopravanzate dalla spinta “de-regolativa” dei principi di liberalizzazione del mercato unico. Con buona pace del valore (*fine*) della “*parificazione nel progresso*”¹⁶, che viene sostanzial-

¹³ C. Giust. 25 luglio 1991, C-76/90. Sull’importanza della sentenza *Sager* cfr., tra gli altri, BARNARD, *The substantive law of the Eu. The four freedoms*, Oxford University Press, 2007, p. 375 ss.

¹⁴ Sulla funzione statutale di regolazione attraverso gli appalti pubblici v. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, 2006, I, p. 753.

¹⁵ Sebbene, come ricorda anche CARUSO, *op. cit.*, p. 6, nt. 8, le ricette del *new public management* siano da tempo oggetto di ripensamento anche nei Paesi che ne hanno visto la genesi (USA e Gran Bretagna). Sull’argomento cfr. DENHARDT, VINZANT DENHARDT, *The New Public Service: Serving Rather than Steering*, in *Public Administration Review*, 2000, p. 549 ss.

¹⁶ Cfr. art. 151 T.fue.

mente accantonato, con notevoli ricadute sociali, in un settore che vale il 18% del prodotto interno lordo dell'Unione Europea¹⁷.

Peraltro, un approccio (meramente) "deregolativo" al tema della produttività della pubblica amministrazione appare comunque inadeguato anche nella prospettiva "efficientista", nella misura in cui trascura che gli effetti sociali "collaterali" incidono anch'essi sulla *performance* dei modelli produttivi: nella letteratura giuridica ed economica è già stato ampiamente documentato il rapporto tra progresso sociale e capacità di esportazione dei sistemi economici, concludendo che in un contesto di garanzia di *labour standards* il capitale è maggiormente incentivato alla crescita professionale e all'efficienza produttiva¹⁸. Analogamente, da tempo risalente, il pensiero "solidarista/produttivista" ha messo in luce come la promozione sociale non assuma una mera funzione redistributiva, ma assurga anch'essa a fattore produttivo, che incide sulla *performance* economica dei sistemi¹⁹.

Il "*welfare-downgrading*" appare ineluttabile se si accetta il punto di vista del conformismo esecutivo che sminuisce la *social performance* dell'ordinamento europeo; da tale angolazione, la "frigidità sociale" delle esternalizzazioni è una sineddoche che esprime il fallimento del modello sociale europeo.

Eppure, sebbene le letture minimaliste della dimensione sociale dell'*outsourcing* seguano il solco (apparentemente) tracciato da alcuni arresti della Corte di Giustizia²⁰, la lenta ma progressiva evoluzione del diritto positivo dell'Unione dovrebbe consentire di preconizzare per il futuro la possibilità di metabolizzare soluzioni "non convenzionali" di (ri)bilanciamento tra libertà economiche, diritti sociali e finalità occupazionali²¹. Come efficace-

¹⁷ Tale stima della spesa per gli appalti pubblici è della *Comm. UE: COM (2011) 206* del 4 marzo 2011, recante *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*.

¹⁸ Sono note le teorie degli economisti keynesiani in merito al rapporto tra benessere sociale diffuso e sviluppo economico, tra cui, in prima fila, il premio Nobel Joseph Stiglitz, secondo il quale – in sintesi, e semplificando – se l'indice di Gini (ovvero l'indicatore di disuguaglianza inventato da un economista italiano, appunto Corrado Gini) aumenta, il moltiplicatore degli investimenti diminuisce, e dunque il PIL frena (sull'argomento v. STIGLITZ, *The price of inequality*, Penguin Books UK, 2013).

¹⁹ Cfr. PESSI, *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, p. 1242, che richiama DEAKIN, SEEGER, VAN DEN BERGH, *Law and economics in the labour market*, Elgar, 1999.

²⁰ V. nt. 5.

²¹ A ben vedere, segnali in tal senso possono trarsi anche dal Rapporto di Mario Monti

mente evidenziato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, “*la preminenza genetica delle libertà sulle tutele del lavoro e sui diritti sociali non è – nella giurisprudenza della Corte – giustificata sulla base di un’ontologica gerarchizzazione dei principi fondamentali del diritto comunitario. Nasce da specifici elementi di diritto positivo ed è di tipo funzionale. Tale preminenza, pertanto, non costituisce un dato consolidato e immanente all’ordinamento, ma è il punto provvisorio di arrivo di un processo in fieri. L’equilibrio nelle operazioni di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali, individuato di volta in volta dalla Corte di Giustizia è, peraltro, sempre riferito a casi concreti ed è strutturalmente mobile, dipendendo anche da processi legislativi in atto*”²². Se si prendono sul serio i progressi sociali del diritto dell’UE, è possibile intravedere degli spiragli nella fitta rete della costituzione economica, che consentono di sviluppare la narrazione laborista.

D'altronde, il “*minimalismo costituzionale*”, sia nella narrazione neoliberale, sia nelle letture “*da destra per una critica da sinistra*”, appare trascurare che il *Laval quartet*, che icasticamente descriverebbe l’irredimibile codice genetico “mercatasta” dell’Unione europea – per quanto possa suonare paradossale per le ortodossie antitetiche – può già essere considerato come il passaggio “*dall’integrazione dell’Europa attraverso il diritto (through law) all’integrazione attraverso i diritti, in particolare attraverso i diritti sociali (through social rights)*”. Nonostante il tenore del *decisum*, in tali arresti si registra il riconoscimento diretto e nominato dei diritti sociali come componente essenziale dell’identità europea²³.

Venendo al tema, è possibile ipotizzare che nell’ordinamento europeo vi sia *in nuce* uno strumentario a disposizione dei giuristi per riabilitare, nel quadro di un’azione generale di “*resocialisation*”²⁴, le misure nazionali che, nel rispetto del principio di proporzionalità, si prestano a tutelare esigenze im-

alla Commissione europea del 9 maggio 2010, *Una nuova strategia per il mercato unico – Al servizio dell’economia e della società europea*. Specificamente, cfr. p. 75.

²² CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato dell’Unione Europea. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, p. 748.

²³ I corsivi sono di CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: in-differenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 61/2008, p. 10 ss.

²⁴ Secondo l’espressione adoperata nell’opera recente più significativa sul tema della “*Social Europe*”, ossia CONTOURIS, FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013.

perative di tipo sociale nei processi di esternalizzazione, sebbene interferendo con la libertà di circolazione dei servizi. Di recente, Frank Hendrickx ha efficacemente esortato a un diverso "approach to European labour law", rammentando che "all the ingredients are present in the current legal framework to improve the functioning and the broader picture of European labour law as a part of resocialisation of Europe. In particular, change can be brought by using a fundamental rights approach in a proactive and promotional way"²⁵.

Non si tratta di alimentare rigurgiti dirigisti e politiche (neo)assistenzialiste; piuttosto, del tentativo di sollecitare – *ratione materiae* – l'effettivo coordinamento tra politiche economiche e politiche sociali, secondo un approccio di *social and economic mainstreaming*. Tale proposta metodologica, sul piano della filosofia economica, presuppone l'attualità del paradigma del liberalismo sociale²⁶ (nella trasposizione contemporanea del "neowelfareismo liberale"); e, al contempo, non si contrappone alle teorie che contestano l'eccesso di statalismo, nella misura in cui le strategie di affrancazione delle energie produttive dai vincoli del Leviatano siano comunque concretamente funzionali al modello eurounitario di "economia sociale di mercato"²⁷, e all'implementazione del valore (fine) della "parificazione nel progresso"²⁸.

2. (Segue). *Lo statuto sociale dell'integrazione europea*

Il tentativo di un approccio "sociale" al tema delle esternalizzazioni delle pubbliche amministrazioni presuppone una risposta affermativa a una

²⁵ HENDRICKX, *Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of Europe*, in CONTOURIS, FREEDLAND, *op. cit.*, p. 69.

²⁶ Per un intervento recente sul tema, QUADRO CURZIO, *Economia oltre la crisi. Come prevenire le recessioni, come assicurare benessere e prosperità*, La Scuola, 2012. Sul social-liberalismo cfr. BEVERIDGE, *La piena occupazione e la coscienza sociale*, in COLUCCI, *La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, Donzelli, 2010.

²⁷ Cfr. art. 3, par. 3, Tue.

²⁸ L'importanza delle negazioni del c.d. "ottimo paretiano" e il superamento di una visione "pan-mercatasta" sta alla base delle riflessioni del premio Nobel Amartya Sen sull'impossibilità di realizzare una società autenticamente liberale in assenza di misure correttive delle distorsioni del mercato (SEN, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, in *JPE*, 1970, pp. 152-157; più recentemente, *The idea of justice*, Mondadori, 2010). Per una rilettura dell'opera di Sen nella prospettiva giuslavoristica, v. DEL PUNTA, *Leggendo "The idea of justice", di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013, pp. 197-219.

domanda apparentemente banale: è possibile individuare nell'ordinamento europeo delle solide basi di diritto positivo che, astrattamente, si prestino a legittimare il perseguimento di obiettivi di tutela del lavoro e dell'occupazione nei processi di esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici?

In sintesi, e senza aspirare a fornire in questa sede una rappresentazione esaustiva delle norme "socialmente sensibili", giova rammentare che nel diritto dei trattati esiste certamente una "dorsale sociale" che parte dal (nuovo) art. 3 Tue e dalla costituzionalizzazione della Carta di Nizza (art. 6 Tue), passa attraverso l'art. 9 Tfu (clausola sociale orizzontale), e si inerpica sino ad assoggettare la politica economica al perseguimento, tra gli altri, degli obiettivi fondamentali di progresso sociale, piena occupazione, lotta contro l'esclusione (art. 120 Tfu)²⁹.

Sebbene sino a oggi siano prevalse esegesi riduttive della portata giuridica di tali disposizioni³⁰, dopo Lisbona il minimalismo interpretativo non trova effettive giustificazioni nell'architettura del diritto primario.

In primo luogo, la ridefinizione degli obiettivi dell'Unione nell'art. 3 Tfu è avvenuta attraverso un'evidente valorizzazione della dimensione sociale: in tal senso, appaiono sintomatici l'apparizione del paradigma dell'economia sociale di mercato; nonché il bilanciamento linguistico tra finalità economiche e finalità sociali, anche alla luce di una comparazione con i precedenti artt. 2 del Tue e del Tratt. Ce³¹.

Allo stesso modo, l'assorbimento nel diritto primario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ridimensiona, quantomeno da un punto di vista giuridico-formale, la primazia assoluta delle libertà economiche³².

Con riguardo alla clausola sociale orizzontale (cso) ex art. 9 Tfu, che fra le nuove disposizioni sociali dei Trattati risulta, allo stato, fra le più "effettive"³³, non può che condividersi la tesi di chi in dottrina suggerisce di ab-

²⁹ Per un'approfondita analisi delle disposizioni sociali dei Trattati si rinvia a CARUSO, ALAIMO, *op. cit.*

³⁰ Per tutti v. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in DPCE, 2009, p. 81.

³¹ Sul punto CARUSO, ALAIMO, *op. cit.*, pp. 12-14.

³² Tuttavia, in senso contrario, considerano irrilevante l'assetto giuridico che si determinerà con l'efficacia giuridica della Carta di Nizza rispetto agli orientamenti della Corte di Giustizia, tra gli altri, BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in LD, 2008, p. 371 ss.; ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca di un equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 66/2008.

³³ L'espressione è di ALAIMO, *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in RGL, 2013, I, p. 262; il riferimento specifico dell'A. è agli effetti

bandonare il *self-restraint* e propone di attribuire alla stessa la medesima efficacia giuridica vincolante che viene riconosciuta alle *gender e non discrimination mainstreaming clauses* (artt. 8 e 10 Tfu)³⁴. Si tratta, infatti, di una norma inserita tra le disposizioni di applicazione generale; il cui tenore letterale non si discosta significativamente da quello delle "gemelle" clausole antidiscriminatorie; e che non può essere ridotta a mera petizione di principio, a meno di voler svalutare arbitrariamente gli obiettivi sociali di cui all'art. 3 Tue³⁵. Nella logica del *mainstreaming* la clausola sociale informa trasversalmente le politiche dell'Unione³⁶ e assurge a *binding clause*³⁷ per la Corte di Giustizia, anche nell'ipotesi in cui sia denunciata una misura nazionale per il possibile contrasto con una libertà economica sancita dai Trattati. D'altronde, che il ridetto art. 9 costituisca una novità fondamentale del Trattato di Lisbona, nel senso sopradescritto, trova conferma nell'attività consultiva del Comitato economico e sociale europeo (Cese)³⁸ e del Comitato delle Regioni³⁹, e, più

"adattativi" (o di orientamento) che la clausola ha già prodotto nei documenti programmatici delle istituzioni e – elemento ancor più significativo – per l'influenza che essa potrà avere (come parametro di controllo) sulla futura azione di monitoraggio del Cese relativamente alle misure giuridiche e politiche dell'Unione.

³⁴ Cfr. CONTOURIS, FREEDLAND, *Epilogue. Resocialising Europe – looking back and thinking forward*, in CONTOURIS, FREEDLAND (eds.), *op. cit.*, p. 496. Sul punto v. anche BRONZINI, *Il modello sociale nel Trattato di Lisbona*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, 2008, p. 126, ove l'A. evidenzia come gli artt. 9 e 10 intendono chiaramente impedire che "le misure di natura economica o di rafforzamento della competitività della 'zona Europa' prevalgano su quegli obiettivi anti-discriminatori, di coesione e solidarietà che l'Unione ha voluto accogliere fra i suoi principi-obiettivi".

³⁵ FERRARA, *L'integrazione europea attraverso il "social test": la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in RGL, 2013, I, pp. 311–312. Diversamente, per una lettura riduttiva della clausola, v. PAPADIMISTRIOU, COPELAND, *The Eu's Lisbon strategy: evaluating success, understanding failure*, MacMillan, 2012, p. 106; VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in RGL, 2012, I, p. 46; CANTARO, *La politica dell'occupazione*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Giuffrè, 2008, III, p. 748 ss.

³⁶ Com'è noto, l'implementazione della clausola passa attraverso le procedure di c.d. *Impact assessment* (che può tradursi in termini di "valutazione d'impatto sociale"). Cfr. VIELLE, *How the horizontal social clause can be made to work: the lessons of gender mainstreaming*, in *Etui policy brief European social policy*, 2010, p. 2 ss.

³⁷ PIRIS, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge University Press, 2010, p. 310. Sull'estensione al controllo della Corte di Giustizia si veda anche LECOMTE, *Embedding employment rights in Europe*, in CJEL, 2011, p.10. In senso adesivo ALAIMO, *op. ult. cit.*, p. 262.

³⁸ *Ex pluribus*, cfr. parere Cese (2012/C 24/06) del 26 ottobre 2011 (*Rafforzare coesione sociale e coordinamento Ue in campo sociale grazie alla nuova CSO di cui all'art. 9 Tfu*), ove si legge che la clausola è diritto primario dell'UE e si applica a tutte le politiche europee.

³⁹ In particolare, parere 2011/C 166/09 del 10 aprile 2011, punto 52, ove si rappresenta

timidamente, negli atti del Parlamento europeo⁴⁰; sebbene, allo stato, la Commissione si sia astenuta dal pronunciarsi esplicitamente sulla portata della disposizione in parola⁴¹.

Certamente, non può ignorarsi che gli esiti sul diritto vivente di tali innovazioni restino sospesi; viepiù in ragione del permanere di nodi irrisolti in ordine al modello sociale europeo: nel Tfuè la formula “*economia sociale di mercato*” è trasfigurata nella più tradizionale “*economia di mercato aperta e in libera concorrenza*” (artt. 119–120); l’implementazione delle politiche sociali eurounitarie, sempre più affidata al metodo aperto di coordinamento, presenta evidenti elementi di debolezza regolativa⁴²; l’applicazione in via diretta dei diritti declinati nella Carta di Nizza deve essere ancora compiutamente verificata.

Ciò nonostante, appare comunque discutibile la prassi di svilire la portata delle disposizioni di carattere sociale, sulla base di un diffuso pregiudizio nei confronti della effettiva capacità evolutiva dell’ordinamento eurounitario. Diversamente, occorre prendere atto della trasformazione del quadro costituzionale europeo, accettando al contempo che la mutazione genetica della costituzione economica non possa che essere metabolizzata per piccoli passi, attraverso il metodo del bilanciamento; i cui risultati, però, non dovranno essere misurati assumendo quale parametro il *social acquis* dei singoli Stati membri, dal momento che l’accentuato pluralismo (di fonti, modelli, principi, valori, interessi, ecc.) dell’ordinamento multilivello dà vita a un “*sistema aperto*”⁴³, in

che le quattro libertà economiche del mercato unico e il bilancio dell’UE devono essere compatibili con la clausola sociale orizzontale

⁴⁰ Nella Risoluzione del Parlamento UE (2012/C 380 E/08), per esempio, si pone in evidenza che la clausola sociale orizzontale rientra tra i principi generali dell’UE; più significativamente, nelle Risoluzioni 2012/C 188 E/09 e 2012/C 70 E/04, in sostanza, si afferma che la Commissione e il Consiglio sono tenuti ad attuarla.

⁴¹ Sull’argomento v. la comunicazione della Commissione UE COM (2010) 608 del 27 ottobre 2010. Il documento, pur essendo prevalentemente incentrato sui profili della competizione e della crescita, riconosce che la cso, “*ormai scolpita nel trattato sull’Unione europea [...] consente di valutare la pertinenza di tutte le misure politiche in funzione delle loro conseguenze sociali*”.

⁴² Per un’approfondita trattazione del tema si rinvia ad ALAIMO, *Da “Lisbona 2000” a “Europa 2020”*. Il “*modello sociale europeo*” al tempo della crisi: bilanci e prospettive, in RIDL, 2012, III, p. 219 ss.

⁴³ Un “*sistema aperto*”, secondo Norberto Bobbio, è quello in cui “*la maggior parte delle regole sono o vengono considerate allo stato fluido, e in continua trasformazione*”, senza “*una netta linea di demarcazione tra fonti materiali e fonti formali, e al giurista viene attribuito il compito di collaborare insieme con il legislatore e col giudice all’opera di creazione del nuovo diritto*” (BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, 1977, p. 48).

cui il punto di equilibrio tra diritti fondamentali in potenziale conflitto è pressoché inedito (e mobile)⁴⁴.

Sotto altro profilo, estremizzando, l'exasperato *self-restraint* sociale rischia di alimentare in ambito sovranazionale una pericolosa divaricazione tra (nuova) costituzione formale e costituzione materiale: la rassegnazione all'ineluttabile prevalenza nel diritto vivente delle libertà economiche, nonostante gli innegabili progressi del diritto positivo, potrebbe suonare come una resa di fronte alla *vis* espansiva dei mercati e dell'ordine economico, riducendo le disposizioni sociali e le Carte dei diritti a semplice feticcio. Con il pericolo di nutrire in questo modo il brodo di coltura in cui si sviluppa la retorica dei movimenti antieuropei, che hanno riscosso notevole successo alle ultime elezioni per il Parlamento dell'UE.

Non si tratta di auspicare un'iper-regolazione nella prospettiva di un super *welfare state* europeo; quanto piuttosto di sollecitare una dimensione giuridica per il mercato unico, funzionale al perseguimento degli obiettivi (presi sul serio) dell'integrazione: "*Una Costituzione che accoglie l'apertura del mercato, dunque, non deve affatto rinunciare a regolarlo. Ma non deve dimenticare che esso deve esser regolato per la tutela di tutti gli interessi costituzionali puntualmente identificati e assicurando il contemperamento di tutte le libertà individuali in gioco. Per dare una dimensione giuridica al mercato è indispensabile restare all'interno del quadro costituzionale e quindi negare l'autosufficienza di regole del tutto impermeabili agli altri indici o valori che caratterizzano l'ordinamento nella sua globalità. Non si deve insomma pensare di dovere regolare il mercato ... per il mercato. Non esiste solo una (troppo astratta e vaga) regolazione pro-concorrenziale [...]*"⁴⁵.

Di fronte all'ampliamento del catalogo dei valori primari dell'UE non appare giustificabile l'integralismo funzionalista nella cui prospettiva il libero mercato concorrenziale assume un valore ontologico in sé, anziché per la sua strumentalità a soddisfare le pretese dei singoli.

3. (Segue). *Brevi cenni preliminari sul tema e sul metodo*

Nella letteratura giuslavoristica le disposizioni – di fonte legale o contrattuale – che stabiliscono particolari oneri a carico di un'attività economica

⁴⁴ Cfr. CARUSO, *op. cit.*, nt. 22, pp. 749-750.

⁴⁵ CINTIOLI, *L'art. 41 Cost. tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *DeS*, 2009, p. 394.

per finalità di tutela delle condizioni di lavoro e dell'occupazione hanno tradizionalmente assunto la generica denominazione di "clausole sociali"⁴⁶.

Guardando indietro, nel commercio globale la ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze del libero mercato e tutela dei lavoratori (e dei sistemi nazionali di *welfare*), ha rappresentato una costante del diritto internazionale del lavoro per lungo tempo: già nel 1949 la Conferenza generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) approvava il testo di una convenzione sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica⁴⁷. In Europa, negli Stati nazionali, l'affermazione del modello dello "Stato sociale di diritto" ha prodotto legislazione protettive (e protezionistiche) di limitazione della libertà economica privata per finalità sociali anche nel settore degli affidamenti pubblici (di appalti, concessioni, benefici e agevolazioni). Nel nostro ordinamento l'art. 41 Cost. ha alimentato politiche regolative promozionali del lavoro, il cui paradigma è divenuto l'art. 36 St. lav.⁴⁸, che ha generalizzato l'obbligo di rispettare i trattamenti minimi previsti dai contratti collettivi di lavoro da parte delle imprese private in rapporto con la pubblica amministrazione⁴⁹. Allo stesso modo, nel medesimo ambito è divenuto uso negoziale l'imposizione – per tramite dei capitolati, ovvero dei contratti collettivi – di oneri d'impiego di manodopera⁵⁰.

⁴⁶ Sul tema delle clausole sociali nel commercio internazionale, v. PERULLI, *Clausola sociale*, in *ED*, 2014, VII, p. 187 ss.; ID., *Diritto del lavoro e globalizzazione - Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999.

⁴⁷ Per una consultazione del testo www.ilo.org. Al riguardo, osservava MANCINI, *Sub art. 36*, in *Comm. Scialoja-Branca*, p. 546, come, preso atto della mancata applicazione dell'art. 39 Cost., co. 2, 3 e 4, il legislatore, dopo la ratifica della Convenzione OIL n. 94, avvenuta con la legge 2 agosto 1952 n. 1305, avrebbe preso ad adottare in questo settore una linea di politica del diritto che garantiva il rispetto dei livelli retributivi minimi previsti dalla contrattazione collettiva, senza incorrere in violazione dello stesso art. 39 Cost.

⁴⁸ Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 542 ss. Con la sentenza C. Cost. 19 giugno 1998 n. 226, in www.cortecostituzionale.it, la Consulta ha esteso l'ambito di applicazione della norma, testualmente circoscritto al settore dei lavori pubblici, anche alle concessioni di servizi.

⁴⁹ Per un'ampia rassegna delle norme settoriali v. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, p. 134 ss. Come ricorda l'A., il primo esempio rilevante di clausola sociale si rinviene addirittura nell'art. 357, l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F sui lavori pubblici.

⁵⁰ Così, per esempio, la normativa di ausilio finanziario alle imprese negli anni settanta (tra gli altri, l. 12 agosto 1977 n. 675, art. 9). Analogamente, i provvedimenti legislativi di liberalizzazione dei servizi pubblici degli anni novanta hanno previsto forme di protezione sociale dei lavoratori coinvolti (nel settore trasporto pubblico locale, d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422,

Il processo di integrazione europea, la forza espansiva dell'armonizzazione funzionalista, e la messa al bando di "qualsiasi restrizione indistintamente applicabile" alla libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato unico⁵¹, hanno ridimensionato la capacità regolativa degli ordinamenti statuali, specie nei settori sottoposti al processo di liberalizzazione; per l'effetto è suonato un *early warning* anche nei confronti delle clausole sociali, per il potenziale conflitto con il principio dello Stato d'origine, che, in sostanza, dovrebbe informare la circolazione transazionale dei servizi.

Per tale ragione, è utile approfondire il tema della compatibilità con l'ordinamento dell'UE delle tecniche di tutela dei lavoratori impiegati in regime di "esternalizzazione", adoperando il paradigma dell'appalto per testare il formante giurisprudenziale e la cornice di norme e principi: ciò, essenzialmente, perché si tratta della forma di *outsourcing* di servizi pubblici (in senso "atecnico") largamente prevalente⁵². A tal fine, nel prosieguo si esaminerà il funzionamento delle clausole sociali negli avvicendamenti delle attività affidate "all'esterno", proponendo una classificazione delle stesse basata sulla distinzione in due categorie, in relazione alla diversa funzione cui concretamente assolvono: seguendo questo criterio, appartengono a un primo tipo quelle che perseguono finalità di tutela dell'occupazione, in termini di salvaguardia dei lavoratori già impiegati in una certa attività economica ("clausole di assorbimento"), ovvero di promozione dell'assunzione di lavoratori inoccupati ("clausole promozionali"); fanno parte del secondo tipo le misure che si prefiggono di tutelare gli *standards* di lavoro, attraverso l'imposizione di specifici trattamenti economici e/o normativi, privi *ex se* di efficacia *erga omnes* ("*labour standards clauses*")⁵³. Specificamente, si analizzerà

art. 19; nel settore dei servizi aeroportuali, il d.lgs. 13 gennaio 1999 n. 18; nel settore dell'energia elettrica, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79, art. 8).

⁵¹ Secondo la richiamata "formula Sager".

⁵² E sul quale insistono un numero cospicuo di norme e pronunciamenti delle autorità giurisdizionali e amministrative. Un rapporto Istat del 2003 metteva in evidenza che in Italia, già allora, nel settore dei servizi ivi definiti "interni" (vigilanza, sicurezza, manutenzione ecc.) la percentuale (del campione) di enti e amministrazioni che avevano adottato politiche di esternalizzazione era in media superiore al 70%; nel settore dei servizi informativi e informatici del 90%; e in quello dei servizi c.d. "finali" (rifiuti, socio-assistenziali, a rilevanza economica in generale) del 40% (v. Istat, *Statistiche delle amministrazioni pubbliche*, in www.istat.it/dati/catalogo/20070227_01, 2003, in www.istat.it).

⁵³ In dottrina è frequente e diffusa la distinzione tra clausole "di prima generazione" (quelle sui trattamenti) e clausole "di seconda generazione" (quelle occupazionali). Così, da ultimo, ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, 2013, p. 162.

l'interazione tra diritto eurounitario e “clausole sociali occupazionali”, con brevi accenni al tema della compatibilità delle clausole del secondo tipo, per la cui più ampia trattazione sia consentito rinviare a un precedente lavoro⁵⁴. Con l'avvertenza che tali misure non esauriscono comunque la dimensione “sociale” degli appalti pubblici⁵⁵.

Le considerazioni e le conclusioni che si rasseggeranno sullo statuto europeo delle clausole sociali, *mutatis mutandis*, potranno essere estese – per analogia, e con gli opportuni adattamenti – anche alle misure a effetto equipollente adoperate nelle diverse fattispecie traslative, caratterizzate anch'esse dalla dismissione della titolarità di attività e di funzioni da parte della pubblica amministrazione.

4. *Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l'ordinamento eurounitario*

Il pensiero ortodosso eurounitario utilizza essenzialmente il *leading case* *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*⁵⁶, in tema di liberalizzazione dei servizi di *handling* aeroportuale, per ricostruire la cornice di principi europei che neutralizzerebbero l'efficacia delle clausole di assorbimento negli appalti pubblici⁵⁷. In questa prospettiva, in sintesi, l'imposizione di oneri assunzionali ostacola il pieno dispiegarsi della libertà di circolazione dei servizi dal momento che – specie ai nuovi operatori – non consente di avvalersi appieno del costo del lavoro come fattore concorrenziale; ne consegue che sono potenzialmente illegittime tutte le disposizioni (di legge, dei contratti collet-

⁵⁴ MELI, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici, obbligo di applicazione dei contratti collettivi e diritto comunitario: il caso Ruffert e la sindrome (italiana) dello struzzo*, in *LPA*, 2012, II, p. 570 ss.

⁵⁵ Su cui v. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*. *IT* - 196/2014, p. 21 ss.

⁵⁶ C. Giust. 9 dicembre 2004, C-460/2002; conf. C. Giust. 14 luglio 2005, C-386/2003, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania*. In sostanza, la disciplina italiana e quella tedesca avevano previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale “l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita”. Sull'argomento v. PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *RGL*, 2006, II, p. 44.

⁵⁷ COSTANTINI, *op. cit.*

tivi, dei capitolati d'appalto) che stabiliscono una regola di continuità dei rapporti di lavoro in essere con il precedente gestore del servizio.

Pur tuttavia, è possibile porre in dubbio l'ineluttabilità di tale conclusione, sulla base di una rilettura del diritto positivo e della giurisprudenza europea.

Innanzitutto, l'idiosincrasia nei confronti delle clausole di assorbimento pone non trascurabili problemi di coerenza e logicità dell'ordinamento sovranazionale.

Non può sfuggire che le vicende traslative triangolari che caratterizzano la successione negli appalti pubblici, astrattamente, ricadano nel perimetro di applicazione della dir. 2001/23/CE del 12 marzo 2001 (relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese); e che, al contempo, vi sia affinità tra la funzione conservativa delle clausole di assorbimento e il principio di continuità su cui è costruito il meccanismo di tutela nelle operazioni di trasferimento d'azienda.

Peraltro, è noto che la Corte di Giustizia abbia ripetutamente riconosciuto che la successione in un appalto (di servizi) affidato da un committente pubblico possa rientrare nell'alveo della direttiva 2001/23⁵⁸ (sebbene il legislatore italiano abbia al riguardo introdotto una disposizione chiaramente contraria al diritto vivente europeo⁵⁹).

Tant'è che, in passato, la dottrina, sulla scorta delle soluzioni adottate dalla Corte di Giustizia in fattispecie relative a grandi operazioni di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni⁶⁰, ha efficacemente osservato che la disciplina del trasferimento d'azienda "si candida sempre più a costituire una sorta di *statuto minimo dei diritti dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione, garantendo in molti casi il mantenimento delle tutele godute dai lavoratori presso il (pre)cedente datore di lavoro pubblico*"⁶¹.

⁵⁸ Cfr. C. Giust. 25 gennaio 2001, C-172/99, *Oy Likenne Ab. c. Pekka Liskjarvi e Pentti Jun-tunen*; C. Giust. 10 dicembre 1998, C-247/96, *Horst Ziemann c. Ziemann Sicherheit GmbH e Horst Bohn Sicherheitsdienst*; C. Giust. 10 dicembre 1998, C-173/96, *Francisca Sánchez Hidalgo e a. c. Asociación de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Minerva*.

⁵⁹ Il riferimento è al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, art. 29.

⁶⁰ Tra gli altri, C. Giust. 6 novembre 2003, C-4/01, *Serene Martin, Rohit Daby e Brian Willis c. South Bank University*; C. Giust. 14 settembre 2000, C-343/98, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia s.p.a.* Le pronunce riguardano, rispettivamente, la privatizzazione britannica di servizi precedentemente svolti *in house* dal *National Health Service* e la privatizzazione italiana del settore dei servizi telefonici.

⁶¹ LO FARO, *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in SCIARRA, CARUSO, *op. cit.*, p. 439.

Secondo la prospettiva degli epigoni della giurisprudenza di *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* del 2002 la tutela della continuità dei rapporti di lavoro pare essere concepita, esclusivamente, proprio entro i confini della nozione comunitaria di trasferimento d'azienda; con conseguente incompatibilità delle soluzioni nazionali che estendono (ovvero, generalizzano) il meccanismo di passaggio degli addetti all'attività economica che si trasferisce.

Volendo trarre appieno le implicazioni di tale esegesi, che pregiudizialmente mette al bando le clausole di assorbimento, si rischia di provocare un corto circuito: allorché la manodopera costituisca il fattore di produzione principale dell'attività economica organizzata che si trasferisce (*rectius*, "esternalizza"), il passaggio di tale *asset*, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia⁶², può divenire condizione determinante ai fini dell'integrazione della fattispecie di trasferimento d'azienda, con la conseguente applicazione del relativo sistema di tutele; ma se negli appalti pubblici le clausole (di legge, di contratto collettivo o della *lex specialis* della procedura di aggiudicazione) che stabiliscono il passaggio del fattore lavoro sono *a priori* illegittime, va da sé che la condizione in questione rischia di divenire concretamente impossibile. Per tale via, l'inclusione delle vicende traslative dei servizi pubblici nell'alveo della direttiva 2001/23⁶³ finisce per obliterare i poteri regolativi delle pubbliche amministrazioni nelle operazioni di esternalizzazione, "imprigionati" in una irrazionale logica circolare. Detto altrimenti, la nozione di azienda trasferita, faticosamente assestata sul binomio continuazione dell'attività/conservazione dell'identità, nel caso di attività c.d. *labour intensive* (che costituiscono l'*hard core* dei processi di esternalizzazione delle pp.aa.), difficilmente potrà essere integrata se il passaggio del fattore lavoro non può essere legittimamente previsto tra le condizioni di affidamento dei contratti pubblici; con l'effetto di neutralizzare a monte lo statuto europeo dei lavoratori "trasferiti", ridotto a mera ipotesi di scuola⁶⁴.

⁶² *Ex aliis*, Trib. UE 9 settembre 2009, T-437/05, *Brink's Security Luxembourg SA c. Commissione delle Comunità europee*; C. Giust. 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco Service Industries SA c. Samir Imzilyen e altri*; C. Giust. 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*.

⁶³ Ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. c.

⁶⁴ Per il resto, rispetto ai servizi "promiscui", in cui il fattore lavoro sia soltanto uno degli *asset* dell'azienda, è plausibile che l'ipotetica incompatibilità della clausole di assorbimento sia comunque sopravanzata dal trasferimento degli altri fattori (committente/utenti, metodi di produzione, attrezzature), con conseguente applicazione della regola di continuità ai sensi della dir.

Diversamente, una riabilitazione delle clausole di assorbimento, fatto salvo il doveroso *test* di proporzionalità, consente di restituire logicità e coerenza all'ordinamento multilivello, nella misura in cui permette di contemperare effettivamente, caso per caso, gli obiettivi sociali declinati dal diritto primario, e le finalità sociali perseguite dal diritto derivato⁶⁵, con le libertà economiche.

Al riguardo, vengono in soccorso elementi di carattere generale, nonché argomenti di carattere specifico.

Sotto il primo profilo, oltre alla rinvigorita dimensione sociale dei Trattati, occorre rammentare che la Corte di Giustizia ha tradizionalmente arruolato la tutela dei lavoratori tra le "ragioni imperative di interesse generale", astrattamente abilitate a limitare le libertà economiche⁶⁶.

È altresì indiscutibile che il principio di "insensibilità" dei rapporti di lavoro rispetto alle operazioni di avvicendamento nella titolarità di un'attività economica, per tramite delle direttive sul trasferimento d'azienda, sia entrato a far parte dell'*acquis communautaire* sin dagli anni settanta; ragion per cui, non potrebbe dubitarsi che le misure sociali nazionali che – in via complementare o sussidiaria – concorrono ad assicurare l'effetto di continuità del fattore lavoro, e gli obiettivi di protezione indicati dal diritto derivato⁶⁷, possano risultare compatibili con il diritto dell'UE. D'altronde, proprio nella direttiva 2001/23 è contenuta una clausola di *favor* (art. 8), che consente agli Stati membri di "applicare o di introdurre disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori": ebbene, non v'è ragione per escludere che l'ampliamento della nozione di trasferimento d'azienda, anche attraverso l'utilizzo di clausole di assorbimento, possa costituire proprio una legittima modalità di applicazione "di disposizioni più favorevoli"⁶⁸.

2001/23. Sul punto cfr. C. Giust. 15 dicembre 2005, C-232/04 e C-233/04, *Nurten Güney-Görres, Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kotter Aviation Security GmbH & Co. KG*; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/2001, *Carlito Abler e a. c. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*.

⁶⁵ Cfr. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in CARUSO, SCIARRA, Massimo D'Antona. *Opere*, Giuffrè, 2000, I, p. 331; LO FARO, *op. ult. cit.*, p. 395.

⁶⁶ C. Giust. 25 ottobre 2001, C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*; C. Giust. 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*; C. Giust. 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*; C. Giust. 12 dicembre 1996, C-3/95, *Guiot*; C. Giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Seco e Desquenne & Giral*; C. Giust. 3 febbraio 1982, C-62/81 e C-63/81, *Webb*.

⁶⁷ Cfr. dir. 2001/23, cons. 3.

⁶⁸ In termini, CARABELLI, LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le*

Una conferma in tal senso viene dai principi enucleati dalla Corte di Giustizia in un recente arresto⁶⁹, in cui, in sede di interpretazione pregiudiziale della direttiva 2001/23, i giudici lussemburghesi, richiamando proprio il contenuto del ridetto art. 8, hanno chiarito che la circostanza che una fattispecie traslativa non integri i presupposti del trasferimento d'azienda non osta a che un Stato membro garantisca comunque il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore⁷⁰: “*la direttiva summenzionata è intesa soltanto ad un'armonizzazione parziale della materia in oggetto, e non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l'Unione secondo criteri comuni, bensì a garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, allo stesso modo in cui lo era nei suoi rapporti con il cedente, in forza delle norme giuridiche dello Stato membro interessato*”⁷¹.

Passando poi nello specifico all'analisi del presunto valore “sistemico” della sentenza 460/02, giova far rilevare che il percorso argomentativo ivi seguito pare invero essere stato condizionato dagli specifici parametri del giudizio di conformità: si è trattato di valutare la compatibilità del diritto italiano con le finalità della direttiva 96/67/CE del 15 ottobre 1996, ossia – in primo luogo – “*l'apertura dei mercati interessati*” e “*la creazione delle condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria*”; e, a differenza della casistica richiamata in precedenza, nella fattispecie la ponderazione dei valori in conflitto era già stata effettuata a monte del legislatore europeo, con una precisa opzione in ordine alla gerarchizzazione degli interessi.

Per questa ragione, in carenza di diritto derivato, prendendo sul serio il catalogo dei valori primari dell'integrazione eurolunitaria, e superando l'approccio minimalista secondo cui la direttiva 2001/23 avrebbe già fissato il limite massimo di “flessibilità sociale” dell'ordinamento dell'UE, l'esito censorio non potrebbe essere scontato.

Piuttosto, il principio di continuità dei rapporti di lavoro viene assorbito nella dimensione procedurale del giudizio di proporzionalità. Si tratta di un modello “riflessivo”, in cui il controllo diffuso di proporzionalità delle misure di tutela deve ritenersi governato dall'opzione politica raffigurata nei Trattati

clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT – 35/2005, p. 42 ss.

⁶⁹ C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12, *Armatori e a. c. Telecom Italia s.p.a. e a.*

⁷⁰ Cfr. parr. 37-40.

⁷¹ Par. 41. Per un'applicazione (non lineare) dei principi affermati in tale pronuncia del Giudice europeo v. Cass. 29 maggio 2014 n. 12103, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

europei⁷², ove la simmetria istituzionale degli interessi in gioco fa assumere alla tecnica del bilanciamento un tratto accentuatamente "matematico"⁷³, giacché il giudizio finisce per essere attratto nell'alveo della valutazione – quantitativa, pragmatica e casistica – di *market impact*⁷⁴. Tale metodo richiederebbe però – a monte, da parte dei *decision makers* e, a valle, da parte delle Corti – una maggiore consapevolezza della funzione regolativa del *balancing test* e, pertanto, un livello più elevato di approfondimento scientifico, nonché un maggiore rigore motivazionale rispetto a quelli in uso; sì da facilitare le pratiche conformative, la prevedibilità delle decisioni, il controllo diffuso e la verifica della coerenza nel tempo delle soluzioni.

5. Diritto europeo degli appalti e clausole sociali

I documenti e gli atti legislativi europei in materia di appalti pubblici, se interpretati in termini globali e sistematici, rivelano un *climax* sociale, che fa *pendant* con l'evoluzione della dimensione sociale nel diritto primario dell'UE, e assume valore esegetico nell'economia del giudizio di compatibilità delle clausole in commento. Sebbene non possa negarsi che la metabolizzazione degli obiettivi sociali nel diritto degli appalti avvenga per piccoli passi e faccia registrare alcune battute d'arresto.

Già nella comunicazione interpretativa (sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici) della Commissione UE del 15 ottobre 2001 si affermava che:

- "Obiettivi sociali possono essere perseguiti attraverso l'applicazione di clausole contrattuali o di 'condizioni di esecuzione dell'appalto', nei limiti in cui tale applica-

⁷² Sulla natura marcatamente politica del metodo del bilanciamento, cfr. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED*, 2008, II, pp. 185-204.

⁷³ In tal senso, sulla scorta delle riflessioni di SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, pp. 331-374, potrebbe essere utile approfondire l'applicabilità di un modello di ragionamento "teleologico", che si basi sull'idea che la proporzionalità possa essere governata da norme "di valore", e consista nella valutazione dell'impatto sui valori rilevanti in gioco; valutazione che può essere considerata un ragionamento di tipo "quantitativo", anche quando non siamo in grado di assegnare simboli numerici alle magnitudini considerate. In questa prospettiva il bilanciamento dipende da relazioni e formule aritmetiche, nel presupposto che le utilità differenziali dell'impatto sui diversi interessi in gioco siano matematicamente confrontabili.

⁷⁴ Su cui v. *infra* § 8.

zione venga effettuata nel rispetto del diritto comunitario e, in particolare, la stessa non abbia un'incidenza discriminatoria, diretta o indiretta nei confronti degli offerenti di altri Stati membri" (p. 16);

- "Tra le esigenze imperative giustificate dall'interesse generale già riconosciute dalla Corte rientrano, in particolare, la tutela dei lavoratori [...]" (p. 21);

- "L'eventualità che un'impresa, a seguito della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, rilevi alcune attività esercitate fino a quel momento da un'altra impresa, potrebbe rientrare nel campo di applicazione della direttiva in materia di "trasferimento d'impres". Tale trasferimento potrebbe, infatti, avvenire in relazione all'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico, ad un processo di privatizzazione di un settore con trasferimento di un ente sotto forma di regime di concessione amministrativa o in seguito ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, ad esempio un appalto di servizi" (p. 23).

Pur tuttavia, la direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici) si limitava a recepire il principio generale secondo cui: "Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali" (art. 26)⁷⁵.

Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione ha implementato il rapporto tra obiettivi sociali e procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici:

- nel 2010, con l'atto denominato "Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", che contiene indicazioni e chiarimenti per le stazioni appaltanti, ed è informato al principio secondo cui: "Uno dei principali vantaggi degli appalti pubblici socialmente responsabili risiede, come già visto, nel fatto che possono essere utilizzati dalle autorità pubbliche per promuovere il modello sociale europeo". In questa prospettiva, quindi, gli appalti pubblici assurgono esplicitamente a strumenti per l'affermazione della dimensione sociale;

- nel 2011, con il "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici" ove, tra l'altro, richiamando l'art. 9 Tfu, si sofferma sull'"uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide"; e a tal fine sollecita le amministrazioni aggiudicatrici a sfruttare "il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza "sociale" per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico, aumentando l'occupazione, migliorando la salute pubblica e le

⁷⁵ Cfr. cons. n. 33.

condizioni sociali, e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati".

Da ultimo, il 26 febbraio 2014 è stata approvata la nuova direttiva appalti 2014/24/UE che, dichiaratamente, aggiorna la precedente normativa anche al fine di permettere ai committenti di fare un uso migliore degli appalti per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale⁷⁶:

- il considerando n. 37 prevede che, in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire pure il rispetto degli obblighi in materia sociale; tali misure possono trovare riscontro in clausole contrattuali (cons. n. 39);

- i considerando nn. 97-99 forniscono indicazioni in merito agli aspetti sociali. Rispetto alla previgente direttiva (e, in particolare, al cons. n. 33 della stessa) si registra una maggiore articolazione delle "considerazioni sociali", e, soprattutto, la novità della possibilità di introdurre tali profili, non soltanto nell'ambito delle condizioni di esecuzione, ma altresì tra i criteri di aggiudicazione (conformemente a quanto contemplato altresì dal successivo art. 67, par. 2);

- l'art. 18, par. 2, prescrive che: "*Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X*";

- l'art. 69, par. 3, prevede che: "*L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2*";

- l'art. 70 ricalca l'art. 26 della direttiva del 2004 sulle condizioni di esecuzione. Tuttavia, viene meno l'espresso richiamo alla necessaria compatibilità con il diritto comunitario; e tra le condizioni indicate compare un riferimento alle considerazioni relative all'occupazione.

Non v'è dubbio che il lessico sociale degli atti comunitari richiamati sia prudente e sommario. D'altra parte, la bocciatura di taluni emendamenti alla proposta della Commissione sulla nuova direttiva appalti, presentati dalla

⁷⁶ In particolare, v. cons. n. 3.

Confederazione Europea dei Sindacati (Ces)⁷⁷, conferma l'ineluttabilità del metodo del compromesso.

Pur tuttavia, appare eccessivamente cauto affermare che tale approccio – considerato unitamente alle clausole “di salvaguardia”, che ammoniscono sulla necessaria conformità al diritto dell'UE delle misure sociali, e che sono disseminate nei testi dei provvedimenti delle Istituzioni europee – confermi la trascurabile capacità regolativa degli appalti. In questa prospettiva il diritto eurounitario viene sostanzialmente ridotto ai menzionati precedenti *Ruffert* e *Commissione c. Italia*, con l'effetto di minimizzare la portata delle disposizioni sociali delle direttive⁷⁸.

A tale impostazione può opporsi che il *mainframe* dell'ordinamento europeo deve essere aggiornato, tenendo conto del riequilibrio, a livello di diritto primario, del rapporto tra libertà economiche e obiettivi sociali. Per di più, come visto, il diritto derivato e gli atti non legislativi sugli appalti fanno registrare una progressiva insinuazione della funzionalizzazione sociale dei contratti pubblici, e un'operazione di *soft-enforcement* nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici: in tale contesto, la centralità assoluta di *Ruffert* e *Commissione c. Italia* deve essere ripensata. D'altronde, da un lato, è la stessa Commissione a precisare che *Ruffert* non compromette le possibilità offerte dalle direttive di tenere conto degli aspetti sociali⁷⁹; e, d'altra parte, dando per conosciuti i contenuti di tale sentenza, è inequivocabile che la Corte di Giustizia ivi non contesti la clausola sociale in sé, quanto piuttosto l'ambito di applicazione del contratto collettivo che la contiene, finendo per “esasperare” la tutela antidiscriminatoria⁸⁰. Dall'altro lato, a conferma della singolarità della fattispecie vagliata nel caso *Commissione c. Italia*, vale la pena far osservare che nel precedente *Oy Liikenne* del 25 gennaio 2001⁸¹ la stessa Corte di Giustizia sembra, invece, aver legittimato indirettamente la funzione delle clau-

⁷⁷ Soprattutto, quello che introduceva espressamente l'obbligo di rispettare “i contratti collettivi vigenti nel luogo di prestazione del lavoro, del servizio o della fornitura, quale condizione di aggiudicazione degli appalti”; e quello che integrava l'elenco delle Convenzioni OIL dell'allegato XI con la Convenzione n. 94/1949 sulle clausole sociali (che, in sintesi, impegna gli Stati aderenti a garantire l'applicazione dei contratti collettivi nell'ambito dei pubblici appalti).

⁷⁸ ORLANDINI, *op. ult. cit.*, p. 161 ss.

⁷⁹ COMM. UE, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2010, p. 46.

⁸⁰ Cfr. BRINO, *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert*, in *RIDL*, 2008, II, pp. 481 ss.

⁸¹ V. nt. 58.

sole di riassunzione nel caso di successione negli appalti⁸² (e analogamente nel caso *Temco*⁸³); ciò, peraltro, negando contestualmente che l'onere in commento violi il principio di concorrenza, purché le condizioni di esecuzione siano chiare e trasparenti⁸⁴. In ogni caso, sempre sul piano della concorrenza, (quantomeno) le clausole sociali di fonte contrattuale dovrebbero godere dell'immunità accordata da *Albany*⁸⁵ alla contrattazione collettiva, nella misura in cui esse partecipano evidentemente alla funzione tipica di "miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro"⁸⁶.

Per inciso, sebbene dal tenore della dir. 2004/18, e in particolare dal considerando n. 99, possa trarsi una particolare ed esplicita considerazione per le finalità di "lotta alla disoccupazione", non pare che tale circostanza – a contrario – possa giustificare l'ipotetica pretesa di esiliare gli eventuali obiettivi di protezione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, in quanto diversamente "innominati". A riprova di ciò, si segnala che nel testo della nuova direttiva appalti la natura non tassativa delle finalità a carattere socio-occupazionale, indicate come ipoteticamente perseguibili nei considerando, è confermata da una formulazione più chiaramente di tipo esemplificativo rispetto alla precedente ("Per esempio, tali criteri o condizioni, potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata [...]").

⁸² "[...] L'operatore che presenta un'offerta deve anche essere in grado di valutare se, qualora quest'ultima abbia successo, avrà interesse a riacquistare dall'attuale appaltatore significativi elementi patrimoniali ed a riprendere tutto o parte del suo personale o se sarà obbligato a farlo e se, all'occorrenza, si troverà in una situazione di trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187" (par. 23). Conf., incidentalmente, *Hidalgo*, cit., nt. 58, par. 27.

⁸³ Cfr. par. 27.

⁸⁴ Par. 24. Sulla nozione di concorrenza v. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁸⁵ C. Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

⁸⁶ In termini, AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, 2007, p. 432. *Contra*, ORLANDINI, *op. ult. cit.*, pp. 167-168. Nel nostro ordinamento, dopo la sentenza C. Giust. 460/2002, la nuova disciplina dei servizi aeroportuali, come modificata da ultimo dalla l. 28 maggio 2007 n. 13, art. 23, condiziona l'accesso al mercato all'applicazione del contratto collettivo di settore, che prevede proprio l'obbligo di riassunzione del personale dipendente del gestore uscente (ccnl del 22 giugno 2005, all. 2). Per tale ragione, in dottrina c'è chi sostiene la perdurante illegittimità della disciplina (tra gli altri, COSTANTINI, *op. cit.*, p. 252).

Abstract

Il saggio affronta il tema della dimensione sociale dei processi di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni, sotto il profilo della compatibilità delle c.d. “clausole sociali di seconda generazione” con l’ordinamento dell’UE; ed assumendo come modello paradigmatico di *outsourcing* la forma “mista dell’appalto. L’Autore propone una lettura “socialmente orientata” del tema, valorizzando a tal fine il potenziale sociale del diritto dell’UE. Da questa prospettiva, il possibile conflitto con le libertà economiche fondamentali viene ridimensionato, ed è assorbito in una dimensione procedurale, governata dal metodo casistico del bilanciamento (simmetrico). Per tale via, il discorso sulle clausole sociali assume altresì valore simbolico perché consente di cogliere l’imprescindibilità di un apporto proattivo dei giuristi per impiegare la crescente “fertilità sociale” dell’ordinamento europeo, al fine di promuovere un riposizionamento razionale del diritto del lavoro – basato sul principio di proporzionalità – nell’ambito dei processi in atto di integrazione delle politiche economiche degli Stati membri.

The Author analyses the social dimension of the public services outsourcing, referring to the compatibility of “second generation social clauses” with EU legislation, as workers protection devices in public procurement. The Author develops a social-oriented theory, appraising the strenght of EU legal framework: thus, the expected conflict with fundamental economic freedoms is brought down, and it’s ruled by the (well-balanced) balancing test. In this way, the speech about social clauses takes a symbolic meaning too, as a training path for testing the idea of “resocialising Europe” – in the context of economic integration – through a new status for labour law, based on fundamental social benchmarks and enforced by the principle of proportionality.

Key words

Clausole sociali, esternalizzazioni, appalti pubblici, bilanciamento, proporzionalità, trasferimento d’azienda.

Social clauses, outsourcing, Public procurement, balancing test, proportionality, transfer of undertaking.

**Corte di Cassazione – Sezione Lavoro - sentenza 17 gennaio 2014
n. 898 (Presidente Roselli; Relatore Amoroso; Pm Fresca)***

Mobbing - Responsabilità contrattuale del datore di lavoro - Onere di allegazione dei fatti costitutivi del *mobbing* - Onere della prova in ordine alla sussistenza degli elementi strutturali della fattispecie - Valutazione della sistematicità della condotta datoriale e della sussistenza dell'intento persecutorio - Idoneità offensiva della condotta datoriale e sua ispirazione all'ostilità nei confronti del lavoratore.

Il mobbing consiste nella condotta del datore di lavoro che, con atteggiamento sistematico e reiterato, ispirato ad ostilità e ritorsività nei confronti del lavoratore, arrechi a quest'ultimo pregiudizi alla sua integrità psico-fisica ed alla sua personalità. Spetta al lavoratore l'onere di provare la sussistenza degli elementi strutturali della fattispecie: la finalità illecita della condotta datoriale tuttavia sarà apprezzata dal giudice, non già in base alla percezione del soggetto agente, quanto piuttosto in relazione all'idoneità offensiva della medesima condotta, rispetto ai beni fondamentali della persona del lavoratore.

★ ★ ★

* Il testo della sentenza è reperibile in www.editorialescientifica.com, nella pagina della rivista. La massima è stata redatta dall'autore.

Mario Cerbone

La nozione di *mobbing* nella giurisprudenza di legittimità

Sommario: **1.** I motivi di interesse della pronuncia: la funzione “ordinante” della Cassazione. **2.** Il difficile percorso di individuazione degli elementi strutturali della fattispecie. **3.** La rilevanza dell’elemento soggettivo ed i connessi problemi probatori. **4.** L’“ostilità” della condotta datoriale quale caratteristica costitutiva del *mobbing*. **5.** Una disciplina *per frammenti normativi* che consente al giudice di concorrere alla formulazione della fattispecie.

1. *I motivi di interesse della pronuncia: la funzione “ordinante” della Cassazione*

Con la sentenza in commento, la Cassazione interviene sul tema del *mobbing* nei rapporti di lavoro. L’interesse suscitato dalla pronuncia si coglie su un duplice piano: dal punto di vista pragmatico, la pronuncia serve a fissare gli elementi strutturali della fattispecie; operazione di grande utilità interpretativa in considerazione del fatto che il *mobbing* è (ancora oggi) privo di una nozione di derivazione legislativa¹ e, come tale, si trova ad essere esposto alle più disparate ricostruzioni giuridiche. Sul piano metodologico, ed in conseguenza del predetto profilo, essa consente di riaffermare, in linea ge-

¹ La nozione giuridica del *mobbing* è stata peraltro al centro dell’elaborazione interpretativa della Corte costituzionale, chiamata a regolare i confini del riparto di potestà normativa tra Stato e Regioni, ai sensi dell’art. 117 Cost. Va ricordata, in particolare, C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità della l.r. Lazio 11 luglio 2002 n. 16, recante “Disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del *mobbing* nei luoghi di lavoro”: è precluso alle Regioni – si legge nella pronuncia – di “intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali, che è quanto si è verificato nel caso di specie”. Per completezza, va detto che, con successive pronunce, la Consulta ha dichiarato invece l’infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sollevata con riferimento a: l.r. Abruzzo 11 agosto 2004 n. 26, recante “Intervento della Regione Abruzzo per contrastare e prevenire il fenomeno *mobbing* e lo *stress* psico-sociale sui luoghi di lavoro” (C. Cost. 27 gennaio 2006 n. 22); l.r. Umbria 28 febbraio 2005 n. 18, recante “Tutela della salute psico-fisica della persona sul luogo di lavoro e contrasto dei fenomeni di *mobbing*” (C. Cost. 22 giugno 2006 n. 238); l.r. Friuli Venezia Giulia 8 aprile 2005 n. 7, recante “Interventi regionali per l’informazione, la prevenzione e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori dalle molestie morali e psico-fisiche nell’ambiente di lavoro” (C. Cost. 22 giugno 2006 n. 239). In questo caso, si tratta di interventi del legislatore regionale che, proprio sulla base delle indicazioni interpretative dei giudici costituzionali, si limitano a predisporre misure di prevenzione e/o contrasto al fenomeno del *mobbing*, come tali non esorbitanti dalle prerogative regionali, e non formulano una definizione di esso con valenza generale.

nerale, uno dei tratti genetici e caratterizzanti (e, per questo, anche più problematici) delle norme gius-lavoristiche, e cioè la matrice giurisprudenziale di esse². Il che implica la necessità di interrogarsi criticamente sugli spazi e sui limiti della funzione del giudice nella costruzione della fattispecie: funzione che, specie se svolta dalla giurisprudenza di legittimità, acquista una valenza razionalizzante ed ordinante, irrinunciabile per la compiutezza e per la coerenza dell'intero sistema regolativo. In quest'ottica, la nomofilachia della Suprema Corte³ dovrebbe, presumibilmente, contribuire alla certezza e prevedibilità delle decisioni in materia di *mobbing*, riducendo al minimo le occasioni di opportunismo decisionale⁴. In materia di *mobbing*, infatti, ci si confronta con una produzione giurisprudenziale sterminata, che si è sempre caratterizzata per un'accentuata vitalità, sia quanto alle pronunce di merito⁵, sia per le stesse pronunce della Cassazione⁶.

² Non si può non ricordare l'importante ruolo ricoperto, sul finire dell'Ottocento, da quella peculiare magistratura "non togata", costituita dai collegi dei probiviri, che, istituiti nel 1893 per dirimere equitativamente le controversie di lavoro nell'industria, finirono con il creare molte regole innovative, che si sarebbero poi imposte in futuro come vere e proprie norme di legge: al riguardo, v. GAETA, *I modelli del diritto del lavoro italiano dall'Ottocento al Novecento*, in A.A.V.V., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, p. 22. Con specifico riferimento al *mobbing*, si sostiene che "la responsabilità da *mobbing* si è imposta senza leggi, con la forza delle idee dei giudici, che hanno creato la norma, l'hanno perfezionata, l'hanno prudentemente delimitata": così MISCIONE, *Mobbing, norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *LG*, 2003, p. 305.

³ Secondo RUSCIANO, *Il controllo della Cassazione sulle norme generali* (risposta a quesito), in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2013, p. 71, proprio nelle ipotesi di "norme elastiche" o, comunque, di norme dotate di una marcata variabilità assiologica, ove più si esprime l'assetto valoriale di un dato ordinamento giuridico, si renderebbe necessaria l'attività di unificazione interpretativa della Cassazione. In altra prospettiva, v'è chi ha messo in luce come, in concreto, la Cassazione tenda a limitare la propria funzione di nomofilachia "al solo controllo della premessa maggiore del sillogismo giuridico, per lo più rifiutandosi di verificare l'attività sussuntiva, così d'imperio degradata a inammissibile questione di fatto al fine di disincentivare un ulteriore aumento del già straripante numero di ricorsi": così VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *RIDL*, 2004, I, p. 6.

⁴ Sul problema della instabilità delle decisioni giurisprudenziali, in tema di *mobbing*, v. PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in ID. (opera diretta da), *Vessazioni e angherie sul lavoro. Tutele, responsabilità e danni nel mobbing*, Zanichelli, 2007, p. 7.

⁵ Tra le più recenti, v. Trib. Milano 14 luglio 2014; App. Potenza 10 luglio 2014; Trib. Bari 2 luglio 2014; App. Bologna 20 giugno 2014, tutte in *Banca dati De Agostini Professionale*.

⁶ Soprattutto negli ultimi mesi si contano diverse sentenze: si segnalano, in particolare: Cass. 8 gennaio 2014 n. 172; Cass. 15 gennaio 2014 n. 687; Cass. 21 gennaio 2014 n. 1149; Cass. 15 aprile 2014 n. 8804; Cass. 14 maggio 2014 n. 10424; Cass. 19 giugno 2014 n. 13959; Cass. 9

In questo contesto giurisprudenziale, la decisione in esame, per la linearità motivazionale e la pregnanza degli argomenti utilizzati, può essere considerata, a pieno titolo, un punto di assestamento e consolidamento interpretativo⁷. Ma, al contempo, come si vedrà, essa mantiene significativi “confini mobili” dell’interpretazione, che ci forniscono l’occasione per una riflessione più ampia in materia.

2. *Il difficile percorso di individuazione degli elementi strutturali della fattispecie*

Ebbene, seguendo l’ordine logico delle questioni affrontate dalla Suprema Corte, dalla sentenza in oggetto si possono enucleare tre profili e su di essi ci si concentrerà, nelle pagine che seguono: a) la fissazione degli elementi strutturali della fattispecie *mobbing*; b) il rilievo dell’elemento soggettivo quale fattore *costitutivo* della fattispecie; c) il problema della prova: affrontato soprattutto dal lato soggettivo dell’intento persecutorio, non trascurando (sia pure, nei limiti della presente analisi) qualche accenno al versante dell’inadempimento datoriale *ex art. 2087 cod. civ.* o del fatto illecito del soggetto agente, del nesso causale, dei danni subiti dal lavoratore.

È evidente che le predette questioni non possono essere scisse, in quanto presentano tutte strette interconnessioni tra di loro.

Esse comunque conducono l’interprete ad un non facile esercizio ermeneutico, che ribalta quello che si potrebbe definire lo schema classico di esegesi di un dato fenomeno giuridico. Nel caso del *mobbing*, l’assenza di un testo normativo di legge, infatti, impedisce la fissazione *ab origine* della nozione di riferimento, su cui l’interprete possa operare con le consuete metodologie sussuntive, con la ovvia conseguenza che questa non potrà che

settembre 2014 n. 18965; Cass. 19 settembre 2014 n. 19782; Cass. 25 settembre 2014 n. 20230, tutte reperite in *Banca dati De Agostini Professionale*. Si tratta di pronunce (alcune anche successive alla n. 898), che, in coerenza con quanto affermato dalla decisione che si commenta, investono il tema del *mobbing*, in taluni casi soltanto in via incidentale, senza presentare quella organicità che si ritrova invece nella sentenza n. 898. Ad ogni modo, nel corso dell’analisi, si terrà conto, ove il richiamo si rivelerà pertinente, anche delle predette sentenze.

⁷ La sentenza n. 898 si pone nel solco di un orientamento interpretativo della Cassazione che, negli ultimi anni, si va consolidando: in alcune precedenti pronunce, la Suprema Corte, infatti, aveva già esplicitato lo schema argomentativo, poi successivamente riproposto (anche in Cass. 25 settembre 2014 n. 20230, cit.): v., ad esempio, Cass. 17 febbraio 2009 n. 3785 e Cass. 26 marzo 2010 n. 7382, in *Banca dati De Agostini Professionale*.

derivare – con un procedimento logico che parte dal caso per risalire alla regola – da un’attenta e puntuale verifica in ordine alla sussistenza di tutti i profili innanzi riportati.

L’oggetto del giudizio su cui la Cassazione si pronuncia si presta bene ad evidenziare la necessità metodologica di seguire siffatto processo cognitivo per arrivare alla nozione. Ed infatti la Suprema Corte dapprima *describe* la struttura del *mobbing*, intorno a quattro elementi portanti: a) la reiterazione e sistematicità dei comportamenti vessatori, adottati dal datore di lavoro a carico del lavoratore⁸; b) l’evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra condotta datoriale e pregiudizio all’integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell’elemento soggettivo.

Subito dopo, essa si esprime sulla correttezza del percorso logico-argomentativo utilizzato dal giudice d’appello in ordine alla decisione di non dare ingresso nel processo alle istanze istruttorie, così come articolate nell’atto introduttivo dalla lavoratrice ricorrente: segnatamente in quanto sarebbe mancata la specificazione delle circostanze di luogo, di tempo e dei singoli soggetti che avrebbero realizzato i comportamenti denunciati. È mancato nel ricorso introduttivo – si legge ancora nella sentenza – “ogni riferimento alla correlazione tra la professionalità precedentemente acquisita e le nuove mansioni. In particolare, la ricorrente nulla ha detto sulla personalizzazione e specifica discriminazione in suo danno rispetto ai colleghi”.

Ma è soprattutto in questa seconda parte della sentenza che l’interprete può rintracciare gli elementi per ricostruire la nozione: nell’*iter* seguito dalla Cassazione, è la questione probatoria a stagliarsi immediatamente quale priorità logico-giuridica, in grado di condizionare anche le successive (ed eventuali) fasi dell’accertamento giudiziale.

Con i riportati passaggi, infatti, la Cassazione entra subito sul punto-chiave della vicenda sottoposta alla sua cognizione: a parere dei giudici, è imprescindibile isolare nella condotta datoriale (che può concretizzarsi nelle forme più disparate) la componente soggettiva che la permea nel suo sviluppo complessivo e nella sua ispirazione di fondo. Ad essa deve corrispondere una reazione emotiva (o, comunque, una reazione che evidenzi una

⁸ La pronuncia prende in considerazione unicamente le condotte lesive provenienti dal “datore di lavoro o dal superiore gerarchico”, tralasciando le condotte assunte, nell’ambiente di lavoro, da altri dipendenti.

rilevanza lesiva della salute) del lavoratore, che si collochi al di là della soglia della mera soggettivizzazione rispetto alla contraria condotta datoriale⁹.

Questa prima operazione logica deve accompagnarsi al superamento di un accurato *test* a fini probatori a cui deve essere sottoposta la domanda introduttiva del giudizio. Più in particolare, l'emersione giuridico-processuale del fenomeno del *mobbing* dipenderà da un'adeguata allegazione in fatto delle circostanze costitutive della condotta, prima ancora che da altrettanto adeguate richieste istruttorie.

Ciò spiega l'estrema difficoltà di successo delle domande giudiziali, il più delle volte dichiarate inammissibili per carenze riguardanti proprio i predetti profili.

La Cassazione mette così subito in risalto la questione di fondo, da riferire al *mobbing*, e cioè se, ed in quale misura, il problema dell'acquisizione della prova delle condotte che si asseriscono mobbizzanti per il lavoratore sia in grado di incidere, in ultima istanza, sulla convenienza stessa del ricorso a siffatta fattispecie, ed al connesso apparato di tutele¹⁰.

⁹ La giurisprudenza di merito si dimostra molto rigorosa nel delimitare i confini della fattispecie, precisando che è sempre necessario, in ogni vicenda, stabilire se quanto prospettato dal lavoratore/ricorrente "... possa effettivamente ricondursi ad un comportamento illecito del datore di lavoro o non sia frutto, piuttosto, di una soggettivizzazione degli effetti di atti e comportamenti non finalisticamente orientati a violare diritti fondamentali del lavoratore: è di tutta evidenza, infatti, che non ogni comportamento del datore di lavoro, lesivo di interessi o di aspettative del lavoratore, si presti per ciò solo ad essere classificato come *mobbing*" (così Trib. Napoli 4 gennaio 2005, in *Banca dati De Agostini Professionale*). Anche la dottrina ha sempre posto attenzione alla necessità di tenere distinta la "persecuzione" dalla "soggettiva insoddisfazione" del lavoratore, per cui "anche in presenza di danni materiali apprezzabili, andrebbe prestata molta attenzione al profilo della plausibilità, in un determinato contesto socio-aziendale, dei comportamenti lesivi e, soprattutto, al profilo della rappresentazione auto-suggestiva (pur se sincera) di tali danni quando sono di natura psicologica": così TOSI, *Il mobbing: una fattispecie in cerca d'autore*, in *ADL*, 2003, p. 663; secondo DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *LD*, 2003, p. 545, "è opportuno riservare la valutazione di illiceità alle situazioni più gravi di patologia dell'organizzazione, al netto delle ipersensibilità soggettive, e questo richiede indagini delicate e complesse, rispetto alle quali il suggerimento empirico di focalizzarsi sulle condotte frequenti e ripetitive conserva indubbiamente un'utilità"; ma v. anche MANNACIO, *Il mobbing ancora una volta in Cassazione*, in *LG*, 2008, p. 1235 ss., il quale distingue il *mobbing* come fatto dal *mobbing* come fattoide, cioè come erroneo convincimento dell'esistenza di un episodio mobbizzante, vero e proprio frutto di fantasia. Sicchè occorre una estrema cautela nello stabilire se un certo fatto a struttura complessa realizzi davvero *mobbing* o non sia, piuttosto, *vissuto come tale*.

¹⁰ Questione che si acuisce quando la condotta mobbizzante ha il suo epilogo in un li-

In altre parole, vista da una diversa angolazione, mi pare chiara l'opzione di metodo che l'interprete è tenuto ad assumere, e cioè quella di una nozione di *mobbing* che sia però radicata su elementi nitidi e solidi in grado di sciogliere e/o comunque attenuare la pregiudiziale probatoria. La costruzione di una nozione giuridica priva delle predette caratteristiche e che non parta dunque da questa intrinseca necessità renderebbe velleitario ogni sforzo interpretativo. La stessa effettività delle tutele che il magistrato avrebbe a disposizione, nel caso in cui ritenesse eventualmente di apprestarle, ne risentirebbe. E mi pare che questa sia una prima e fondamentale chiave di lettura della decisione in esame: una rigorosa indagine sull'acquisizione della prova in ordine agli elementi strutturali della fattispecie, *in primis* l'elemento soggettivo, rappresenta il punto cruciale dell'interpretazione.

È in questa peculiare logica che va inserita la qualificazione che la Cassazione fornisce del *mobbing*, come “una condotta del datore di lavoro che, in violazione degli obblighi di protezione di cui all'art. 2087 cod. civ., consiste in reiterati e prolungati comportamenti ostili, di intenzionale discriminazione e di persecuzione psicologica, con mortificazione ed emarginazione del lavoratore”¹¹.

3. La rilevanza dell'elemento soggettivo ed i connessi problemi probatori

Orbene, sull'elemento soggettivo, la sentenza n. 898 è estremamente chiara nell'affermare la necessità di provare, con onere a carico del ricorrente, l'“intento persecutorio”: al lavoratore spetta l'onere di provare gli elementi della fattispecie, che implicano la “necessità di una *valutazione rigorosa* della sistematicità della condotta e della *sussistenza* dell'intento emulativo o persecutorio che deve sorreggerla”. Chi prospetta la domanda giudiziale deve fornire al giudice elementi in fatto che, una volta provati, andrebbero a con-

enziamento, inteso quale punto più grave, sul piano degli effetti relativi al rapporto di lavoro, della condotta datoriale: al riguardo, sia consentito il rinvio a CERBONE, *Profili processuali della tutela antidiscriminatoria: il ruolo della giurisprudenza italiana*, in A.A.V.V., *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 134 ss., specie per le questioni di intreccio dei sistemi probatori tra “licenziamento” e “discriminazione” (questione assimilabile, pur con le dovute differenze, a quella del *mobbing* determinato da motivi discriminatori).

¹¹ In questi termini, la sentenza in commento: alla condotta vessatoria deve pertanto collegarsi, in via causale, l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente.

cretizzare il nucleo essenziale della fattispecie. Il “motivo vessatorio” pertanto retroagisce sulla definizione della fattispecie, nel senso di richiedere che la condotta persecutoria sia intenzionale, sia assistita almeno da un dolo generico o addirittura sia indirizzata, con dolo specifico, all’espulsione del lavoratore dall’organizzazione di lavoro¹².

Ora, è evidente che la perentorietà di siffatta affermazione di principio, stante l’oggettiva difficoltà (per il lavoratore) di acquisire la prova richiesta, apra gravi questioni in ordine alla scarsa effettività della tutela dei lavoratori nelle ipotesi di *mobbing*.

Il punto allora è capire se la scarsa effettività che si prospetta sia soltanto il risultato ermeneutico (deludente) riferito ad una fattispecie (purtroppo) ancora ambigua, quanto alla sua collocazione ordinamentale, o se, piuttosto, ad essa si possano opporre argomenti, di segno diverso, rintracciabili nel sistema normativo vigente, in grado di attenuare gli aspetti più radicali della descritta conclusione interpretativa. In altre parole, alla luce del pronunciamento della Suprema Corte, occorre intendersi su come si articola in concreto l’onere del lavoratore di provare l’intento persecutorio: nei termini restrittivi di un’indagine orientata alla sfera volitiva dell’agente o piuttosto nei limiti dell’evidenziazione dell’idoneità lesiva e persecutoria della condotta datoriale?

Ebbene, restando sempre alla sentenza, a me pare che gli assunti della Cassazione (riproposti con la medesima formulazione lessicale anche nelle altre pur recenti pronunce) richiedano al di là di tutto di essere maggiormente articolati, e possano comunque tradursi in esiti interpretativi di maggiore apertura per i soggetti che agiscono in giudizio.

L’acquisizione della prova sul profilo soggettivo delle condotte, se irreggimentata nel solco della regola generale di cui all’art. 2697 cod. civ., si traduce in una evidente penalizzazione per la parte attrice, presunta vittima della condotta mobbizzante. La prova del *mobbing* difficilmente entra nel processo per la via documentale. Essa, al limite, può presentarsi quale mero indizio della illegittimità di una determinata condotta datoriale, la cui fondatezza o meno è affidata al complicato, e sempre imprevedibile, gioco

¹² In questa ottica, v. PIZZOFERRATO, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell’illecito civile*, in *CI*, 2002, p. 307 ss.; LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, in *DL*, 2005, I, pp. 268 e 269, invece, pur rimarcando la necessità di ancorare la nozione ad un “dolo specifico”, non condivide la tesi che ritiene lo scopo del *mobbing* necessariamente coincidente con quello dell’espulsione dall’azienda.

delle allegazioni in fatto e delle richieste di articolazione dei mezzi istruttori, provenienti dalla parte ricorrente¹³.

Come detto, in non pochi casi, le pronunce dei giudici tecnicamente sono di inammissibilità della domanda, nella parte in cui essa ipotizza la sussistenza del *mobbing*, in quanto al magistrato non si offre (o, almeno, non con la necessaria adeguatezza) nemmeno il quadro fattuale a cui andrebbero ad agganciarsi le richieste istruttorie del ricorrente.

Questa “condizione processuale” della vittima del presunto *mobbing* – molto ricorrente, come si evince dalla mole di sentenze a disposizione – potrebbe trovare un primo bilanciamento nell’attività del giudice, segnatamente nei poteri istruttori d’ufficio *ex art. 421, co. 2, cod. proc. civ.*, a questi intestati. Tuttavia, occorre essere avvertiti del fatto che si tratta pur sempre di un intervento ancorato all’impulso della parte, onerata della allegazione in giudizio dei fatti costitutivi della situazione sostanziale oggetto del giudizio, nelle modalità prima dette. Esso pertanto concettualmente viene dopo l’attività del ricorrente e solo ove questi abbia correttamente soddisfatto le richieste di allegazione prescritte¹⁴. Mai il giudice potrà “sostituirsi” alla parte, né potrà fare uso della sua c.d. scienza privata (ovverosia della conoscenza che dei fatti di causa abbia acquisito al di fuori del processo), pena la clamorosa violazione dei principi fondamentali del processo.

In effetti, al di là di questo specifico percorso endo-processuale, mi pare che a svelare la autentica e concreta traduzione della richiamata formula sulla “prova dell’elemento soggettivo” sia la stessa Cassazione che, in precedenti pronunce – a cui la sentenza in commento si riporta – ha mostrato di propendere per un’accezione, per così dire, attenuata della prova dell’elemento soggettivo, fondata precipuamente sulla “idoneità offensiva della condotta del datore di lavoro, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell’azione nel tempo, dalle sue caratteristiche *oggettive*”¹⁵. In ciò mostrando

¹³ Molto chiara è la Suprema Corte nel ribadire che la complessità e specificità della figura del *mobbing* escludono ogni possibilità di dedurre la sussistenza “implicitamente”: così Cass. 25 settembre 2014 n. 20230, cit.

¹⁴ È questo un punto costantemente ribadito dalla giurisprudenza, con riferimento, ad esempio, al carattere “non esplorativo” della consulenza tecnica disposta d’ufficio dal giudice: nella stessa sentenza n. 898, si afferma che “la richiesta di c.t.u. aveva effettivamente natura inammissibilmente esplorativa – come ritenuto dai giudici di merito – e non poteva valere a colmare le carenze in termini di allegazione di circostanze di fatto astrattamente significative della lamentata condotta di *mobbing*”.

¹⁵ In questi termini Cass. 31 maggio 2011 n. 12048, che richiama Cass. 6 marzo 2006 n.

aderenza con le ricostruzioni dottrinali che opportunamente respingevano l'idea di una prova a carico del lavoratore rigidamente incentrata sulla sfera volitiva del danneggiante. La finalità illecita pertanto verrà apprezzata dal giudice non già in base alla percezione del soggetto agente ovvero al significato che egli intendeva attribuire al proprio comportamento, ma piuttosto in relazione all'idoneità lesiva dei beni della persona e all'intrinseca *ratio* discriminatoria¹⁶.

Ed infatti si è sostenuto, facendo leva su questa giurisprudenza, che, lungi dal pretendere la prova diretta dell'*animus nocendi* del datore o dei colleghi, nella "realtà effettuale" del processo, i giudici si limitano per lo più ad esigere che il lavoratore, provati gli elementi oggettivi della fattispecie, ne deduca *per presunzioni*¹⁷ la presenza dell'elemento soggettivo nel soggetto agente¹⁸.

4774; ma si veda anche Cass. 27 dicembre 2011 n. 28962 e, più di recente, Cass. 15 gennaio 2014 n. 687, tutte in *Banca dati De Agostini Professionale*.

¹⁶ Così TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, in *RIDL*, 2000, I, p. 257. Nella stessa direzione, ZOLI, *Il mobbing: brevi osservazioni in tema di fattispecie ed effetti*, in *LG*, 2003, p. 339, il quale valorizza le clausole di correttezza e buona fede, per la loro idoneità ad introdurre limiti, ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dal legislatore, agli atti di esercizio dei poteri imprenditoriali; VISCOMI, *Il mobbing: alcune riflessioni su fattispecie ed effetti*, in *LD*, 2002, p. 50; LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, cit., p. 267, il quale sottolinea come "l'intenzionalità pura, l'*animus nocendi*, anche ove potesse essere dimostrato, sarebbe irrilevante se non accompagnata da una condotta obiettivamente idonea a realizzare il danno che si intende arrecare alla vittima". Forse l'unico caso in cui si potrebbe considerare la prova sull'elemento soggettivo vincolata alla stregua di una penetrante indagine sui motivi dell'agente si potrebbe avere se si accostasse la condotta mobbizzante all'ipotesi del licenziamento dettato "da motivo illecito determinante" (licenziamento inteso quale esito di una reiterata condotta mobbizzante), ai sensi dell'art. 1345 cod. civ., prevista dall'art. 18, co. 1, l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92.

¹⁷ Le presunzioni non costituiscono uno strumento probatorio di rango secondario nella gerarchia dei mezzi di prova e più debole rispetto alla prova diretta o rappresentativa e possono anche costituire l'unica fonte del convincimento del giudice: in questi termini, Cass. 6 luglio 2002 n. 9834, richiamata da SIMEOLI, *Dal danno alla "persona" al danno al "lavoratore"*, in questa rivista, 2006, p. 398; ma v. pure, più di recente, Cass. 5 novembre 2012 n. 18927, in *Banca dati De Agostini Professionale*, nella quale si chiarisce che, nel nostro ordinamento processuale, già prima dell'entrata in vigore dei decreti legislativi n. 215 e n. 216 del 2003, "era previsto che, nel rito del lavoro, il principio dispositivo dovesse essere contemperato con quello della ricerca della verità materiale, con l'utilizzazione da parte del giudice anche di poteri officiosi oltre che della prova per presunzioni". Al riguardo, v. altresì PANARIELLO, *Spunti di riflessione sul mobbing*, in AIDLISS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, Giuffrè, 2007, p. 445.

¹⁸ Conclusione ricavata da Cass. 6 marzo 2006 n. 4774, cit. (più di recente, ribadita da Cass. 15 gennaio 2014 n. 687, cit.), opportunamente messa in evidenza da FERRARIO, *Mobbing*

È allora necessario, a questo punto, fare chiarezza su un altro profilo che nella pronuncia in oggetto resta, in verità, un po' in ombra: ci si riferisce alle conseguenze della riconducibilità delle condotte datoriali vessatorie, prese a riferimento in caso di *mobbing*, nell'alveo dell'inosservanza degli "obblighi di protezione" di cui all'art. 2087 cod. civ.¹⁹, in ragione di quanto espressamente riportato dalla stessa Cassazione in apertura della sua motivazione.

Tale riferimento, incidentalmente riportato dalla pronuncia, appare come il presupposto logico (più che l'elemento strutturale) della fattispecie: il *mobbing* si sostanzia cioè in comportamenti ostili, adottati dal datore di lavoro o da altri dipendenti, con intento persecutorio e con sistematicità, *che si pongano in violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 cod. civ.*

Ciò ha condotto taluni studiosi a ritenere che, se i contegni relativi hanno natura di inadempimento rispetto ai predetti obblighi, non occorre più la persecuzione: là dove sarà in grado di provare l'inadempimento della controparte, rispetto all'obbligo di cui all'art. 2087 cod. civ., il lavoratore avrà diritto alla tutela, anche senza che ricorrano le circostanze tipiche del *mobbing*²⁰. Tale conclusione tuttavia deve essere attentamente vagliata e, nel fare ciò, si avrà l'occasione di effettuare talune importanti precisazioni.

In effetti, se, da un lato, appare condivisibile respingere la tesi della prova

*e responsabilità datoriale: la Cassazione interviene nuovamente precisandone gli elementi costitutivi, in ADL, 2009, p. 467. Si segnala altresì Cass. 20 marzo 2009 n. 6907, in Banca dati De Agostini Professionale, che però fa un uso forse sin troppo disinvolto (che non si condivide) del regime probatorio delle presunzioni, giungendo a ricavare la sussistenza del *mobbing* da una sequenza di sanzioni disciplinari, applicate alla lavoratrice in un breve lasso di tempo. La pronuncia non si basa tanto sulla motivazione che le predette sanzioni fossero illegittime (o che lo fosse una parte di esse), quanto su quella che fossero eccessive e che, in realtà, fossero state irrogate per ragioni strumentali ed in maniera sostanzialmente pretestuosa, amplificando l'importanza attribuita a fatti di modesta rilevanza. Al riguardo, ci sembra pertinente il richiamo alle osservazioni di LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Esi, 2007, pp. 154 e 155, sui rischi di un'inversione dei termini logico-giuridici nell'impiego della tecnica risarcitoria: la propensione a focalizzare l'attenzione sui pregiudizi e sugli effetti dannosi più che sulla situazione soggettiva protetta, oltre ad allargare in modo incontrollato le maglie della responsabilità civile, potrebbe condurre al paradosso che una condotta esplicitamente ammessa dal legislatore dia luogo alla tutela risarcitoria.*

¹⁹ Si segnala, sul punto, la posizione critica di parte della dottrina: per un'accurata esposizione delle varie opzioni dottrinali, v. LASSANDARI, *Il ruolo centrale dell'art. 2087 c.c.*, in PEDRAZZOLI (opera diretta da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit., sp. p. 73-74.

²⁰ È quanto prefigura LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, cit., p. 275, pur partendo dalla premessa, di segno contrario, volta ad accentuare l'elemento dell'intenzionalità.

diretta sull'intenzionalità (che assumerebbe le caratteristiche di una *probatio diabolica*), dall'altro lato, non mi pare si possa accreditare una ricostruzione che appiattisca la responsabilità per *mobbing* sull'inadempimento degli obblighi ex art. 2087 cod. civ. Il riferimento all'art. 2087 cod. civ., infatti, non può elidere la necessità di un *surplus* in termini probatori, che resta fermo ai fini della configurabilità del *mobbing*. L'assolvimento dell'onere della prova in capo al lavoratore si situa così, più precisamente, in uno spazio intermedio, a metà strada tra lo schema tracciato dall'art. 2087 cod. civ. e quello tipico della prova sull'elemento psicologico: è questo forse il punto di compromesso, o se si vuole di sintesi, della sentenza in esame, che segna il temperamento tra i contrapposti interessi delle parti nel contratto di lavoro.

Naturalmente, siffatta conclusione non muta per effetto della eventuale, e non pacifica, concorrenza di azioni e di titoli di responsabilità invocati dalla parte ricorrente²¹; anche se mi pare abbastanza chiaro che, alla luce di quanto detto, il *mobbing* andrà ad inserirsi nel canale della responsabilità contrattuale. Tuttavia, qualora, per scelta strategica o per necessità processuale (si pensi, ad esempio, all'ipotesi di mutamento del rito ex art. 427 cod. proc. civ.), il lavoratore chiami in giudizio il datore di lavoro a titolo di responsabilità extracontrattuale, si attiveranno i relativi meccanismi probatori di minore vantaggio per l'attore.

Il problema, che la sentenza non affronta esplicitamente, è invece quello riguardante il *mobbing* che si concretizza nella reiterazione di condotte datoriali, formalmente lecite (su cui v. *infra*). Anche qui, tuttavia, la forza espansiva dell'art. 2087 cod. civ. – nell'ambivalente riferimento all'"integrità fisica" ed alla "personalità morale"²² – sembra offrire maggiori garanzie rispetto ad

²¹ Sulla questione del "doppio canale" di tutela, contrattuale ed extracontrattuale, cfr. NATULLO, *Danni da mobbing: fine del "doppio canale" di tutela contrattuale ed extracontrattuale?*, in questa rivista, 2005, p. 199 ss.; SIMEOLI, *Dal danno alla "persona" al danno al "lavoratore"*, cit., p. 391 ss.; GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *LG*, 2004, p. 536; LOY, *Il mobbing: profili giuslavoristici*, cit., p. 273, è molto critico sulla cumulabilità delle due responsabilità in capo al datore di lavoro, ritenendo che "la responsabilità extracontrattuale può certamente trovare applicazione anche nel *mobbing*, ma solo ove la condotta posta in essere dal datore di lavoro non possa essere ricondotta alla responsabilità contrattuale derivante dall'inadempimento degli obblighi scaturenti dall'art. 2087 cod. civ."

²² Il riferimento alla "personalità morale" funziona, in sostanza, come una clausola generale, costituendo una sorta di polmone, grazie al quale i valori della persona agglutinati nel contratto rilevano anche con riguardo alla risarcibilità: così PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, cit., p. 19. V. anche LAZZARI, *Il mobbing fra norme vigenti*

altri percorsi alternativi, come, ad esempio, quello dell'abuso del diritto²³, che non sembrano godere di un forte radicamento normativo.

La conclusione raggiunta segna in definitiva un limite di fondo che connota tutta la riflessione sul *mobbing* e che è stato adombrato nell'avvio di questo scritto: le strette interpretative, specie sul profilo della prova, pur con gli accorgimenti migliorativi proposti dalla dottrina, collocano l'istituto del *mobbing* in spazi interstiziali dell'ordinamento a forte rischio di sovrapposizione con altre fattispecie: ed, in particolare, la sua scarsa solidità strutturale, a cui la Cassazione cerca di porre rimedio, non potrà che indurre, nei fatti, un misurato ed accorto ricorso ad esso, se non altro per ragioni di convenienza giuridica²⁴.

Altre strade di temperamento della regola dell'art. 2697 cod. civ. possono individuarsi poi con riferimento ad elementi "esterni" al processo, formati cioè al di fuori di esso, su cui l'ordinamento potrebbe agire, al fine di "agevolare" l'emersione della prova della condotta mobbizzante.

Qui allora il discorso converge verso la funzione svolta dalle organizzazioni sindacali e dagli altri soggetti istituzionali coinvolti nella tutela in senso ampio del benessere dei lavoratori e della sicurezza negli ambienti lavorativi. Sicuramente, l'apporto dei predetti soggetti può contribuire a ridurre e/o rimuovere gli ostacoli all'emersione della prova nel processo, favorendo un'at-

e prospettive di intervento legislativo, in *RGL*, 2001, I, sp. p. 62, che valorizza la natura di norma generale dell'art. 2087 cod. civ., ricavandone effetti positivi anche quanto all'onere probatorio in capo al lavoratore. Sul tema delle clausole generali e, comunque, sulle varie categorie giuridiche che ruotano attorno alla (maggiore) indeterminatezza (del testo) della norma, v. FABIANI, *Clausola generale* (Voce), in *ED*, 2012, p. 183 ss.

²³ GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore*, cit., p. 530, ritiene, invece, che la categoria giuridica nella quale sussumere i comportamenti mobbizzanti sia proprio quella dell'"abuso del diritto" ed i parametri che soccorrono nella valutazione della condotta datoriale sono le clausole di correttezza e buona fede ed, ancor prima, un generale principio di ragionevolezza. Sul punto, v. altresì la posizione di LOFFREDO, *Il mobbing: frammenti di una fattispecie da completare*, in AIDCLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, cit., pp. 419 e 420, il quale, valorizzando i passaggi di C. Cost. 19 dicembre 2003 n. 359, ritiene che l'"abuso del diritto" possa costituire uno strumento di chiusura per rafforzare e rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali della persona all'interno del rapporto di lavoro, dato che nel nostro ordinamento mancano vie processuali speciali per la loro difesa, a differenza di altri paesi.

²⁴ Non si trascurino poi le difficoltà legate all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari di condanna del datore di lavoro ed ai limiti delle tecniche inibitorie e ripristinatorie, nonché il connesso problema della (sempre possibile) reiterazione delle condotte ostili.

tività di controllo e monitoraggio delle condotte del datore di lavoro i cui esiti sarebbero, in linea di principio, “utilizzabili”, se non altro con qualche maggiore possibilità di successo, innanzi al giudice. Quindi, l’apporto di questi soggetti è essenzialmente di “integrazione” delle azioni giudiziarie: ciò in via teorica, in quanto, nella realtà, si coglie (soprattutto) nell’azione sindacale un certo effetto di spiazzamento rispetto ad una spiccata propensione alla soluzione giurisprudenziale dei contrasti presenti nell’organizzazione aziendale²⁵.

Se prendesse corpo un’attività di monitoraggio effettivo delle politiche aziendali sul benessere dei lavoratori, adottata in via stabile e duratura con l’apporto delle rappresentanze sindacali, allora il magistrato potrebbe attingervi, in sede di esercizio dei suoi poteri *ex art. 421 cod. proc. civ.* In caso contrario, la logica processuale (dell’uno contro uno) non potrà che agevolare chi si difende.

Eguale, è auspicabile che il giudice del lavoro faccia uso delle altre sue prerogative previste dalla legge, attivabili su impulso di parte o d’ufficio, quali ad esempio l’accesso sul luogo di lavoro e le ispezioni (art. 421, co. 3, cod. proc. civ.) o la richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali (art. 421, co. 2 e art. 425 cod. proc. civ.).

Non va poi trascurato che i soggetti collettivi ed istituzionali hanno ampi margini di azione sul versante della prevenzione, dimensione che rimane quella con maggiori margini di effettività²⁶.

4. L’“ostilità” della condotta datoriale quale caratteristica costitutiva del mobbing

Se la sentenza in esame si rivela particolarmente scrupolosa sui profili probatori, non meno interessanti, anche se meno sviluppate, appaiono le in-

²⁵ GRAGNOLI, *Il mobbing fra contrattazione collettiva e sistemi di prevenzione*, in PEDRAZZOLI (opera diretta da), *Vessazioni e angherie sul lavoro*, cit., p. 127.

²⁶ NATULLO, *Sicurezza del lavoro* (Voce), in *ED*, 2011, p. 1075 ss. Ancora meglio, poi, se la prevenzione contro il *mobbing* viene attuata attraverso la predisposizione di percorsi formativi specifici sul tema, che coinvolgano sia i lavoratori, sia i responsabili per la sicurezza: in questo senso, VISCOMI, *Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti*, cit., p. 64; LAZZARI, *Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, cit., p. 70, già in riferimento al d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626.

dicazioni sulla peculiarità del contenuto della condotta costitutiva del *mobbing*. E qui i passaggi della decisione impongono di chiarire un'altra caratteristica strutturale della fattispecie.

Il *mobbing* si presenta come uno schema aperto, in grado di accogliere al suo interno le più disparate condotte datoriali, tutte però astrette dai requisiti della sistematicità, della collegabilità in via causale ad eventi lesivi della salute o della personalità del dipendente, dell'intenzionalità persecutoria.

Ma quel che è altrettanto interessante sottolineare è che lo schema è in grado di accogliere sia condotte in sé legittime sia condotte illegittime, in quanto integranti discriminazione e/o molestia e/o altri illeciti. Ed il nucleo essenziale della fattispecie, che riconduce le condotte medesime al *mobbing* in luogo degli altri schemi giuridici contigui, risiede nell'intento persecutorio e nella sistematicità e reiterazione della condotta. È la combinazione di questi due fattori, in particolare, ad assumere una valenza davvero peculiare nel nostro caso. Essi si alimentano reciprocamente, nel senso che la reiterazione di condotte in danno del lavoratore da sola sarebbe sì rilevante per l'ordinamento, ma non per far scattare lo schema del *mobbing*²⁷: questo si attiva invece quando simultaneamente si percepisce l'intento persecutorio. Ma la dimostrazione della sussistenza dell'intento, a sua volta, discenderà, in via presuntiva, proprio dalla sistematicità delle condotte vessatorie²⁸.

L'intento persecutorio assume una particolare qualificazione ben racchiusa nel concetto di "ostilità", che la sentenza opportunamente mette in risalto.

Il significato giuridico/soggettivo del *mobbing* sta tutto nell'"atteggiamento ostile" del datore di lavoro: è questo il fulcro intorno al quale si costruisce la fattispecie. Parlare di atteggiamento ispirato a comportamenti ostili del datore di lavoro, e non semplicemente di comportamento illegittimo o anti-giuridico del datore di lavoro, può essere utile a cogliere una sfaccettatura rilevante della fattispecie. L'"ostilità" è il concetto che meglio esprime l'ope-

²⁷ Secondo PERA G., *Angherie e inurbanità negli ambienti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, p. 295, anche sul requisito della protrazione nel tempo della persecuzione si possono avanzare dubbi e, comunque, ogni teorizzazione al riguardo è pericolosa: anche un singolo episodio, "per la sua oggettiva gravità, tutto concedendo alla particolare emotività della vittima, può essere scatenante, come largamente si attinge dall'immenso archivio storico della psichiatria".

²⁸ Valorizzano, invece, la "sistematicità della condotta", quale tratto unificante e distintivo della fattispecie, DEL PUNTA, *Il mobbing, l'illecito e il danno*, p. 242; TURSI, *Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2003, I, p. 307.

razione di inquadramento giuridico che sta dietro al *mobbing*, che si traduce nel trasferimento all'interno del sinallagma contrattuale delle relazioni di lavoro di una nozione elaborata in ambienti extra-giuridici. Nella sua capacità di sintesi, la formulazione assorbe la descritta bi-direzionalità delle condotte datoriali, che possono essere, come detto, lecite o anche illecite, ma comunque ostili, per l'appunto.

Questa peculiare accezione del contenuto della condotta connota, in conseguenza, anche il controllo giudiziale sugli atti del datore di lavoro: questo dovrà portarsi fuori dalla logica meramente formale ed estendersi ad una verifica che inferisca conclusioni rilevanti giuridicamente da dati ricavati da altri settori disciplinari, anche con l'ausilio delle presunzioni, come detto. Il giudice dovrà valutare la condotta delle parti, prima e dopo l'avvio delle presunte azioni di *mobbing*, ricorrendo all'ausilio di consulenti psicologici o altre figure professionali specializzate²⁹; dovrà analizzare il contesto lavorativo ed organizzativo nel suo insieme, soffermandosi sulla comparazione tra la vittima ed i lavoratori in condizioni analoghe, quanto ad eventuali disparità di trattamento (non a caso la sentenza in commento si sofferma anche su questo punto)³⁰.

Il comportamento datoriale è mobbizzante se si ispira all'ostilità nei confronti del lavoratore: questo è il tratto fondamentale del *mobbing*, a pre-

²⁹ Si potrebbe guardare alle esperienze di altri ordinamenti: per una trattazione approfondita, nell'ottica dell'analisi comparata, v. il contributo di BALANDI, CALAFÀ, *Il rischio psico-sociale e organizzativo nel diritto del lavoro. Un'analisi comparata. Il rischio da lavoro oggi*, in LD, 2012, p. 183, nel quale si segnala, ad esempio, il caso del Belgio, dove si instaura un'interessante interazione tra "giudici" e "mediatori" chiamati dalle aziende a trattare le questioni del rischio psico-sociale ed organizzativo.

³⁰ Per le pubbliche amministrazioni, la l. 4 novembre 2010 n. 183 ha affidato un ruolo molto importante al "Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", che sostituisce i comitati per le pari opportunità e i comitati paritetici sul fenomeno del *mobbing* (art. 21): le attività di siffatto organismo potrebbero pertanto costituire un valido strumento, anche ai fini processuali. Specialmente l'azione di verifica, se accurata, potrebbe fare emergere importanti profili probatori – nell'ottica della trasparenza – che aiuterebbero la successiva, ed eventuale, fase processuale di acquisizione della prova. In questa prospettiva, i Comitati potrebbero esercitare una funzione ausiliaria rispetto al giudice, al fine di far conoscere le caratteristiche dell'ambiente di lavoro, la storia, i comportamenti pregressi dei lavoratori, le eventuali recidive, operando una sorta di monitoraggio permanente sugli ambienti di lavoro. Tra l'altro, non va sottovalutato il fatto che è proprio il settore pubblico a far registrare numerosi casi di *mobbing*, evidenziando altresì un'interessante interrelazione fra l'intensificarsi di condotte datoriali vessatorie e la "stabilità" del rapporto di lavoro: per questi spunti, v. LUCIANI, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro tra evento e conseguenze*, in AIDLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, cit., p. 305.

scindere dalla connotazione di illiceità degli atti datoriali medesimi. Tanto è vero che, come detto, operiamo una distinzione tra *mobbing* derivante da condotte già qualificate illecite³¹ e *mobbing* derivante da una pluralità di condotte formalmente lecite.

Guardando più da vicino le due situazioni, si osserva che, nella prima ipotesi, il *mobbing* si struttura attraverso una sequenza di condotte già di per sé contrarie a norme imperative (in quanto costituenti, ad esempio, una discriminazione). In questo caso, l'intento persecutorio, sul piano probatorio, si aggancerà ai moduli normativi già predisposti dal legislatore (ad esempio, in ipotesi di discriminazione per ragioni di sesso, l'art. 40 del d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 afferma la c.d. inversione parziale dell'onere della prova; nelle ipotesi di discriminazione per ragioni di razza o di origine etnica, si è instaurato un analogo regime in ordine alla prova, soprattutto all'indomani dell'emanazione del d.l. 8 aprile 2008 n. 59, convertito in l. 6 giugno 2008 n. 101), che segnano un forte alleggerimento dell'*onus probandi*. Non v'è motivo, infatti, di non trattare alla stessa maniera delle singole condotte discriminatorie (quanto ai regimi di prova) anche un progetto più ampio di discriminazione costituente il *mobbing*. Sicchè si potrà sostenere che la questione dell'intenzionalità del comportamento datoriale, in queste specifiche ipotesi, nei fatti scolorisce³².

Diversa è l'ipotesi del *mobbing* che si compone di una successione di condotte oggettivamente lecite, ma inserite in una strategia vessatoria (il *mobbing* autentico, che è poi quello più difficile da portare innanzi al magistrato). Qui, l'*animus nocendi* riacquista rilevanza ai fini della stessa esistenza della fattispecie del *mobbing*, ma comunque venendo ad essere declinato e vagliato nei termini innanzi riportati (come indicati da Cass. 6 marzo 2006 n. 4774, cit.), e cioè dando spazio al regime probatorio per presunzioni ed alla (sola) idoneità lesiva della condotta datoriale (idoneità che è data dalla concatenazione a fini vessatori degli atti, i quali singolarmente invece ne difettereb-

³¹ In questo caso, il *mobbing* costituirebbe circostanza aggravante di atti comunque illeciti, con una possibile ripercussione, eventualmente, sotto il profilo risarcitorio: così RAVELLI, *Licenziamento per superamento del periodo di comporta e mobbing, tra questioni di rito e di merito*, in *ADL*, 2013, p. 1136.

³² Anche se CORAZZA, *Mobbing e discriminazioni*, in PEDRAZZOLI (opera diretta da), *Ves-sazioni e angherie sul lavoro*, cit., p. 102, esprime dubbi sulla estensibilità al *mobbing* della "prova statistica" (peculiarità della disciplina della prova nei giudizi volti ad accertare la discriminazione).

bero³³). Se non si intendesse l'intenzionalità in questa maniera meno restrittiva per il lavoratore, oltre ad incidere negativamente sull'effettività delle tutele, si andrebbe a determinare un irragionevole distanziamento tra i due poli che strutturano la fattispecie del *mobbing*.

La soluzione proposta, invece, oltre a garantire maggiore equilibrio all'interno della fattispecie, mi pare che, in definitiva, non perda di vista i tratti identitari del diritto del lavoro del terzo millennio, evidenti anche sul piano delle tecniche processuali. Queste vanno orientate a neutralizzare la condizione di "debolezza" della "persona" del prestatore di lavoro subordinato e conferiscono concretezza ai diritti generali, costituzionali e comunitari, di azione e difesa in giudizio³⁴.

5. *Una disciplina per frammenti normativi che consente al giudice di concorrere alla formulazione della fattispecie*

La duplice articolazione delle condotte datoriali prese a riferimento mette in risalto un ulteriore aspetto non secondario nella nostra indagine e che ci riporta, ancora una volta, alla questione probatoria ed alla sua centralità.

La richiamata divaricazione sul regime della prova in effetti può essere letta come la conseguenza di un altro aspetto (anch'esso strutturale) della fattispecie, questa volta relativo al regime giuridico sostanziale applicabile. L'individuazione della disciplina giuridica da applicare in caso di *mobbing*, proprio in ragione della struttura aperta della fattispecie, non è definita *a priori*, ma risulta affidata – ed ecco la centralità del giudice (ma, se si vuole, anche dell'avvocato³⁵) – alla scelta argomentativa del magistrato che, di volta in volta, e caso per caso, pur muovendosi necessariamente all'interno del *thema decidendum* come fissato dalle parti, farà ricorso a questo o a quel frammento normativo a disposizione nell'ordinamento, valorizzerà il segmento normativo che riterrà, in base al suo prudente apprezzamento. Su questo

³³ Secondo PROIA, *Alcune considerazioni sul cosiddetto mobbing*, in *ADL*, 2005, p. 833, occorre che i diversi atti della condotta datoriale siano coordinati tra loro in violazione dei criteri generali di buona fede e correttezza che devono ispirare il comportamento delle parti durante l'intera esecuzione del rapporto.

³⁴ SANTUCCI, *I tratti identitari del diritto del lavoro del terzo millennio*, in A.A.V.V., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2013, p. 36.

³⁵ GAROFALO D., *Mobbing e tutela del lavoratore*, cit., p. 543.

substrato si situerà il suo convincimento e su di esso, in definitiva, poggerà la disciplina del *mobbing*³⁶.

Ciò emerge agevolmente dalla disamina delle pronunce giurisprudenziali, ove il *mobbing* compare quasi sempre associato a (o addirittura incorporato in) richieste di danno che si riconducono ad altri titoli: ad esempio, alla dequalificazione professionale (la cui ricostruzione poggia sulla lesione dei beni protetti dall'art. 2103 cod. civ.) oppure alla tutela antidiscriminatoria (la cui disciplina è contenuta nel d.lgs. n. 198/06, per le discriminazioni di genere; nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 215, per le discriminazioni per motivi di razza e origine etnica; nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, per le discriminazioni per motivi concernenti l'occupazione e le condizioni di lavoro; nell'art. 44 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, per quanto concerne le discriminazioni a carico degli immigrati).

Insomma, la variabilità strutturale della fattispecie è amplissima e non si arresta al tema della prova ma investe anche il tema della disciplina da applicare, secondo un elementare principio di rapporto *genus/species*, come detto per la questione probatoria. E così, anche in questo caso, se si versa in un'ipotesi esattamente riconducibile ad una disciplina *ad hoc* (ad esempio, in tema di discriminazioni), sarà questa a trovare applicazione. Nelle ipotesi non contemplate dalle esistenti discipline o comunque ad esse non riconducibili con certezza, riprenderà vigore l'istanza generale rappresentata dall'art. 2087 cod.

³⁶ È superfluo rammentare che appartiene alle regole del processo del lavoro il fatto che il giudice debba attenersi nella decisione alla (e non possa discostarsi dalla) prospettazione delle domande delle parti (c.d. principio dispositivo), articolate secondo i requisiti di cui all'art. 414 cod. proc. civ. e all'art. 416 cod. proc. civ., e cioè sulla base di elementi in fatto ed in diritto. Ma è pur vero che non manca alla ricchezza argomentativa di chi impianta un'azione giudiziaria, almeno nella maggior parte dei casi, l'accortezza (fosse anche per mera necessità difensiva) di articolare la stessa domanda (stesso discorso vale per la memoria difensiva del datore di lavoro) con varie richieste in via subordinata, offrendo così al giudice il più ampio ventaglio di opzioni, quanto alla disciplina giuridica da applicare al caso. Siffatte considerazioni giustificano pertanto la riportata tesi sulla centralità delle scelte del giudice: per un'esemplificazione al riguardo, v. Trib. Benevento 19 ottobre 2009 n. 3688, in *Banca dati De Agostini Professionale*, nella quale il magistrato fonda l'accoglimento della domanda sulla disciplina di cui al d.lgs. n. 215/03 ed al d.lgs. n. 216/03, intesi quali segmenti normativi specifici, da raccordare comunque con le tutele ex art. 2087 cod. civ. In effetti, il *mobbing*, come tipica patologia delle organizzazioni, può essere *trattato* soltanto da normative mirate sulle organizzazioni e sui fattori di rischio ad esse inerenti, quale, bene o male, è l'art. 2087 cod. civ. nella lettura affinata da una giurisprudenza di decenni: così DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in AIDCLASS, *Il danno alla persona del lavoratore*, Atti del Convegno nazionale, Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, cit., p. 48.

civ., sia pure con i più stringenti requisiti richiesti ai fini della prova. E mi pare che questa sia la impostazione che la Cassazione abbia inteso imprimere alla vicenda in quel passaggio argomentativo, benché sintetico, riportato nell'*incipit* della motivazione, dove scarta l'ipotesi dell'applicabilità dell'art. 4 del d.lgs. n. 216/03 (soltanto) per il profilo temporale.

In via conclusiva, mi pare assodato che quanto sin qui detto ci riporti una fattispecie estremamente elastica, in forza di una strutturale indeterminatezza di contenuto normativo: compete principalmente al giudice l'essenziale funzione di "integrazione valutativa". Pur con questa caratteristica, il relativo contenuto normativo, che si andrà a specificare per il tramite dell'intervento giudiziale appunto, potrà iscriversi, con ogni probabilità, nell'alveo delle "norme inderogabili a precetto generico", individuate in dottrina, quali espressione di "una vera e propria delega del potere legislativo al potere giudiziario, che ne esce onerato e rafforzato quale protagonista della mediazione tra interessi contrapposti realizzata formalmente in via interpretativa, ma sostanzialmente attraverso giudizi di valori"³⁷. Siffatta mediazione – è bene però avvertire – per la pregnanza degli interessi coinvolti, non può essere lasciata a se stessa o comunque non può esserlo troppo a lungo. Per un'intrinseca energia del nostro sistema normativo, essa spinge per rientrare e collocarsi stabilmente in una più ampia parabola regolativa, la cui fissazione non può che spettare al legislatore³⁸.

Key words

Mobbing, responsabilità del datore di lavoro, intento persecutorio/prova, comportamenti sistematici, ostilità, personalità morale del lavoratore.

Mobbing, employer's liability, persecutive intention/burden of proof, deliberate and aggressive behaviours, retaliatory measures, employee's psychological and moral integrity.

³⁷ VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, cit., p. 6.

³⁸ Per "vedere tutto il diritto", occorre dare dimensioni e collocazioni appropriate alla legge, alla definizione dottrinale, alla massima giurisprudenziale, intesi quali "formanti" dell'ordinamento giuridico: compito del giurista è stabilire quale sia il grado di dissociazione dei formanti, ed in quale misura soprattutto le fonti formali di un paese, il diritto ivi applicato e la conoscenza che i giuristi hanno del proprio sistema si trovino in concordanza: così, nella prospettiva del metodo comparativo, SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Utet, 1992, p. 49.

Marco Biasi

La (a)causalità del contratto a termine in Europa.
Riflessioni comparative sulle novità in Italia

Sommario: **1.** Premessa: oggetto e scopo dell'indagine. **2.** I presupposti per la valida apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato in Italia: breve ricognizione diacronica. **3.** La cornice europea. **3.1.** La "causalità" del termine come regola: Francia, Spagna, Finlandia e Norvegia. **3.2.** La "causalità" del termine come regola soggetta a (rilevanti) eccezioni: Germania e Svezia. **3.3.** La "acausalità" del termine come regola: Irlanda, Gran Bretagna e Olanda. **4.** Conclusioni.

1. Premessa: oggetto e scopo dell'indagine

Come suggerito dal titolo, il presente saggio intende indagare e confrontare le soluzioni di alcuni dei principali Paesi europei in materia di lavoro a termine¹, nel loro processo di adeguamento alla dir. 1999/70/CE² e nella fase, tutt'ora in corso, di – eventuale – “risposta” agli stimoli, anche “esterni”, frutto della crisi globale e dei suoi effetti sull'occupazione.

L'approfondimento in chiave comparata risulterà utile per meglio comprendere le profonde modifiche che hanno recentemente investito l'istituto in Italia e che hanno comportato, come verrà in seguito illustrato, il passaggio da un sistema legato alla sussistenza di ragioni obiettive per la valida apposizione del termine, salvo eccezioni, ad un regime di limitazioni di tipo quan-

¹ Per ragioni di spazio, l'analisi verterà sui presupposti per la valida stipulazione del contratto subordinato a tempo determinato e sulle regole vigenti in materia di successione di rapporti (i.e. il regime di proroghe e rinnovi), senza investire il regime sanzionatorio, nonostante l'ovvia considerazione per cui, specie nella materia *de qua*, la prevenzione degli abusi passi anche, se non soprattutto, dalla presenza di efficaci misure dissuasive (*rectius*, repressive).

² Dir. 1999/70/CE del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 da UNICE, CEEP e CES.

tativo, legate a parametri individuali (durata complessiva del rapporto e numero di proroghe ammesse) e collettivi (percentuale di forza lavoro impiegata a tempo determinato dallo stesso datore di lavoro).

Se la c.d. “acausalità” dell’assunzione a tempo determinato costituisce oggi la regola nel nostro Paese, oltremodo interessante potrà apparire l’approfondimento avente ad oggetto gli ordinamenti che accolgono una prospettiva analoga, senza trascurare i sistemi che presentano soluzioni più affini alla previgente disciplina nazionale, nella comune esigenza, derivante dalla cornice europea (la quale esula, tuttavia, dal circoscritto campo di indagine del presente lavoro), di scongiurare gli abusi nella successione di rapporti a termine e di promuovere, pur con incerta convinzione, le forme di impiego *sine die*.

2. I presupposti per la valida apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato in Italia: breve ricognizione diacronica

Come noto, la normativa italiana in materia di contratto a termine ha registrato nel tempo continue oscillazioni³.

Se già la transizione dall’art. 1628 del cod. civ. del 1865 e all’art. 2097 del cod. civ. del 1942 aveva segnato la cifra di un’inversione di tendenza circa l’opportunità di fare dell’assunzione a termine o, specularmente, dell’impiego *sine die* la regola⁴, una svolta si è avuta nel successivo passaggio dall’enunciazione tassativa delle ragioni per la valida apposizione del termine (l. 18 aprile 1962, n. 230), integrabili in seguito con nuove ipotesi dalla contrattazione

³ Per un’analitica ricognizione, condotta in chiave diacronica, della normativa nazionale in materia di lavoro a termine, aggiornata all’estate del 2013, MENGHINI, *Art. 2097 – Durata del contratto di lavoro*, in CAGNASSO, VALLEBONA, *Dell’impresa e del lavoro*, artt. 2060-2098, t. I, in *Comm. Gabrielli*, 2013, p. 628 ss.; per una sintesi, ID., *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *ADL*, 2014, 6, in corso di pubblicazione; MALIZIA, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro privato e pubblico. Aspetti e linee di tendenza verso una nuova flessibilità socialmente ed economicamente sostenibile*, Edizioni Accademiche Italiane, 2014, p. 44 ss.; SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 99; nonché, in precedenza, EAD., *Flexicurity e lavoro a termine: problematiche attuali e prospettive*, in ZOPPOLI L., DELFINO, *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008, p. 56 ss., ed ivi un interessante confronto tra la disciplina italiana in materia di lavoro a termine nel tempo e le emergenti istanze di *flexicurity* a livello europeo.

⁴ Sul significato, sul piano storico e sociale, di tale fondamentale mutamento di prospettiva, GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, in CORAZZA, ROMEI, *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 139 ss.

collettiva (art. 23 l. 28 febbraio 1987, n. 56), alla norma generale di cui all'art. 1 d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368⁵, per effetto della quale l'assunzione a tempo determinato veniva ammessa “a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”.

Tale mutamento di prospettiva non ha peraltro comportato una radicale rivisitazione della disciplina della proroga, ammessa, nella l. 230/1962 (art. 2, co. 1) e nel d.lgs. 368/2001 (art. 4), per una sola volta ed in presenza di ragioni, nel primo caso, contingenti e imprevedibili, nel secondo, oggettive, oltre che, a partire dalla l. 24 dicembre 2007, n. 247, nel termine massimo, in ipotesi di “successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti”, di 36 mesi, comprensivi tanto delle proroghe, quanto dei rinnovi⁶.

Ciò che merita di essere sin da subito sottolineato è che, come affermato a chiare lettere dalle Sezioni Unite n. 4588 del 2006⁷, l'evoluzione normativa in materia non aveva, sino ad oggi (v. *infra*), alterato, ma, al contrario, confermato il ruolo del contratto a termine quale eccezione alla regola costituita dal contratto a tempo indeterminato.

Proprio attraverso tale filo conduttore si era mossa la giurisprudenza largamente maggioritaria, che, nel vigore del d.lgs. 368/2001, aveva ritenuto che la ragione per l'apposizione del termine non dovesse essere solo specificata nel contratto, ma che dovesse altresì risultare legata a ragioni temporanee⁸, se non eccezionali⁹, quand'anche “riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro”¹⁰.

⁵ MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in MARTONE *Contratto di lavoro e organizzazione. Contratto e rapporto di lavoro*, IV, in PERSIANI, CARINCI F., *Trattato di diritto del lavoro*, tomo 1, Cedam, 2012, p. 212 ss.

⁶ Art. 5, co. 4-bis d.lgs. 368/2001, introdotto dall'art. 1, co. 40 lett. b) l. 247/2007, su cui SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in RIDL, 2008, I, p. 181 ss.; ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2008, p. 68.

⁷ Cass. S.U. 2 marzo 2006, n. 4588, in NGCC, 2007, I, p. 187, con nota di DI MONTESAR-CHIO, *L'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56: una delega in bianco a favore delle parti sociali*; conf. Cass. 21 maggio 2008 n. 12985, in FI, 2008, I, c. 3569 e, da ultimo, Cass. 18 ottobre 2013 n. 23702, in Rep. FI, 2013, *Lavoro (rapporto)*, n. 827.

⁸ Cass. 27 aprile 2010 n. 100033, in RIDL, 2011, II, 41, con nota di RAIMONDI, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*.

⁹ Per un riepilogo della giurisprudenza di merito espressasi sul punto, SPEZIALE, *Il contratto a termine: nuove disposizioni e regime sanzionatorio*, in FIORILLO, PERULLI, *Rapporto individuale e processo del lavoro*, vol. II, *Il nuovo diritto del lavoro*, Giappichelli, 2014, p. 144; ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, p. 62 ss.

¹⁰ Art. 21 d.l. 25.6.2008 n. 112, convertito in l. 6.8.2008, n. 133, su cui FERRARO, *Il contratto*

Tale rapporto di regola/eccezione tra assunzione *sine die* e contratto a termine ha ricevuto espresso riconoscimento pure dalla successiva l. 28 giugno 2012, n. 92, che, individuando nel contratto a tempo indeterminato la “*forma comune di rapporto di lavoro*”¹¹, e non più la “*regola*”¹² (in apparenza, senza notevoli discrepanze¹³, ma secondo una formula più vicina, anche nella *ratio*, alla normativa Europea¹⁴), già dal suo *incipit* sembrava confermare nelle intenzioni l’idea di rendere il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato la modalità di impiego “*dominante*”¹⁵.

Tale progetto, peraltro, rientrava nella logica della c.d. “Riforma Fornero” di riduzione della flessibilità in entrata e di contestuale apertura verso una maggiore flessibilità in uscita¹⁶, estrinsecatasi poi nei fatti in una stringente limitazione al lavoro autonomo¹⁷, ma non altrettanto al lavoro a termine, il cui utilizzo è sembrato, al contrario, ricevere una significativa spinta da tale intervento legislativo¹⁸.

a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate 2008), in ID, *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, 2008, p. 45 ss.

¹¹ Art. 1, co. 1 d.lgs. 368/2001, così come modificato dall’art. 1, co. 9 lett. a) l. 92/2012.

¹² Art. 1, co. 1 d.lgs. 368/2001 nella prima versione, frutto dell’inserimento da parte dell’art. 1, co. 39 l. 247/2007, su cui si leggano le riflessioni di GAROFALO D., *Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine*, in D’ONGHIA, RICCI M., *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2009, p. 85 ss.

¹³ ALESSI, *Le modifiche in tema di lavoro a termine nel “decreto lavoro”: alcune osservazioni in tema di “acausalità” e proroga del contratto*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”, 2013, 188, p. 4; GHERA, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in DLRI, 2013, p. 692; TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92 del 2012*, in DRI, 2012, p. 960; VOZA, *Le oscillazioni del pendolo: flessibilità e rigidità nell’accesso al lavoro subordinato dopo la legge Fornero*, in RGL, 2012, p. 664; contra, CASOLA, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, in RIDL, 2013, I, p. 552.

¹⁴ 6° Considerando dell’Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Dir. 1999/70/CE del 28 giugno 1999.

¹⁵ Art. 1, co. 1 lett. a) l. 92/2012, su cui GHERA, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in CHIECO, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 21 ss.

¹⁶ TOSI, *L’improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in ADL, 2012, p. 813 ss.; BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in LD, 2012, p. 441 ss.

¹⁷ PERSIANI, *Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, in RIDL, 2013, I, p. 827 ss.; SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”, 2012, p. 2.

¹⁸ BANO, *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in LD, 2012, p. 508; CHIUSOLO, *Il contratto a termine*, in FEZZI, SCARPELLI, *Guida alla Riforma Fornero. I Quaderni di Wikilabour*, 2012, p.

Del resto, proprio con riferimento al requisito della giustificazione del termine, con la l. 92/2012¹⁹ veniva generalmente ammessa la stipulazione di un primo contratto a termine “acausale”²⁰, quando in precedenza l’esclusione dall’obbligo di indicare la ragione giustificativa di cui all’art. 1 d.lgs. 368/2001 aveva tutt’al più riguardato ipotesi eccezionali, legate alla particolare natura dell’attività, ai periodi dell’anno o alle caratteristiche soggettive del lavoratore²¹.

Si trattava, a tutta evidenza, di una soluzione altamente innovativa per l’ordinamento, accolta positivamente dalle autorevoli voci²² che hanno sostenuto come la descritta “*liberalizzazione del primo contratto a termine*”²³ non si ponesse in conflitto con l’allora vigente regola generale della necessaria giustificazione del termine, né, tantomeno, con l’obbligo, di matrice europea, di reprimere gli abusi nell’utilizzo di tale tipologia contrattuale, legati alla successione di assunzioni a termine, e non al caso di un primo, isolato contratto²⁴.

Sempre l’art. 1, co. 1-*bis* d.lgs. 368/2001 legittimava, nella sua prima formulazione, la contrattazione collettiva a consentire la stipulazione di uno o più contratti a termine – dubbiamente²⁵ – “acausali”, a due condizioni: a)

15. Nel senso della contraddittorietà tra gli scopi dichiarati dalla riforma e le modifiche alla disciplina del lavoro a tempo determinato, SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in RIDL, 2013, I, p. 790; BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, 2013, p. 15; DI PAOLA, FEDELE, *Le modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato*, in PALLADINI, *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, 2013, p. 19; FALERI, *Flessibilità del lavoro e precarietà dei lavoratori dopo la riforma Fornero*, in LD, 2012, p. 519.

¹⁹ Art. 1, co. 9 l. 92/2012.

²⁰ L’art. 1, co. 1-*bis* lett. a) prevedeva che il requisito di cui all’art. 1, co. 1 d.lgs. 368/2001 non venisse richiesto nell’ipotesi di “*primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro... e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione... nella forma del contratto a tempo determinato...*”.

²¹ Si fa qui riferimento alla disciplina relativa al trasporto aereo e servizi aeroportuali (art. 2 d.lgs. 368/2001) e ai servizi postali (art. 2, co. 1-*bis* d.lgs. 368/2001), nonché al contratto a termine di durata fino a 12 giorni (art. 1, co. 4 d.lgs. 368/2001), oltre alle regole speciali per i dirigenti (art. 10, co. 4 d.lgs. 368/2001): per un riepilogo, MIRANDA, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2007, p. 84 ss.

²² MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012)*, in LG, 2010, p. 928.

²³ TREU, *Uno sguardo d’insieme. Punti di forza e criticità della riforma*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell’anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013, p. 329.

²⁴ Diffusamente, DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in CINELLI, G. FERRARO, MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 43 ss., anche per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

²⁵ L’uso di tale avverbio si spiega sulla scorta del requisito *sub* b) sopra indicato, che pre-

entro il limite del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva; b) nell'ambito di un "processo organizzativo" caratterizzato dall'avvio di una nuova attività, per il lancio di un nuovo prodotto, per l'introduzione di un cambiamento tecnologico, in vista di una fase supplementare di un progetto di ricerca, ovvero per il rinnovo o la proroga di una commessa²⁶.

Poco dopo, tuttavia, il d.l. 28.6.2013, n. 76²⁷, in un'ottica di "esaltazione del ruolo della contrattazione collettiva anche di secondo livello"²⁸, ha attribuito, in luogo della previsione da ultimo richiamata, alla contrattazione – di livello anche aziendale – la facoltà di individuare altri casi in cui può essere validamente stipulato un contratto a tempo determinato, in aggiunta all'ipotesi del primo contratto a termine "acausale" e, soprattutto, senza i relativi limiti²⁹, secondo un modello di rinvio già sperimentato con l'art. 23 l. 56/1987³⁰.

Da ultimo, però, è come noto intervenuto il d.l. 20 marzo 2014, n. 34³¹ (convertito, con modifiche, con l. 16 maggio 2014, n. 78³²), che ha soppresso

sentava notevoli affinità con un elenco di causali tipizzate dal legislatore, o "macro-causali", come efficacemente sostenuto da GIOVANNONE, TIRABOSCHI, *Il lavoro a termine nuovamente riformato*, in TIRABOSCHI, *Il Lavoro riformato*, Giuffrè, 2013, p. 178; similmente, GIUBBONI, *La flessibilità del lavoro nella legge n. 99 del 2013*, in MGL, 2013, 10, p. 659; MORONE, *La nuova disciplina dei contratti a tempo determinato*, in PERSIANI, S. LIEBMAN, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, 2013, p. 70.

²⁶ ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Il termine nel contratto di lavoro: riflessioni a margine della Riforma Fornero*, in ADL, 2013, p. 562 ss.

²⁷ Convertito con l. 9.8.2013, n. 99.

²⁸ COSTA, GIOVANNONE, *Il lavoro a termine riformato*, in TIRABOSCHI, *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013, n. 76*, Adapt University Press, 2013, p. 176.

²⁹ Art. 7, co. 1 lett. b) d.l. 76/2013, che ha introdotto l'art. 1, co. 1-bis lett. b) d.lgs. 368/2001, su cui MISCIONE, *I contratti di lavoro a termine 2013*, in LG, 2013, Speciale, p. 15.

³⁰ GIUBBONI, *Lavoro a tempo determinato e dintorni*, in Av.Vv., *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2014, p. 350; BIASI, *Retribuzione di produttività, flessibilità e nuove prospettive partecipative*, in RIDL, 2014, I, p. 357.

³¹ MISCIONE, «Jobs Act», con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in LG, 2014, p. 305 ss.; BALLESTRERO, *Così si scambia la regola con l'eccezione*, in L&W, 2014, 4, p. 13 ss.; GOTTARDI, *Osservazioni alla nuova disciplina del contratto a termine*, ibidem, p. 21 ss.; MARIUCCI, *Un decreto da cambiare che contraddice il Jobs Act annunciato da Renzi*, ibidem, p. 25 ss.; SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, ibidem, p. 30 ss.; TIRABOSCHI, GIOVANNONE, *Jobs Act: come cambia il contratto a termine*, in GL, 2014, 12, p. 14; TIRABOSCHI, TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in TIRABOSCHI, *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt University Press, 2014, p. I ss.

³² BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in ADL, 2014, 3, p. 566 ss.;

in toto il requisito della causale, consentendo la “libera” – ossia “sempre *acausale*”³³ – assunzione di un lavoratore a tempo determinato, nel limite “di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe”.

Come anticipato in premessa, la nuova disciplina non prescrive più il rispetto di parametri di tipo qualitativo (la presenza di ragioni oggettive per la valida apposizione del termine), sostituiti, oggi, da requisiti di natura quantitativa e di carattere, tanto assoluto (durata del contratto e numero proroghe, fissati nel massimo, rispettivamente, di 36 mesi e di 5), quanto relativo (percentuale non superiore al 20% della forza lavoro assunta a termine sul totale³⁴, fatte salve le rilevanti eccezioni, legali e convenzionali, di cui all’art. 10, co. 7 d.lgs. 368/2001³⁵).

CARINCI F., *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico)*, *ibidem*, p. 655 ss.; SFERRAZZA, ZILIO GRANDI, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, 2014, 220; GRAGNOLI, *Ulteriori novità sul contratto di lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 2014, p. 529 ss.; ID., *L’ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, *ivi*, 2014, p. 434 ss.; ROMEO, *Il lavoro a tempo determinato a fine corsa? Jobs act tra semplificazioni e criticità*, in *MGL*, 2014, p. 440 ss.; TIRABOSCHI, TOMASSETTI, *Lavoro a termine: i dubbi dopo la conversione del decreto*, in *GL*, 2014, 22, p. II ss.; TUFO, MINEO, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in BORTOLAMEI, DI STEFANO, MATRUNDOLA, *La riforma infinita alla prova del Jobs Act*, in *Quad. Fondazione Marco Biagi*, 2014, 2, p. 15 ss.; DE LUCA L., *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs Act e dintorni)*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2014, p. 217.

³³ MISCIONE, «Jobs Act», *cit.*, p. 309.

³⁴ Va, tuttavia, sottolineato che l’osservanza di quest’ultimo limite, a prescindere dalle difficoltà di carattere pratico nell’esercitare un simile controllo numerico, specie nelle imprese non sindacalizzate (BALLESTRERO, *Così si cambia*, *cit.*, p. 14; MARIUCCCI, *Un decreto da cambiare*, *cit.*, p. 27; BROLLO, *La nuova flessibilità*, *cit.*, p. 586), non risulta espressamente presidiata, nella versione dell’art. 1, co. 1 d.lgs. 368/2001 risultante dalla legge di conversione del d.l. 34/2014, dalla minaccia della conversione, ma solo da una sanzione amministrativa, il che ha indotto parte degli interpreti a ritenere che la seconda abbia di fatto sostituito la prima (MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2014, p. 9; SANTORO, *Le nuove sanzioni per il contratto a termine*, in *GL*, 2014, 22, p. XIII), anche se vi è chi ha sostenuto che non si debba necessariamente trattare di una sanzione esclusiva e che vi possa essere tuttora spazio per la riqualificazione in rapporto a tempo indeterminato (GRAGNOLI, *Ulteriori novità sul*, *cit.*, p. 530).

³⁵ TIRABOSCHI, TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in TIRABOSCHI, *Jobs Act: il cantiere aperto*, *cit.*, p. 22 ss.; sul possibile impatto dell’art. 8 l. 14 settembre 2011, n. 148 sulla materia *de qua*, SPEZIALE, *Totale liberalizzazione*, *cit.*, p. 31 ss.

3. *La cornice europea*

Stando al vigente art. 1, co. 1 d.lgs. 368/2001, il contratto a termine si porrebbe ancora come eccezione rispetto all'impiego *sine die*, che, si legge, “*costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”.

Alla luce dell'attuale normativa nazionale in materia di lavoro a termine, tuttavia, molte voci hanno, non senza valide argomentazioni, di recente giudicato tale inciso “*distonico*”³⁶, “*anacronistico*”³⁷ o “*evanescente*”³⁸, se non addirittura meramente “*simbolico*”³⁹, pur non mancando chi, al contrario, ha osservato come la presenza dei nuovi limiti quantitativi continui a segnalare lo sfavore verso il contratto a termine e la preferenza verso l'impiego *sine die*⁴⁰.

Proprio qui sta il punto.

Come è noto, la disciplina italiana si inserisce nel contesto della normativa europea in materia di contratto a termine ed in particolare della dir. 1999/70/CE⁴¹, che, dispone, sin dal Preambolo dell'Accordo Quadro alla stessa allegato, che il “*contratto a tempo indeterminato è e continuerà ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro*”.

Tuttavia, come anticipato in premessa, nel seguente lavoro non si intende valutare la conformità della nuova disciplina nazionale con i dettami del legislatore europeo⁴², così come interpretati (e valorizzati) dalla fondamentale e copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴³, bensì mettere a confronto

³⁶ TIRABOSCHI, TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. II; similmente, DELL'ARINGA, *Jobs Act: le misure per il rilancio dell'occupazione*, in *GL*, 2014, 12, p. 13.

³⁷ ROMEO, *Il lavoro a tempo*, cit., p. 442, peraltro già con riferimento alla novella di cui alla l. 92/2012; similmente, BALLESTRERO, *Così si cambia*, cit., p. 13 e 14; IANNIRUBERTO, *Quale futuro per il contratto a tempo indeterminato?*, in *ADL*, 2014, 2, p. 361.

³⁸ BROLLO, *La nuova flessibilità*, cit., p. 570.

³⁹ GOTTARDI, *Osservazioni alla nuova disciplina*, cit., p. 22.

⁴⁰ MENGHINI, *La nuova disciplina*, cit.

⁴¹ In tema, ampiamente, CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in DEL PUNTA, ROMEI, *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2014, p. 1 ss.; FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010, p. 137 ss.

⁴² MENGHINI, *op. ult. cit.*; CARINCI F., *Il diritto del lavoro che verrà*, cit., p. 664 e 665; TIRABOSCHI, TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 17 ss.; RYMKEVICH, *Il cosiddetto “Jobs Act” e la Direttiva europea 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato: alcuni elementi critici a confronto*, in BORTOLAMEI, DI STEFANO, MATRUNDOLA, *La riforma infinita*, cit., p. 25 ss.

⁴³ Per un riepilogo della giurisprudenza europea, GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, in *RGL*, 2012, I, p. 721 ss.

le soluzioni adattate in altri Paesi europei, anch'essi tenuti al rispetto della medesima cornice⁴⁴.

Una particolare attenzione verrà riservata al requisito della giustificazione per l'apposizione del termine (al primo contratto, nonché alle proroghe e ai rinnovi), e, specularmente, allo spazio per l'assunzione a termine "acausale", valutando, in ipotesi, le altre misure approntate al fine di scongiurare gli abusi – si badi – nella "successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato", in conformità alla celebre clausola 5 dell'Accordo Quadro allegato alla dir. 99/70/CE.

Si è qui scelto di seguito di raggruppare i Paesi sulla base del rilievo attribuito al requisito della giustificazione del termine già dal primo contratto, non tanto sul presupposto per cui si tratti necessariamente della misura maggiormente protettiva⁴⁵, quanto nell'intento di seguire, anche sul piano espositivo, il percorso della normativa nazionale dalla "causalità" come regola generale all'introduzione di rilevanti eccezioni alla stessa, sino alla pressoché totale "liberalizzazione" – sul piano "qualitativo" – dell'assunzione a tempo determinato "acausale".

3.1. La "causalità" del termine: Francia, Spagna, Finlandia e Norvegia

Nell'esame comparato, sembra opportuno partire dall'analisi della normativa di un Paese che presenta una soluzione sotto molti aspetti simile a quella italiana del più recente passato.

⁴⁴ Per un esame in chiave comparata, AA.VV., *Comparative Labour Law Dossier: Temporary Work and Fixed-Term Contracts*, newsletter, 2014, 44; DEL CONTE, FRATELLO, *I contratti a termine in Europa: spunti per un'analisi comparata*, in *Boll. Spec. Adapt*, Marzo 2012; CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2007, p. 56; AA.VV., *Ricerche. Il lavoro a termine in Europa: sviluppo, modelli regolativi e tendenze*, in *DRI*, 2007, 4, con i contributi di BLANPAIN, *I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?*, p. 1045 ss. e ZILIO GRANDI, *La normativa comunitaria sul lavoro a termine*, p. 1052 ss.; DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei Paesi dell'Unione Europea*, in *FI*, 2002, V, c. 105 ss. Inoltre, un'approfondita ricerca sul lavoro "atipico" in Europa (dunque, non solo sul contratto di lavoro subordinato a tempo determinato), con ampio corredo di dati empirici, è stata condotta da CALDARINI, GIUBBONI, MCKAY, *Il "posto" del lavoro atipico nel coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale in Europa: Un'analisi comparativa transnazionale (Belgio, Francia, Germania, Italia, Regno Unito, Slovenia, Spagna, Svezia)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, Collective Volumes, 2014, 2.

⁴⁵ Si ricorda che, come rilevato dalla Corte di Giustizia, le "misure" indicate nella clausola 5 dell'Accordo Quadro allegato alla dir. 99/70/CE sono tra loro alternative e non elencate nel testo in ordine gerarchico: tra le ultime, C. Giust. 26 gennaio 2012, C-586/10, "Kücük", in *GC*, 2012, I, p. 1877.

In Francia⁴⁶, ove pure l'istituto è stato soggetto ad una lunga stratificazione normativa⁴⁷, era ed è infatti prevista la forma scritta *ad substantiam* del contratto di lavoro a tempo determinato con l'indicazione “*precisa*” delle ragioni per l'apposizione del termine⁴⁸, fissate tassativamente dalla legge e per l'esecuzione di attività di carattere rigorosamente specifico e temporaneo⁴⁹.

Le ragioni tipiche per il ricorso al contratto a termine, non derogabili dalla contrattazione collettiva, sono le seguenti: a) la sostituzione di lavoratore assente, il cui rapporto sia sospeso o in una fase di riduzione parziale dell'orario di lavoro⁵⁰; b) il temporaneo incremento dell'attività dell'impresa⁵¹; c) l'impiego in attività stagionali o per le quali è caratteristica (“*d'usage*”) l'assunzione temporanea, per loro natura (agricoltura, turismo e altri settori indicati in una lista redatta dal Ministero del Lavoro Francese) o per effetto dell'individuazione da parte della contrattazione collettiva⁵²; d) per promuovere la formazione e l'impiego⁵³.

Tranne che nel caso del contratto a termine per ragioni sostitutive, i cui effetti si producono sino al rientro in servizio del lavoratore sostituito⁵⁴, la durata massima di un contratto a termine è di regola 18 mesi⁵⁵, comprensivi

⁴⁶ PAGNERRE, *Social reforms to cope with the Financial Crisis in France*, in *CLL&PJ*, 2014, 25, 3, p. 303 ss.; MUTARELLI, *Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento francese*, in FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 321 ss.; LOKIEC, *Fixed-Term Contracts in France*, in AA.VV., *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts. A Comparative Overview*, Kluwer Law International, 2010, p. 71 ss.; LAULOM, VIGNEAU, *Chapter 1: France*, in CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and security*, cit., p. 10 ss.; DAUGAREILH, *L'esperienza francese: tra il miglioramento dello «Statut» del lavoratore e il contrasto alla precarizzazione dei lavori*, in GARILLI, NAPOLI, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003, p. 269 ss. Da ultimo, per un'efficace sintesi, MAZEAUD, *Droit du travail*, 9 ed., *LGDJ*, 2014, p. 365 ss.

⁴⁷ Dalla prima regolamentazione della materia, mediante la loi 3 gennaio 1979, n. 79-11, si sono susseguiti numerosi interventi, che, già con l'Ordonnance 5 febbraio 1982, n. 82-131, hanno reso la normativa francese in materia di lavoro a tempo determinato alquanto protettiva nei confronti dei lavoratori, tanto da non richiedere significative modifiche al fine di dare attuazione ai principi contenuti nella dir. 99/79/CE.

⁴⁸ Art. l. 1242-12 Cod. Trav.

⁴⁹ Art. l. 1242-1 Cod. Trav., ove si legge anche che il contratto a termine “*non può avere né per oggetto né per effetto lo svolgimento durevole di un impiego legato all'attività normale e permanente dell'impresa*”.

⁵⁰ Art. l. 1242-1, n. 1 Cod. Trav.

⁵¹ Art. l. 1242-1, n. 2 Cod. Trav.

⁵² Art. l. 1242-1, n. 3 Cod. Trav.

⁵³ Artt. l. 1242-3 e 1242-4 Cod. Trav.

⁵⁴ Art. l. 1242-9 Cod. Trav.

⁵⁵ Art. l. 1242-8 Cod. Trav.

di proroga, ammessa per una sola volta e per le stesse ragioni del termine iniziale⁵⁶.

Per quanto concerne i rinnovi, la legge, oltre a fissare un periodo cuscinetto prima della stipulazione di un nuovo contratto a termine (almeno un terzo del contratto a termine scaduto)⁵⁷, prevede che il lavoratore non possa essere assunto di nuovo a tempo determinato nella stessa posizione lavorativa occupata in precedenza, se non in via eccezionale⁵⁸.

Per un quadro complessivo sulla disciplina francese, tuttavia, utile nel raffronto con la disciplina *de iure condito* spagnola (v. *infra*) e *de iure condendo* italiana⁵⁹, non si può non ricordare come proprio la presunta rigidità della disciplina francese, tanto in entrata⁶⁰, quanto in uscita⁶¹, avesse spinto il legislatore francese ad introdurre, nel periodo di massimo fermento per il paradigma della *flexicurity* (in Francia⁶² e, ovviamente, non solo⁶³) e ben prima dell'attuale crisi finanziaria, due nuove forme di contratto subordinato a tempo indeterminato "speciali", entrambe destinate, tuttavia, ad una breve quanto scarsa fortuna⁶⁴.

⁵⁶ Art. l. 1243-13 Cod. Trav.

⁵⁷ Art. l. 1244-3 Cod. Trav.

⁵⁸ Art. l. 1244-4 Cod. Trav.

⁵⁹ Cfr. l.d. AS 1428/2014 del 3 aprile 2014; per un approfondito commento, L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2014.

⁶⁰ Né va dimenticato il contributo che il datore di lavoro è tenuto a versare per l'assicurazione contro la disoccupazione del lavoratore a tempo determinato, di recente elevato nel suo ammontare dalla loi n. 2013-504 del 14 giugno 2013 sulla "*sécurisation de l'emploi*" (per un attento esame della novella, si rinvia al volume a cura di CASANO, *La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?*, Adapt Labour Studies, e-Book Series, 2014, n. 6), oltre alla indennità di fine contratto ("*indemnité de fin de contrat*"), che deve essere corrisposta al momento della cessazione del contratto del lavoratore a termine non confermato (a tempo indeterminato), nell'ammontare del 10% della retribuzione percepita globalmente (Art. l. 1243-8 Cod. Trav.).

⁶¹ Per un riepilogo ed ampi riferimenti bibliografici, CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014, p. 59 ss.

⁶² Cfr., su tutti, il contributo di BLANCHARD, TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, 2003 (per una sintesi in lingua italiana, ID., *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in RIDL, 2004, I, p. 161 ss.).

⁶³ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde su "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006), 708 definitivo del 22 novembre 2006.

⁶⁴ Si trattava, come noto, del *Contrat Nouvelle Embauche* (CNE) e del *Contrat Première Embauche* (CPE), il primo risalente all'agosto 2005 e rivolto alle imprese con meno di 20 dipendenti, ed il secondo destinato alle imprese al sopra di tale soglia e pensato per l'assunzione di

Ciò parrebbe confermare l'idea che non si possa guardare alla disciplina del contratto che unitamente al complesso delle regole volte a garantire la stabilità dell'impiego all'interno di un sistema.

Sulla scorta di simili considerazioni, la stessa dottrina francese ha convicentemente escluso che il contratto a termine costituisca di per sé l'epitome della precarietà, come testimonierebbero, *inter alia*, le regole vigenti in materia di recesso datoriale *ante tempus* dal contratto a termine, che risultano, anche oltralpe, senz'altro più stringenti rispetto ai presupposti sostanziali del licenziamento in presenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato⁶⁵, a maggior ragione nelle sue forme "a tutele progressive" ivi sperimentate⁶⁶.

A fronte di ciò, risulta oltremodo interessante l'esame dell'esempio spagnolo, caratterizzato da una diffusione da sempre considerevole dell'impiego temporaneo e da una normativa in materia oggetto di continue modifiche⁶⁷,

giovani di età inferiore ai 26 anni ed in cerca di occupazione. Se quest'ultimo progetto venne ritirato dal Governo subito dopo le dure proteste della primavera del 2006, il CNE, che consentiva al datore di lavoro la recedibilità, nei primi due anni di rapporto ("*période de consolidation de l'emploi*"), dietro il solo pagamento di un indennizzo pari all'8% della retribuzione percepita al momento di conclusione del rapporto (salve ragioni discriminatorie o ipotesi di abuso del diritto), entrò effettivamente in vigore con l'ordonnance n. 2005-893 del 2 agosto 2005, ma le sue previsioni in materia di recesso datoriale vennero poco dopo dichiarate dalla Corte d'Appello di Parigi contrarie alla convenzione OIL n. 158/1982 (Cour Appel Paris 6 luglio 2007, in *RJS*, 2007, 8-9, n. 982; conf. Cass. soc. 1 luglio 2008, in *RDT*, 2008, p. 514) e l'istituto venne poi definitivamente soppresso con la loi n. 2008-596 del 25 giugno 2008, che, peraltro, introdusse al contempo lo strumento, diverso ma animato da analoghe finalità, della "*rupture conventionnelle*". Per un efficace riassunto di tali esperienze, CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 536 ss.

⁶⁵ Il recesso datoriale *ante tempus* dal rapporto di lavoro a tempo determinato è ammesso dall'art. l. 1243-1 Cod. Trav. solo in ipotesi di colpa grave ("*grave fault*"), di forza maggiore ("*force majeure*"), o di accertata inabilità al lavoro ("*d'inaptitude constatée par le médecin du travail*"), mentre, nel caso di rapporto a tempo indeterminato, ai fini della valida intimazione del licenziamento è richiesta la presenza di ragioni serie e concrete ("*cause réelle et sérieuse*": art. l. 1232-1 e 1233-2 Cod. Trav., rispettivamente, per il licenziamento per motivi legati alla persona e per il licenziamento per ragioni economiche): sul punto, MAZEAUD, *Droit du travail*, cit., p. 3873 ss.

⁶⁶ LAULOM, VIGNEAU, *Chapter 1: France*, cit., p. 20.

⁶⁷ Sull'esperienza spagnola, VALDÉS DAL-RÉ, *25 años de precariedad en la contratación laboral*, in *RL*, 2010, p. 273 ss.; FERNÁNDEZ AVILÉS, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna. Osservazioni sul Real Decreto-ley 10/2010, 16 giugno, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2010, p. 1154 ss.; OLIVIERI, *Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità ed irrazionalità del sistema*, in *ADL*, 2013, p. 285 ss.; OLIVER REUS, *Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento spagnolo*, in FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, 2008, p. 342 ss.; VALDÉS DAL-RÉ, LAHERA FORTEZA, *Chapter 5: Spain*, in CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and Security*, cit., p. 78 ss.; GALIZIA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia e Spagna*, in *DRI*,

tra le quali, appunto, l'introduzione di un contratto a tempo indeterminato "a tutele progressive" (v. *infra*).

Fissato, già con la Ley n. 16 dell'8 aprile 1976 il "*principio de causalidad*" dell'assunzione a termine, risale allo Statuto dei Lavoratori del 1980 l'affermazione secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola e il contratto a termine l'eccezione, ammessa solo per ragioni eccezionali e temporanee⁶⁸.

Assai significativa è stata poi la fase, prima, di adeguamento alla dir. 99/70/CE⁶⁹, in particolare diretta a limitare l'eccessivo ricorso a rapporti a termine successivi, in seguito, delle riforme della crisi, nel corso della quale il Legislatore è intervenuto sul regime temporale e sul sistema rimediabile per i casi di abuso nella successione di contratti a termine e non, a differenza del caso italiano, sui presupposti sostanziali per la valida apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato⁷⁰.

In sintesi, oggi il contratto a tempo determinato è ammesso in Spagna in una delle seguenti tre ipotesi⁷¹: a) per il compimento di opera o servizio determinato, autonomo dall'attività di impresa caratteristica e di natura temporanea ("*contrato de obra o servicio determinado*"). In tal caso, il contratto di lavoro ha termine finale nel momento di ultimazione dell'opera o del servizio e, comunque, entro tre anni; b) per imprevedibili circostanze di mercato, anche se riferibili all'ordinaria attività di impresa ("*contrato eventual por circunstancias de la producción*"), che consentono la stipulazione di un contratto a tempo determinato avente termine finale fino a sei mesi (prorogabili a 18 mesi dalla contrattazione collettiva) dopo il verificarsi della situazione obiettiva; c) sostituzione di un lavoratore con diritto alla conservazione del posto ("*contrato de interinidad por sustitución*"), o durante un processo, della durata massima di tre mesi, di selezione per la copertura definitiva di un posto ("*interinidad por vacante*").

2007, p. 1065 ss.; FERRANTE, *L'esperienza spagnola: in difficile equilibrio tra precarietà e promozione dell'impiego*, in GARILLI, NAPOLI, *Il lavoro a termine*, cit., p. 285 ss.

⁶⁸ Art. 15, co. 1 della Ley 14 marzo 1980, n. 8, meglio nota come "*Estatuto de los Trabajadores*" – ET, nella sua iniziale formulazione.

⁶⁹ Real Decreto Ley 2 marzo 2001, n. 5; Ley 9 luglio 2001, n. 12; Ley 29 dicembre 2006, n. 43.

⁷⁰ Decreto Ley 10 giugno 2010, n. 10; Real Decreto Ley 10 febbraio 2012, n. 3. Per un giudizio complessivo sulla legislazione dell'emergenza in Spagna e sulla sua anima (e "mano") ispiratrice, RODRÍGUEZ-PINEIRO ROYO, *La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale*, in *DLRI*, 2013, p. 93 ss.

⁷¹ Art. 15 ET.

Una peculiarità della normativa spagnola va individuata nell'ampio ruolo attribuito alla contrattazione collettiva, chiamata a: a) specificare le attività o le mansioni per le quali si possa o non si possa ricorrere all'assunzione a termine⁷²; b) fissare la percentuale massima di forza lavoro a termine sul totale della forza lavoro⁷³; c) intervenire sulla durata massima e sui meccanismi per prevenire gli abusi nelle proroghe e nei rinnovi dei contratti a tempo determinato⁷⁴.

Tuttavia, va rimarcato che, nel sistema spagnolo, la contrattazione collettiva può molto, ma non può tutto, non essendo consentito alle parti sociali aggiungere ipotesi per il ricorso al contratto a termine diverse da quelle, tipiche, previste dalla legge.

Per quanto concerne, poi, la successione di contratti a termine, l'art. 15, co. 5 ET, prevede la riqualificazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato in caso di superamento, per effetto di una successione di contratti, di un periodo complessivo di 24 mesi in un periodo di riferimento di 30 mesi, si badi, per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione⁷⁵.

In una prospettiva di confronto con soluzioni di cui si sta attualmente discutendo in Italia, va dato conto della recente introduzione, da parte del Legislatore spagnolo, del *Contrato de Trabajo de Apoyo a los Emprendedores*, consistente in un contratto a tempo indeterminato con un periodo di prova – eccezionalmente – esteso sino ad un anno, riservato alle imprese con meno di 50 dipendenti⁷⁶.

Ciò che merita di essere sottolineato, sempre in un'ottica di raffronto con il nostro Paese, è che l'inserimento della nuova forma contrattuale “a tutele progressive”, avente la finalità di ridurre il forte dualismo tra “*insiders*” e “*outsiders*” proprio (anche) del mercato del lavoro iberico, si è accompagnata ad una contestuale, ulteriore modifica della disciplina dei licenziamenti, caratterizzata

⁷² Art. 15.1.a ET.

⁷³ Art. 15.1.b ET.

⁷⁴ Art. 15.5 ET.

⁷⁵ Va, tuttavia, ricordato che l'efficacia dell'art. 15, co. 5 ET, già modificato dalla Ley n. 35/2010, è stata sospesa per due anni dall'art. 5 Real Decreto Ley 10/2011, in seguito estesi fino al 1.1.2015 dal Real Decreto Ley 3/2012. Ciò comporta che, in via transitoria, ciascuno dei contratti della catena debba continuare a rispondere ai requisiti causali tipizzati dal legislatore (con l'ausilio della contrattazione collettiva), senza che, però, se ne possa valutare la “concatenazione” ai fini sanzionatori.

⁷⁶ Per un'efficace sintesi e suggestive osservazioni in chiave comparata, BALLESTRERO, *Delinazioni di flexicurity*, cit., p. 450 ss.

da una sempre maggiore spinta verso la flessibilità in uscita⁷⁷, solo in parte attenuata da un deciso sostegno alla mobilità interna o flessibilità funzionale⁷⁸.

Da ultimo, ai fini di ampliare la panoramica sui Paesi ove è richiesta la giustificazione del termine già a partire dal primo contratto a tempo determinato si possono menzionare gli esempi della Norvegia e della Finlandia⁷⁹.

In entrambi i sistemi, infatti, l'apposizione del termine e la proroga del contratto sono consentite solo in presenza di un fondato motivo, a pena di riqualificazione in contratto *sine die*: in Norvegia⁸⁰, ove lo imponga la natura del lavoro, ovvero vi siano ragioni sostitutive o di formazione del lavoratore, o, ancora, in caso di artisti e sportivi professionisti, in Finlandia, più genericamente, al ricorrere di ragioni di natura oggettiva (“*grundad anledning*”)⁸¹.

3.2. La “causalità” del termine come regola soggetta a (rilevanti) eccezioni: Germania e Svezia

In Germania⁸² è in vigore, dall'1 gennaio del 2001, la Legge sul lavoro a tempo parziale e a tempo determinato (“*Teilzeit und Befristungsgesetz*” – TzBfG), promulgata il 21 dicembre 2000 con l'intento di dare attuazione, sia alla dir. 97/81/CE del 15 dicembre 1997, in materia di lavoro *part-time*, sia alla dir. 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

Le modifiche aventi ad oggetto la fissazione delle “condizioni di ammis-

⁷⁷ Da ultimo, GIL, *Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain*, in *CLL&PJ*, 2014, 35, 3, p. 413 ss.; PEDERZOLI, *I licenziamenti in Spagna*, in PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti*, cit., p. 185 ss.

⁷⁸ Art. 22 ET, nella sua nuova formulazione: per gli opportuni riferimenti, GIL, *Strengthening the power*, cit., p. 422.

⁷⁹ Per una sintesi, NUMMHAUSER-HENNING, *Fixed-term Work in Nordic Labour Law*, in *IJCLL&IR*, 2002, 18, 3, p. 438 ss.

⁸⁰ Art. 14-9, co. 1 della Legge Norvegese n. 62 del 17 giugno 2005 sull'Ambiente di lavoro, sull'Orario di lavoro e sulla Protezione del lavoro (“*Arbeidsmiljøloven*”), che prevede altresì, al co. 5, la durata massima complessiva di 48 mesi di impiego a termine, a pena di riqualificazione in contratto a tempo indeterminato.

⁸¹ Art. 1, co. 3 della legge finlandese sui contratti di lavoro del 26 gennaio 2001, n. 55, che, inoltre, preclude l'utilizzo di contratti a termine successivi qualora il numero o la durata complessiva degli stessi lascino supporre la presenza di una necessità di natura permanente e non temporanea nell'assunzione del lavoratore da parte del datore di lavoro.

⁸² WAAS, *Labour Policy and Fixed-Term Employment Contracts in Germany*, in AA.VV., *Regulation of Fixed-Term*, cit., p. 85 ss.; DE MICHELE, *op. cit.*, p. 36 ss.; FUCHS, *Chapter 2: Germany*, in CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and Security*, cit., p. 28 ss.; CORTI, *L'esperienza tedesca: la persistente centralità del lavoro a tempo indeterminato*, in GARILLI, NAPOLI, *Il lavoro a termine*, cit., p. 189 ss.

sibilità” del contratto a termine si sono allora collocate sulla scia della disciplina previgente e della giurisprudenza tedesca consolidata⁸³, nel ribadire il principio per cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola, socialmente preferibile, e il contratto a termine l’eccezione⁸⁴.

Pur distinguendo tra contratto a tempo determinato con cessazione degli effetti prevista ad una data precisa di calendario (*kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag*) e contratto a termine di scopo (*zweckbefristeter Arbeitsvertrag*), la cui durata “*si desume dalle modalità, dallo scopo o dalla natura della prestazione di lavoro*”⁸⁵, la normativa tedesca considera per entrambe le ipotesi il termine validamente apposto solo in presenza di una ragione oggettiva (*sachlicher Grund*), individuabile tra quelle elencate, pur non tassativamente, dalla legge⁸⁶, ossia: 1) un fabbisogno di manodopera temporaneo e transitorio; 2) l’esigenza di facilitare il passaggio del lavoratore ad un futuro impiego dopo un periodo di formazione o di un ciclo di studi; 3) ragioni sostitutive; 4) la particolarità della prestazione lavorativa; 5) finalità di prova, della durata massima di sei mesi; 6) motivi inerenti alla persona del lavoratore; 7) la circostanza per cui il lavoratore risulti impiegato e retribuito con stanziamento di denaro pubblico per periodo a tempo determinato; 8) la stipulazione di un contratto a termine in sede di transazione giudiziaria.

È oltremodo significativo che in Germania venga del pari ammessa la stipulazione di un contratto a tempo determinato in assenza di alcuna ragione obiettiva⁸⁷, pur a diverse condizioni.

In ipotesi di assunzione “acausale”, infatti, il contratto non può avere durata eccedente i due anni⁸⁸, comprensivi di eventuali proroghe (fino a tre), salvo diversa previsione da parte della contrattazione collettiva⁸⁹.

⁸³ V., in particolare, BAG Großer Senat 12 ottobre 1960, 3 AZR 65/56, in *AP*, § 620 BGB “Befristeter Arbeitsvertrag” n. 16.

⁸⁴ Relazione al progetto di legge, Drucksache n. 14/4374 del 24 ottobre 2000, menzionata da CORTI, *L’esperienza tedesca*, cit., p. 214; in giurisprudenza, BAG 8 agosto 2008, 7 AZR 855/06, in *AP*, § 14 TzBfG no. 41.

⁸⁵ § 3 TzBfG.

⁸⁶ § 14.1 TzBfG.

⁸⁷ § 14.2 TzBfG.

⁸⁸ I contratti a termine “causali” di cui al § 14.1 non hanno un termine massimo fissato *ex lege*: sulla compatibilità di tale previsione con la disciplina europea, C. Giust. 26 gennaio 2012, C-586/10, “*Kücük*”, cit.

⁸⁹ La contrattazione collettiva può richiedere la presenza di ragioni oggettive e scongiurare così il contratto “acausale”, operando *in melius*, ma anche estendere il numero massimo di proroghe o il periodo di durata massima di due anni, dunque *in peius*.

Soprattutto, il contratto “acausale” può unicamente costituire il primo “rapporto di lavoro” tra i medesimi soggetti, essendo preclusa la sua stipulazione con lavoratori già in precedenza assunti a tempo determinato (e, *a fortiori*, indeterminato) dalla stessa impresa (c.d. “Anschlussverbot”)⁹⁰, anche per lo svolgimento di mansioni diverse⁹¹.

Vi sono, tuttavia, altre due ipotesi derogatorie della regola generale sulla giustificazione del termine delle quali è opportuno dare conto: da un lato, durante la stagione delle “Riforme Hartz”⁹² si è consentito alle imprese di nuova costituzione di stipulare, nei primi 4 anni dalla loro costituzione, contratti “acausali” con una durata massima di 4 anni, comprensivi di proroghe, liberamente pattuibili⁹³; dall’altro lato, vi è l’ipotesi dell’assunzione a termine di persone ultra-cinquantaduenne che, dopo la celebre decisione “Mangold”⁹⁴ della Corte di Giustizia, è ora ammessa per una durata complessiva fino a 5 anni (comprensivi di proroghe), qualora il lavoratore risulti disoccupato da oltre 4 mesi, o comunque beneficiario di trattamenti salariali integrativi o di misure di riqualificazione⁹⁵.

Da ultimo, va ricordato che, così come nell’esempio francese, anche in Germania il datore di lavoro, durante il periodo di efficacia del contratto a termine, può recedere solo in presenza delle ragioni previste dalla normativa vigente in materia di licenziamento straordinario, ovvero solo in presenza di una giusta causa⁹⁶.

⁹⁰ § 14.2 TzBfG. Peraltro, l’introduzione di un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato privo di ragione obiettiva, di durata al massimo biennale (comprensiva delle proroghe, in numero non superiore a tre), in caso di “nuova assunzione”, risale al § 1 della Legge di Promozione dell’occupazione (Beschäftigungsförderungsgesetz – BeschFG) del 26 aprile 1985 (poi modificata nel 1995), avente lo scopo di approntare misure per superare un periodo di crisi dell’economia tedesca e di alta disoccupazione.

⁹¹ BAG 16 luglio 2008, 7 AZR 278/07, in AP § 14 TzBfG Verlängerung n. 4.

⁹² FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica: l’esperienza tedesca*, in DLRI, 2013, p. 741 ss., spec. 743, avuto riguardo alle modifiche alla disciplina del lavoro a tempo determinato volte a fronteggiare una crisi che la Germania avrebbe vissuto “con dieci anni di anticipo” sul resto d’Europa.

⁹³ § 14.2.a TzBfG.

⁹⁴ C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, “Mangold”, in DL, 2006, II, p. 3, con nota di VALLEBONA, *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*.

⁹⁵ §14.3 TzBfG, come risultante dalla Legge per il miglioramento delle opportunità occupazionali dei lavoratori anziani (Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungs chancen älterer Menschen) del 19 aprile 2007.

⁹⁶ Sul punto si rileva comunque come il Legislatore tedesco faccia salva una diversa pattuizione nel contratto individuale o collettivo: § 15.3 TzBfG. Sui diversi presupposti del licen-

Un cammino, analogo a quello tedesco, di affiancamento di un regime di assunzione a termine “acausale” ad uno “causale” ha caratterizzato anche la normativa svedese⁹⁷.

A partire dall'1 luglio 2007, infatti, alle ragioni per la valida stipulazione di un contratto a termine indicate (tassativamente) dalla legge (la natura speciale dell'attività, la sostituzione di un lavoratore, esigenze formative, attività stagionali, un momentaneo incremento della produzione), si è aggiunta (*rectius*, estesa) la possibilità di procedere ad una “assunzione a termine generale” (“*allmänvisstidsanställning*”), ossia senza alcuna giustificazione. Quest'ultima è oggi ammessa a condizione di rispettare il limite massimo di due anni di assunzione a termine in un arco temporale di 5 anni, pur dovendosi notare che, a differenza dell'esempio tedesco, la normativa svedese sul contratto “acausale” non richiede che si debba trattare del primo rapporto di lavoro tra le medesime parti⁹⁸.

3.3. La “acausalità” del termine come regola: Irlanda, Gran Bretagna e Olanda

Tra gli ordinamenti che prevedono requisiti meno stringenti, o comunque non basati sulla sussistenza di una ragione specifica, per l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato merita di essere *in primis* menzionato l'esempio irlandese⁹⁹.

Innanzitutto, va sottolineato come la prima, compiuta normativa irlandese in materia di lavoro subordinato a tempo determinato risalga alla Legge di Protezione dei Lavoratori a Termine del 2003¹⁰⁰, adottata in – ritardata¹⁰¹ – attuazione della dir. 99/70/CE ed attualmente in vigore.

ziamento (straordinario e ordinario) in Germania, da ultimo, GRIVET FETÀ, *I licenziamenti in Germania*, in PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti*, cit., p. 93 ss.

⁹⁷ RÖNNMAR, *Labour Policy on Fixed-Term Employment Contracts in Sweden*, in AA.VV., *Regulation of Fixed-Term*, cit., p. 157 ss.; ENGBLOM, *Chapter 6: Sweden*, in CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and Security*, cit., p. 96 ss.; NUMMHAUSER–HENNING, *Fixed-term Work*, cit., p. 439 ss.

⁹⁸ Art. 5 della Legge sulla Protezione dell'Impiego n. 80 del 24 febbraio 1982 (“*Anställningskyddslagen*”), nella sua formulazione risultante dalle modifiche ad opera della Legge n. 391 del 31 maggio 2007.

⁹⁹ BOLOGNA, *Il lavoro a termine nell'esperienza giuridica irlandese alla luce della Direttiva 99/70/CE*, in *EDP*, 2012, p. 917 ss.; COX, CORBETT, RYAN, *Employment law in Ireland*, Clarus, 2009, p. 208 ss.; FORD, BYRNE, *Employment Law*, Round Hall, 2009, p. 134 ss.

¹⁰⁰ Protection of Employees (Fixed-Term work) Act 2003, n. 29, in vigore dal 14 luglio del 2003.

¹⁰¹ Proprio alla ritardata trasposizione della dir. 99/70/CE in Irlanda si deve l'insorgenza

Del resto, lo stesso provvedimento si preoccupa di dettare, a conferma della “novità” del tema, la definizione di lavoratore a termine, individuato in chi abbia un contratto di lavoro la cui durata è determinata in funzione di una condizione oggettiva, che può consistere in una data finale prestabilita, nel completamento di un compito prefissato o nel verificarsi di un specifico evento¹⁰².

Ciò che più rileva è che il Legislatore irlandese abbia lasciato libera scelta alle parti del contratto individuale di lavoro nell'individuare la condizione oggettiva da cui dipende la cessazione degli effetti del contratto, a patto che la stessa venga indicata per iscritto ed in modo chiaro (ossia non “*equivoco*” o “*evasivo*”) e preventivo, e, inoltre, che il contratto a tempo determinato non venga utilizzato allo scopo di fornire al lavoratore una formazione professionale, in luogo del contratto di apprendistato¹⁰³.

Al fine di prevenire eventuali abusi nella successione di contratti a tempo determinato, la normativa irlandese stabilisce una durata massima di tre anni di – non meglio definito – “*impiego continuativo*” (“*continuous employment*”) di un lavoratore a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro; decorso tale periodo, il contratto è rinnovabile per un solo, ulteriore anno, salva la presenza di ragioni oggettive che consentano un successivo prolungamento, le quali, in ogni caso, devono risultare da atto scritto ed eventualmente dimostrate, in caso di contestazioni, dal datore di lavoro, pena la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato¹⁰⁴.

Un modello di regolazione del contratto a termine non dissimile dall'esempio irlandese lo si può rintracciare nella normativa britannica¹⁰⁵, ed in

del notissimo caso “Impact”, riguardante l'effetto diretto della normativa Europea, non ancora attuata, in ipotesi di abusi nella successione di contratti a termine da parte di un datore di lavoro pubblico: C. Giust. 15 aprile 2008, C-268/2006, “Impact”, in *DRI*, 2008, p. 853, con nota di COSIO, *La sentenza Impact sul contratto a termine: una bussola per l'interprete*.

¹⁰² Art. 2 della Legge di Protezione dei Lavoratori a Termine del 2003, che ricalca in larga parte il contenuto della clausola 3.1 dell'Accordo Quadro allegato alla dir. 99/70/CE.

¹⁰³ Art. 8.1 della Legge di Protezione dei Lavoratori a Termine del 2003.

¹⁰⁴ Art. 9 della Legge di Protezione dei Lavoratori a Termine del 2003.

¹⁰⁵ KOUKIADAKI, *The Regulation of Fixed-Term Work in Britain*, in AA.VV., *Regulation of Fixed-Term*, cit., p. 23 ss.; BARNARD, DEAKIN, *Chapter 7: United Kingdom*, in CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and Security*, cit., p. 113 ss.; OCCHINO, *L'esperienza inglese: individuale e collettivo nella recezione della direttiva comunitaria*, in GARILLI, NAPOLI, *Il lavoro a termine*, cit., p. 322 ss.; MCCOLGAN, *The Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002: Fiddling when Rome Burns?*, in *ILJ*, 2003, p. 194 ss.; per un'efficace sintesi, da ultimo, MALIZIA, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 34 ss.; ampiamente, sulle problematiche relative alla trasposizione della

particolare nella Legge di Protezione dell'Impiego a Termine del 2002, attuativa dei principi della dir. 99/70/CE in materia di non discriminazione e di prevenzione degli abusi nella successione di contratti a tempo determinato¹⁰⁶.

Così come in Irlanda, anche nel Regno Unito la novità del tema ha fatto avvertire la necessità di provvedere ad una definizione di lavoratore subordinato a tempo determinato ("*Fixed-Term Employee*"), individuato nel prestatore di lavoro il cui contratto di lavoro abbia effetto sino allo spirare di una certa data, al completamento di un compito assegnato, o, ancora, al verificarsi o non verificarsi di un evento specifico¹⁰⁷.

Se, per quanto riguarda il primo contratto a tempo determinato, non vengono previste ragioni giustificatrici del termine, né una durata massima, in ipotesi di successione di contratti ("*successive fixed-term contracts*"), il lavoratore ha diritto di essere considerato a tempo indeterminato se è stato impiegato continuativamente ("*continuously employed*") per più di 4 anni, a meno che l'impiego temporaneo non fosse giustificato da ragioni oggettive¹⁰⁸ e fatti salvi i diversi limiti eventualmente individuati dai contratti collettivi¹⁰⁹.

Da ultimo, anche in Olanda¹¹⁰ l'"acausalità" del contratto a termine costituisce, tradizionalmente, la regola.

Da un lato, la Legge sulla Flessibilità e Sicurezza del 1998¹¹¹ ha previsto un notevole coinvolgimento dei sindacati nella gestione del lavoro flessibile,

Direttiva in Gran Bretagna, LORBER, *Regulating Fixed-term Work in the United Kingdom: A Positive Step towards Workers' Protection?*, in *IJCLL&IR*, 1999, 15, 2, p. 121 ss.

¹⁰⁶ Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations – FTER, Statutory Instrument n. 2034, approvato il 30 luglio 2002 ed entrato in vigore l'1 ottobre 2002.

¹⁰⁷ Art. 1 FTER.

¹⁰⁸ Art. 8 FTER. Sulla nozione di ragioni obiettive ("*objective grounds*"), Employment Tribunals of Scotland 23 maggio 2008, Case 101486/2008, Ball vs. University of Aberdeen, commentata da KOUKIADAKI, *Case Law Developments in the Area of Fixed-Term Work*, in *ILJ*, 2009, 38, p. 89 ss.

¹⁰⁹ In particolare, ai sensi dell'art. 8.5 FTER, i contratti collettivi possono intervenire sul numero, sulla durata o sulle ragioni a giustificazione del rinnovo del contratto a termine.

¹¹⁰ HOUWING, VERHULP, VISSER, *Chapter 4: The Netherlands*, in CARUSO, SCIARRA, *Flexibility and Security*, cit., p. 59 ss.; VISSER, *I contratti di lavoro flessibile in Germania, Olanda e Spagna*, in *DLRI*, 2005, p. 145; CULPEPPER, *Powering, Puzzling, and Pacting. The informational Logic of Negotiated Reforms*, in *JEPP*, 2002, p. 774 ss.

¹¹¹ *Wet Flexibiliteit en Zekerheid* del 14 maggio 1998, in vigore dall'1.1.1999 ed adottata in attuazione all'Accordo Sociale sulla *Flexicurity* del 1996.

a livello di settore e singola impresa, dall'altro lato, all'art. 7:668a del codice civile olandese viene posto un preciso limite, di carattere quantitativo, all'utilizzo di contratti a termine consecutivi o "a catena" ("*ketenregeling*"), tali intendendosi quelli sottoscritti entro 3 mesi dalla scadenza del contratto precedente: è, infatti, stabilito che questi ultimi non possano eccedere il numero massimo di tre, per una durata complessiva totale non superiore ai tre anni di impiego a termine.

Tali limiti, in ossequio all'ampio ruolo riconosciuto alla contrattazione collettiva in materia, sono derogabili mediante accordo collettivo a livello settoriale o aziendale¹¹², tanto *in peius* (ad esempio, con aumento del numero massimo di contratti a termine successivi), quanto *in melius*, con la previsione della necessaria sussistenza di ragioni oggettive in ipotesi di reiterazione di contratti a termine.

Inoltre, se, allo scopo di limitare gli effetti della crisi in termini di disoccupazione giovanile, è stato di recente aggiunto un nuovo paragrafo all'art. 7:668a, in forza del quale, per i giovani di età fino a 27 anni, il contratto a termine si considera a tempo indeterminato solo a partire dal quinto (e non dal quarto) contratto consecutivo e la durata massima totale del contratto è stata portata a 48 mesi (non più 36), è però oltremodo significativo che, in controtendenza con l'Italia (nel *modus operandi*, incentrato sul dialogo sociale, prima ancora che nella finalità), il Governo olandese si sia da ultimo impegnato, nell'ambito di un accordo con le parti sociali (intervenuto l'11 aprile 2013), ad adottare delle misure su larga scala per stimolare la crescita e adattare il mercato del lavoro alle esigenze del 21° secolo.

Tra queste ultime, per quel che qui rileva, entro il 2015 verrà introdotta una modifica in forza della quale il termine massimo per l'assunzione con contratti a termine consecutivi passerà da tre anni a due anni e verranno considerati tali quelli sottoscritti a distanza di 6 mesi (e non più 3) dalla cessazione del contratto precedente, pur con l'espressa facoltà, riconosciuta a favore della contrattazione collettiva, di estendere il numero massimo di contratti a termine fino a 6, per una durata complessiva del rapporto a tempo determinato non superiore a 4 anni¹¹³.

¹¹² Art. 7:668a, co. 5 del codice civile olandese.

¹¹³ Delle più recenti novità nella normativa olandese dà conto anche MAGNANI, *La disciplina del contratto*, cit., p. 3.

4. Conclusioni

Come emerso dalla ricognizione comparata, il quadro europeo propone soluzioni assai diverse nel comune fine di prevenire gli abusi nella successione di contratti o rapporti a tempo determinato, solo alcune delle quali basate sulla sussistenza del requisito della giustificazione per l'apposizione del termine.

Vi sono infatti Paesi, come la Francia e la Spagna, in cui è richiesta la presenza di ragioni di carattere oggettivo e temporaneo sin dal primo contratto, ed altri, come la Germania e a Svezia, in cui la “causalità” costituisce la regola, ma ove è altresì possibile la stipulazione di un contratto a termine “acausale”, nel rispetto però di precisi vincoli.

Da ultimo, vi sono ordinamenti, come quello irlandese e quello britannico, ove si prevede una giustificazione per il rinnovo del contratto a termine solo una volta decorso un pluriennale periodo di “*continuous employment*” a tempo determinato.

L'Italia ha per molto tempo adottato, in vigenza della l. 230/1960, un modello simile a quello francese, caratterizzato dall'individuazione legale e tassativa delle causali, salvo poi riconoscere, con l'art. 23 l. 56/1987, alla contrattazione collettiva un ruolo integrativo nella determinazione delle causali: tale soluzione può essere messa efficacemente a confronto con quella tedesca, relativamente al contratto “causale” ex § 14.1 TzBfG, nonché, sotto certi aspetti, con quella adottata in Spagna, ove, tuttavia, alla contrattazione collettiva è consentito specificare e precisare, ma non estendere, le ragioni enunciate dalla legge.

Anche nella successiva fase di “adeguamento” alla dir. 99/70/CE, il Legislatore nazionale, nell'affidarsi esclusivamente ad una norma generale (art. 1 d.lgs. 368/2001), ha continuato a richiedere la sussistenza di ragioni giustificative per l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato¹¹⁴, a partire dal primo, analogamente ai modelli che fanno della “causalità” del contratto a termine la regola.

A seguito della crisi, la normativa italiana in materia è stata sottoposta ad una serie di continue modifiche, spesso tra loro contraddittorie, ma pur sempre accomunate da una decisa spinta verso la flessibilizzazione dell'istituto, a prescindere dalle contestuali affermazioni di principio in senso opposto¹¹⁵.

¹¹⁴ Ed alla sua eventuale proroga: art. 4 d.lgs. 368/2001, nella sua prima formulazione.

¹¹⁵ Art. 1, co. 01 d.lgs. 368/2001, così come modificato dall'art. 1, co. 9 lett. a) l. 92/2012.

In un primo tempo, dopo aver rimosso, con il “Decreto Sviluppo” del 2012¹¹⁶, molte delle limitazioni alle assunzioni a termine (anche successive) a favore delle imprese di nuova costituzione (*start up* innovative), con la “Riforma Fornero”, si è aperto alla “acausalità” del primo contratto a termine della durata complessiva di un anno¹¹⁷, mutuando in larga parte lo schema tedesco.

In un secondo tempo, con il “Pacchetto Letta”, si è voluto conferire alla parti sociali il ruolo di individuare nuove ipotesi di assunzione a termine¹¹⁸, tornando a soluzioni già sperimentate in passato, con il già richiamato art. 23 l. 56/1987.

Nell’ultima fase, che ha segnato una svolta decisiva nel senso della liberalizzazione dell’istituto e, sotto molti aspetti, un ritorno al (lontano) passato¹¹⁹, ci si è fortemente avvicinati ai modelli, come quello britannico e irlandese, nei quali la “acausalità” costituisce la regola.

A differenza di questi ultimi, però, ove il controllo sugli abusi nella successione di contratti a termine passa pur sempre, una volta decorso un (lungo) periodo di “*continuous employment*” a tempo determinato, attraverso la sussistenza di ragioni per l’assunzione a termine, il Legislatore italiano ha deciso di affidare ogni verifica a parametri di tipo quantitativo, legati alla durata massima del rapporto di lavoro a termine ed al numero complessivo di proroghe (per lo svolgimento di una “*stessa attività lavorativa*”, però), nonché all’inedito – nel panorama comparato preso qui in esame – parametro del contingentamento della forza lavoro a termine sul totale, peraltro ampiamente (e senza espressi limiti) derogabile da parte della contrattazione collettiva.

Ma, forse, non è questo il punto.

L’indagine comparata non fa che confermare l’assunto per cui la legislazione sul contratto a termine non costituisce (né possa costituire) una monade avulsa dalla normativa complessiva posta a garanzia della stabilità del rapporto di lavoro, come sembrerebbe potersi dedurre dall’esame, pur sommarario, della disciplina francese e, soprattutto, spagnola, ove la disciplina del contratto a termine, pressoché immutata, ha subito i contraccolpi derivanti

¹¹⁶ Art. 28 d.l. 18 ottobre 2012 n. 179, così come risultante dalle modifiche ad opera dell’art. 1, co. 1, l. 17 dicembre 2012 n. 221.

¹¹⁷ Art. 1, co. 1-bis d.lgs. 368/2001, inserito dall’art. 1, co. 9 l. 92/2012.

¹¹⁸ Art. 1, co. 1-bis lett. b) d.lgs. 368/2001, introdotto dall’art. 7, co. 1 lett. b) d.l. 76/2013.

¹¹⁹ ZOPPOLI L., *Il “riordino” dei modelli*, cit., p. 18.

dalle modifiche alla flessibilità in uscita (specialmente in Spagna) e dalla contestuale introduzione di contratti a tempo indeterminato a tutele crescenti, e ciò a prescindere dall'esito di tali iniziative¹²⁰.

Non a caso, in Germania, dopo l'apertura (ormai da tempo) al – primo – contratto a termine “acausale”, non si è di recente intervenuti significativamente, né sulla normativa in materia di contratto a termine, né sulla disciplina dei licenziamenti (per non parlare dell'eventuale introduzione di contratti “a tutele crescenti”, mai presa seriamente in considerazione, a quanto consta, in ambito teutonico), pur essendo comunque difficile dire se la scelta, in apparenza “vincente”, del Legislatore tedesco abbia contribuito all'eccezionale solidità mostrata del Paese durante la recente crisi, o se, semplicemente, ne sia stata la diretta conseguenza.

Tali suggestioni sembrano rimanere sullo sfondo dell'attuale dibattito in Italia, ove l'ultima riforma del contratto a termine, nata con l'ambizione di porsi come primo tassello di una complessiva rivisitazione dell'intero mercato del lavoro, in una prospettiva di crescita dell'occupazione “di qualità”, pare al momento costituire, stando alle esternazioni estive di alcuni esponenti del Governo in carica¹²¹, unicamente il prologo per un'ulteriore modifica all'art. 18 St. lav.

E non a caso, si potrebbe dire.

Dopo un decennio di legislazione alluvionale in materia di lavoro a tempo determinato, il vero “nodo” sembra infatti ancora legato al “valore” da attribuire alla stabilità del rapporto di lavoro, nella società, prima ancora che nell'ordinamento giuridico¹²².

Del resto, è solo apparentemente paradossale il rilievo per cui l'unico modo infallibile per rendere davvero comune (se non proprio “dominante”) l'impiego a tempo indeterminato passi attraverso l'eliminazione di ogni tutela avverso il licenziamento, come dimostrano la tradizione statunitense¹²³ e, per restare in ambito nazionale, i primi tempi di vigenza del regime codicistico.

Detto ciò, non si può negare che l'apertura definitiva e (quasi) incon-

¹²⁰ Si allude qui al caso del CNE francese, su cui *retro*.

¹²¹ Si legga l'intervista al leader del NCD, on. Angelino Alfano, in “*La Repubblica*”, 11 agosto 2014.

¹²² Cfr. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, cit., p. 152 ss.

¹²³ GOLDMAN, CORRADA, *Labour Law in the USA*, 3rd ed., Wolters Kluwer, 2011, p. 91 ss.; MARZANO, *Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento statunitense: la categoria del lavoro contingente*, in FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 364 ss.

dizionata alla “acausalità” del contratto a termine in Italia abbia comunque già segnato un radicale mutamento di prospettiva rispetto al – non lontano – passato ed un significativo avvicinamento a Paesi per tradizione meno garantisti in materia di stabilità dell’impiego e di continuità occupazionale, il tutto con la preoccupazione, facilmente ascrivibile alla crisi, di rendere di nuovo l’Italia una “*land of opportunities*”.

Quali opportunità, e per chi, è però ancora tutto da vedere.

Stefano Rodotà
Quel film sul lavoro
e la dignità da ritrovare

Si scrive e si parla molto della dignità, ma questa parola scompare immediatamente proprio quando i fatti quotidiani imporrebbero di tenere conto del principio che essa evoca. Troppi politici si rifugiano in un realismo ipocrita per sostenere che si tratta di un principio che impone oneri troppo gravosi; i giuristi scoprono che siamo di fronte ad un riferimento troppo generico perché si possa invocarlo come base di interventi concreti. E allora serve un altro occhio, capace di guardare a fondo nella società e nelle sue dinamiche, per mostrarci quanto possano essere grandi i guasti prodotti dall'abbandono di quel principio fondativo di libertà e diritti. Lo hanno fatto Jean-Pierre e Luc Dardenne con un film – Due giorni, una notte – sulla condizione umana nel tempo del lavoro difficile o negato. La storia è nota, ci racconta della perdita e della riconquista della dignità ed appartiene alle “scelte tragiche” di cui ha parlato un giurista come Guido Calabresi e che si stanno moltiplicando nella vita d’ogni giorno. Un’operaia viene chiusa in un meccanismo infernale. I lavoratori della sua fabbrica vengono messi di fronte ad un dilemma: riceveranno un premio di mille euro solo se voteranno a favore del suo licenziamento. Per guadagnare i voti necessari a salvare il posto di lavoro, la protagonista comincia una laica via crucis, le cui stazioni sono le case dei compagni di lavoro. Lì, nella durezza e meschinità di esistenze insediate dalla povertà, incontra rifiuti imbarazzati o violenti e consensi faticosi e generosi. È un calvario al quale cerca di sottrarsi dicendo di non voler comportarsi come una “mendicante”.

Cogliamo qui la perdita della dignità, l’obbligo di comportarsi perdendo il rispetto di se stessi. Tutto è ridotto al calcolo economico, al potersi permettere la perdita di mille euro o, all’opposto, alla consapevolezza del sacri-

ficio fatto col proprio voto favorevole all'operaia. Solo una volta, nelle parole del più debole tra gli interlocutori, un operaio con un contratto a tempo determinato che sa di rischiare il licenziamento, compare una consapevolezza diversa. Quel giovane nero diceva di sapere che Dio gli chiede di guardare all'altro e ai suoi bisogni. Un principio, e non una convenienza, ispirano la sua scelta.

Il voto finale sarà negativo, ma il dirigente della fabbrica convoca l'operaia e le dice che potrà tornare a lavorare, quando vi sarà il posto di lavoro libero da una persona alla quale non sarà rinnovato il contratto. La protagonista capisce e rifiuta. Esce dalla fabbrica, telefona al marito dicendo "ci siamo battuti bene adesso ricomincio" e, dopo due giorni di disperazione, sul suo volto torna il sorriso – il segno della ritrovata dignità.

È una storia semplice, che descrive un mondo, nel quale la retribuzione non risponde più alla garanzia di una "esistenza libera e dignitosa", secondo le belle parole dell'articolo 36 della nostra Costituzione, nelle quali si coglie l'eco della "vita degna dell'uomo" di cui parlava la Costituzione di Weimar e l'anticipazione del riferimento all'esistenza dignitosa che ritroviamo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il nesso tra retribuzione, libertà e dignità è spezzato, la garanzia offerta dal lavoro declina verso il grado zero dell'esistenza. E questa deriva travolge un altro principio: quello di solidarietà.

Passo dopo passo, infatti, il film dei Dardenne descrive la distruzione dei legami sociali, l'impossibile produzione di solidarietà. Praticare la solidarietà diventa un lusso che non tutti possono permettersi. E questa vicenda non può essere descritta come "guerra tra i poveri" perché vi è molto di più: la fine della coesione sociale, di una condizione essenziale perché la contrapposizione molecolare tra le persone non divenga l'unica via praticabile, con effetti che mettono a rischio la stessa democrazia. Non è proprio questo il rischio che stiamo correndo?

Ma la coesione sociale non è un prodotto spontaneo, esige la costruzione di un ambiente propizio da parte delle istituzioni. E questa deve muovere da quella che Lorenzo Carlassare ha chiamato "il valore redignitario del lavoro". Ma questo valore appare ignorato quando, per esempio, si attribuisce al datore di lavoro di potere controllare l'apparato tecnologico a disposizione del dipendente, cancellando le garanzie per i controlli a distanza previste dallo Statuto dei lavoratori. Il lavoratore diviene così disponibile per il datore di lavoro, perché è segno di inadeguatezza culturale l'ignorare che la tecno-

logia trasforma le modalità stesse in cui si stabiliscono i rapporti tra persona e “macchina”, tanto che la Corte costituzionale tedesca ha riconosciuto un “diritto fondamentale alla riservatezza e alla integrità dei sistemi informativi e tecnologici”. Siamo di fronte ad una indebita espansione del potere imprenditoriale che confligge con il riconoscimento della libertà e dignità d’ogni persona. Siamo di fronte a mutamenti strutturali, che vanno nella direzione opposta al riconoscimento della dignità che l’articolo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE definisce “inviolabile”, aggiungendo che va “rispettata e tutelata”. Non si può invocare un’Europa rinnovata rifiutando solo le politiche di austerità, se poi si trascura la dimensione dei principi e dei diritti che costituiscono lo strumento più forte per determinare un mutamento di passo ed un recupero della legittimazione dell’Unione che può venire solo dal riconoscimento dei suoi cittadini.

La protagonista del film dei Dardenne vive in Belgio, ma Bruxelles capitale dell’Unione, incarna oggi un’assenza che sta distruggendo i fondamenti stessi della cultura di un’Europa che ha bisogno di tornare ad essere terra di diritti, luogo di dignità e di legami solidali.

notizie sugli autori

Marco Biasi

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università Ca' Foscari di Venezia

Rosa Casillo

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Mario Cerbone

Ricamatore di Diritto del lavoro, Università del Sannio

Matteo Corti

Ricamatore di Diritto del lavoro, Università Cattolica del Sacro Cuore

Donata Gottardi

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona

Stella Laforgia

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Bari "Aldo Moro"

Chiara Lazzari

Ricercatrice a tempo determinato di Diritto del lavoro, Università di Urbino

Giuseppe Meli

Dottorando di ricerca in Diritto del lavoro europeo, Università di Catania

Cristóbal Molina Navarrete

Cattedratico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Universidad de Jaén

Stefano Rodotà

Professore emerito di Diritto civile, Università di Roma Sapienza

abbreviazioni

Normativa

<i>ai</i>	accordo interconfederale
<i>cnc</i>	contratto collettivo nazionale di comparto
<i>cnl</i>	contratto collettivo nazionale di lavoro
<i>cnq</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
Cost.	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

Giurisprudenza e altre Autorità

<i>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

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>AJIM</i>	American Journal of Industrial Medicine
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>ALR</i>	Administrative Law Review
<i>Amm.</i>	Amministrare
<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>BT</i>	Bollettino tributario
<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 informacion 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>CLR</i>	Connecticut Law Review
<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>DEcl.</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>DPTr</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>EGI</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>EGL</i>	Enciclopedia giuridica del lavoro
<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>EJWST</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>EwLR</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>LAJ</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>IJPL</i>	Italian Journal of Public 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>ILR</i>	International Labour Review
<i>LRR</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>ISE</i>	Istituzioni e sviluppo economico
<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>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>LAJ</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>JJ</i>	JJurimetrics Journal
<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>JTI</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>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NT</i>	Nuove tutele
<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>QF</i>	QQaderni fiorentini
<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>RCCG</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>RDT</i>	Rivista di Diritto tributario
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, www.reconproject.eu
<i>REDT</i>	Revista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel

<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Pubbl.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia
<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RLav</i>	Rassegna lavoro
<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
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>SU</i>	Studi urbinati
<i>TAR</i>	I tribunali amministrativi regionali
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
<i>TG</i>	Toscana giurisprudenza
<i>TL</i>	Temas Laborales
<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza
<i>TP</i>	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
<i>UA</i>	Urbanistica e appalti
<i>UCLR</i>	University of Chicago Law Review
<i>UPLR</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
<i>WD</i>	World Development
<i>WESoc.</i>	Work, Employment and Society
<i>WP</i>	World Politics
<i>WP C.S.D.L.E.</i>	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp

<i>WP</i>	Olympus I Working Paper di Olympus
<i>WSIM</i>	wsi - Mitteilungen
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	Yale Law Journal
<i>ZA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>ZAF</i>	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Nel numero 2/2014 di questa rivista, a pag. 495, sono stati omessi gli estremi del Giudicante e la massima della sentenza della Corte d'Appello di Roma, sez. lav., n. 9291/2013, commentata da Riccardo Salomone. Si integra l'informazione, scusandosi con lettori ed estensore della sentenza:

Corte d'Appello di Roma, sez. lav., sentenza n. 9291/2013, 20 novembre 2013 - Cons. rel. dott. Francescopaolo Panariello - Dirpublica - (Avv. Viti) v. A.R.A.N. (Avvocatura dello Stato)

Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico - Accordo Quadro di definizione dei comparti e delle aree di contrattazione - Natura privata dell'Accordo Quadro - Insindacabilità - A.r.a.n. - Sindacato privo dei requisiti di rappresentatività ai fini della contrattazione - Esclusione - Lamentata illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 165/2001 in rapporto agli artt. 2, 3, 39 e 76 Cost. - Insussistenza.

L'Accordo Quadro di definizione degli ambiti di contrattazione collettiva del settore pubblico ha natura contrattuale ed è come tale insindacabile dal Giudice in relazione alle scelte compiute dalle parti, nel rispetto dei vincoli di legge, in relazione all'individuazione degli ambiti negoziali stessi; legittimamente, pertanto, l'A.r.a.n. esclude dalla trattativa per il rinnovo dal contratto collettivo l'organizzazione sindacale che, sulla base di tale Accordo Quadro, non raggiunga i requisiti di rappresentatività previsti dal d.lgs. n. 165/2001 (artt. 41 e 43); tale disciplina, nella parte in cui prevede che la rappresentatività delle organizzazioni in caso di accorpamento di più comparti in una medesima area contrattuale si misuri sull'intera area anziché sui singoli comparti confluiti nell'area, sfugge alle censure di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 76, 2, 3 e 39 Cost.

Il testo integrale della sentenza è stato pubblicato nel sito dell'editore (www.editorialescientifica.com) al link della rivista.

indice annata 2014

editoriale

- 5 SABINO CASSESE
Discorso critico sul diritto del lavoro
- 289 MARCO ESPOSITO
Un approccio inclusivo e resiliente: tutele crescenti per l'undeclared work?
- 565 CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
Riflessione generale sulla "Italian Jobs (Insecurity) Act": verso un rozzo e liberale diritto "produttivista del lavoro"

saggi

- 295 ANNA ALAIMO
L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali
- 11 EDOARDO ALES
Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"
- 403 TANIA BAZZANI
"Rete" e problema occupazionale: i recenti interventi normativi
- 575 DONATA GOTTARDI
Ultima chiamata per il sistema dualistico: partecipazione negata dei lavoratori e rischi di sistema
- 371 ROSA CASILLO
Benessere pensionistico e scarsità delle risorse dopo la l. 214/2011

- 611 ROSA CASILLO
Profili di (in)sostenibilità giuridica e sociale dell'attuale tutela pensionistica di vecchiaia
- 637 MATTEO CORTI
La nuova legge sul salario minimo in Germania: declino o rinascita della contrattazione collettiva?
- 27 LORENZO GAETA
Aspetti giuridici del lavoro degli indigeni nelle colonie italiane
- 87 UMBERTO GARGIULO
Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18
- 663 STELLA LAFORGIA
L'Accordo interconfederale del 10 gennaio 2014: la riforma del sistema di relazioni sindacali e il principio di maggioranza
- 693 CHIARA LAZZARI
Il licenziamento viziato nella forma dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92
- 719 GIUSEPPE MELI
Clausole sociali. Fair-outsourcing delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)
- 129 CLAUDIA MURENA
Lavoro domestico e contributo di licenziamento
- 437 RAOUL C.D. NACAMULLI
Modelli organizzativi flessibili ad alta performance e sindacati: i contratti di produttività di seconda generazione
- 57 ANDREA PACELLA, RICCARDO REALFONZO,
GUIDO TORTORELLA ESPOSITO
Flessibilità del lavoro e competitività in Italia
- 335 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO, ROSARIO SANTUCCI
Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione europea, Germania e Italia a confronto
- 43 ANTONIO VISCOMI
L'adesione successiva alla disciplina pattizia. Brevi note sul Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014

commenti alla giurisprudenza

- 743 MARIO CERBONE
La nozione di mobbing nella giurisprudenza di legittimità
(Commento a Corte di Cassazione 17 gennaio 2014 n. 898)
- 175 MASSIMILIANO DELFINO
La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi fondamentali
(Commento a Corte di giustizia 18 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union local des syndicats CGT*, C-176/12)
- 477 DOMENICO GAROFALO
L'avviamento a selezione ex art. 16 l. 56 del 1987 tra diritto all'assunzione e risarcimento danni per tardiva o mancata assunzione
(Commento a Tribunale di Lagonegro 2 ottobre 2013)
- 495 RICCARDO SALOMONE
Rappresentatività sindacale, ambiti negoziali e procedure nella contrattazione collettiva del pubblico impiego
(Commento a Corte d'Appello di Roma 4 novembre 2013 n. 9291)
- 191 LAURA TEBANO
Gli aiuti pubblici per calamità naturali e il ruolo del giudice nazionale: dall'(in)certa qualificazione all'esenzione
(Commento a Tribunale di Vercelli 9 ottobre/7 novembre 2012 n. 122)

osservatorio

- 763 MARCO BIASI
La (a)causalità del contratto a termine in Europa. Riflessioni comparative sulle novità in Italia
- 221 CONFERENZA DELLE ASSOCIAZIONI SCIENTIFICHE
DI AREA GIURIDICA
Parere sull'uso degli indicatori bibliometrici per la valutazione in ambito giuridico
- 211 GIACINTO DELLA CANANEA
L'ANVUR e le banche dati per l'area giuridica

- 519 MARIA DOLORES FERRARA
Il gender mainstreaming nei contratti collettivi: tendenze della contrattazione di genere
- 225 SONIA MCKAY
Gli aspetti transnazionali del lavoro sommerso ed il ruolo della legislazione europea
- 247 LUKASZ PISARCZYK
Il licenziamento individuale in Polonia
- 507 PIER ANTONIO VARESI
La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive

laboratorio normativo

- 155 *Proposta di legge sindacale della rivista*
- 167 *Guida alla lettura della proposta di legge*
- 471 *Piattaforma di alcune riviste giuslavoristiche sulla semplificazione e sul riordino della legislazione del lavoro*

lavoro e... cinema

- 789 STEFANO RODOTÀ
Quel film sul lavoro e la dignità da ritrovare

table of contents 2014

editorial

- 5 SABINO CASSESE
Critical Discourse on Labour Law
- 289 MARCO ESPOSITO
A resilient and inclusive approach: increasing protections for undeclared work?
- 565 CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE
General reflections on the “Italian Jobs (Insecurity) Act”: towards a rough and liberal labour “productivist law”

articles

- 295 ANNA ALAIMO
The eternal recurrence of employee participation: the employee involvement at the time of the new union rules
- 11 EDOARDO ALES
About Illegal Work or, better, ‘Undeclared Work’: a Legal Typology based on a ‘Paid Activity’
- 403 TANIA BAZZANI
“Networking” and employment issue: recent legislation
- 575 DONATA GOTTARDI
Last call for the two-tier system: workers’ denied participation and systemic risks
- 371 ROSA CASILLO
Welfare State Pension and financial constraints following the introduction of Law 214/2014

- 611 ROSA CASILLO
Aspects of social and legal (un)sustainability within the current old age pension system
- 637 MATTEO CORTI
The new law on minimum wage in Germany: decline or revival of collective bargaining?
- 27 LORENZO GAETA
Legal Aspects of Work of Native People in the Italian Colonies
- 87 UMBERTO GARGIULO
The “Economic” Dismissal in the Light of Amended Article 18
- 663 STELLA LAFORGIA
The national multi-industry Agreement of January 10, 2014: the reform of the industrial relations system and the principle of majority
- 693 CHIARA LAZZARI
Defects of form in the dismissal after the Law 28 June 2012 n. 92
- 719 GIUSEPPE MELI
Social clauses. The public services fair-outsourcing and the proportionality paradigm (Part I)
- 129 CLAUDIA MURENA
Domestic Work and Dismissal Contribution
- 437 RAOUL C.D. NACAMULLI
High Performance Work Systems: the role of trade unions in the implementation of the new wave of productivity agreements
- 57 ANDREA PACELLA, RICCARDO REALFONZO,
GUIDO TORTORELLA ESPOSITO
Labour Flexibility and Competitiveness in Italy
- 335 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO, ROSARIO SANTUCCI
Anti-discrimination Law and access to justice in a comparative perspective: European Union, Germany and Italy
- 43 ANTONIO VISCOMI
The Successive Accession to the Covenantal Discipline. Brief Notes on the “Testo Unico sulla Rappresentanza” of 10 January

case law

- 743 MARIO CERBONE
The notion of mobbing according to the Supreme Court
(Case note to judgement of Corte di Cassazione 17 January 2014 n. 898)
- 175 MASSIMILIANO DELFINO
The Court and the Charter: a 'Consistent' Interpretation of Fundamental Social Rights and Principles
(Case note to judgment of the Court of Justice 18 January 2014, *Association de médiation sociale v. Union local des syndicats CGT*, C-176/12)
- 477 DOMENICO GAROFALO
The selection procedure under article 16 of Law 56/1987 between the right to be hired and the compensation of damage for late or omitted hiring
(Case note to judgement of Tribunale di Lagonegro 2 ottobre 2013)
- 495 RICCARDO SALOMONE
Union Representativeness, Divisions and Negotiating Procedures in the Public Sector Employment
(Case note to judgment of Corte d'Appello di Roma 4 novembre 2013 n. 9291)
- 191 LAURA TEBANO
Public Aid for Natural Disasters and the Role of the National Courts. From the (Un)certain Qualifying towards the Exemption
(Case note to judgment of Tribunale di Vercelli 9 October/7 November 2012 n. 122)

observatory

- 763 MARCO BIASI
The (lack of) justification in the Fixed-Term Employment Contract in Europe: comparative remarks on the recent developments in the Italian scenario
- 221 CONFERENZA DELLE ASSOCIAZIONI SCIENTIFICHE
DI AREA GIURIDICA
Opinion about the Use of Bibliometric Indicators for Assessment in the Legal Field

- 211 GIACINTO DELLA CANANEA
Anvur and the Databases in the Legal Field
- 519 MARIA DOLORES FERRARA
The gender mainstreaming in the collective agreements: trends of gender collective bargaining
- 225 SONIA MCKAY
Transnational Aspects of Undeclared Work and the Role of EU legislation
- 247 LUKASZ PISARCZYK
Individual Dismissals in Poland
- 507 PIER ANTONIO VARESI
Social security for unemployed: jobseekers' allowance and activation policies

normative laboratory

- 155 *Industrial Relations Bill*
- 167 *Explanatory memorandum to the Bill*
- 471 *Rationalizing and simplifying Labour Law (comments and suggestions made by some labour law journals)*

labour and... movies

- 789 STEFANO RODOTÀ
A movie about work and the need of recovering dignity

indice autori 2014

Anna ALAIMO, 295
Edoardo ALES, 11
Tania BAZZANI, 403
Marco BIASI, 763
Rosa CASILLO, 371
Sabino CASSESE, 5
Mario CERBONE, 743
CONFERENZA DELLE ASSOCIAZIONI SCIENTIFICHE DI AREA GIURIDICA, 221
Matteo CORTI, 637
Massimiliano DELFINO, 175
Giacinto DELLA CANANEA, 211
Maria DOLORES FERRARA, 519
Marco ESPOSITO, 289
Lorenzo GAETA, 27
Umberto GARGIULO, 87
Domenico GAROFALO, 477
Donata GOTTARDI, 575
Stella LA FORGIA, 663
Chiara LAZZARI, 693
Cristòbal MOLINA NAVARRETE, 565
Sonia MC KAY, 225
Giuseppe MELI, 719
Claudia MURENA, 129
Raoul C. D. NACAMULLI, 437

Andrea PACELLA, 57

Lukasz PISARCZYK, 247

Riccardo REALFONZO, 57

Stefano RODOTÀ, 789

Riccardo SALOMONE, 495

Raffaello SANTAGATA DE CASTRO, 335

Rosario SANTUCCI, 335

Laura TEBANO, 191

Guido TORTORELLA ESPOSITO, 57

Pier Antonio VARESI, 507

Antonio VISCOMI, 43

Finito di stampare nel mese di marzo 2015
dalla Grafica Elettronica (Na)

