

# indice

## editoriale

- 5 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO  
*Jobs Act e cultura giuslavoristica*

## saggi

- 13 ANGELO ABIGNENTE  
*La valutazione giudiziale del fatto nel licenziamento rivisitato: profili di argomentazione giuridica*
- 33 ANTONELLO ZOPPOLI  
*La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina*
- 65 GIANCARLO RICCI  
*I diritti sociali fra politiche di austerità e ripresa economica*
- 97 MICHELE FAIOLI  
*Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle imprese di minori dimensioni del Terziario: la disarmonica identità di R.ETE. Imprese Italia*

## giurisprudenza

- 123 GAETANO NATULLO, TERESA GIORNALE  
*Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi  
(Commento a C. Giust. 26 febbraio 2015, causa C-238/14 e a C. Cost. 1 dicembre 2015 n. 260)*
- 143 AMEDEO ARENA  
*La labor antitrust exemption al vaglio della Corte di giustizia: quale contrattazione collettiva per i lavoratori c.d. "falsi autonomi"?  
(Commento a C. Giust. 4 dicembre 2014, causa C-413/13)*

**Raffaele De Luca Tamajo**  
*Jobs Act e cultura giuslavoristica*

**Sommario:** **1.** Il “segno” politico della riforma e l’identità del Diritto del lavoro. **2.** Il nuovo corso legislativo quale reazione alla protratta resistenza a cauti processi di riforma. **3.** La reazione difensiva della cultura giuslavoristica. **4.** ... e della autonomia collettiva. **5.** Un rilievo conclusivo.

*1. Il “segno” politico della riforma e l’identità del Diritto del lavoro*

Tutto si può dire dell’accelerato processo di riforma del Diritto del lavoro, intervenuto in questo storico 2015, tranne che non ne sia univoco il segno tecnico e politico, improntato ad una significativa liberalizzazione dei poteri datoriali – in entrata, nella gestione del rapporto e in uscita – accompagnata da una restrizione del ricorso alla CIG (quale strumento improprio di flessibilità) e da “auspici” (per ora solo tali) di politica attiva dell’occupazione.

Il Jobs act presenta, quindi, una marcata discontinuità rispetto al patrimonio normativo preesistente, caratterizzato da una prolungata stagione di garantismo legislativo, contrattual collettivo e giudiziale e da una ricerca delle dosi di flessibilità necessarie al sistema, appunto, nelle pieghe della CIG e addirittura nel lavoro sommerso.

La nuova disciplina legislativa delinea, pertanto, la riscrittura di alcune assi portanti del diritto del lavoro e una sfida evidente alle storiche politiche del lavoro ispirate al verbo garantistico sublimato a partire dallo Statuto dei lavoratori del 1970.

Ho fatto allusione al carattere profondamente innovativo del nuovo corso legislativo non perché voglia enfatizzare la bontà della recente produzione normativa – ché anzi alcuni passaggi sembrano frutto di una eccessiva

**Angelo Abignente****La valutazione giudiziale del fatto  
nel licenziamento rivisitato:  
profili di argomentazione giuridica\***

**Sommario:** **1.** La modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: "l'insussistenza del fatto contestato". **2.** Una prima interpretazione giurisprudenziale: Cass. 6 novembre 2014, n. 23669. **3.** Il fatto nel processo: la prospettiva del realismo critico. **4.** Fatti bruti e Fatti istituzionali. **4.** Il fatto al cospetto dell'argomentazione giuridica.

1. *La modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: "l'insussistenza del fatto contestato"*

Nel riformulare il regime dettato dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la l. 92 del 2012 ha previsto la sanzione della reintegrazione del lavoratore illecitamente licenziato, qualora il giudice "accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, *per insussistenza del fatto contestato*"<sup>1</sup>. La dottrina si è immediatamente interrogata sulla decifrazione della espressione legislativa, *insussistenza del fatto contestato*, anche in occasione dei primi interventi applicativi della giurisprudenza di merito, spesso sottolineando la necessità di una lettura *olistica* della locuzione normativa che contempra, come integrativi del fatto, l'imputabilità del comportamento contestato e la proporzionalità della sanzione inflitta<sup>2</sup>.

\* Questo scritto è destinato agli *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

<sup>1</sup> L. 28 giugno 2012 n. 92, art. 1, co. 42, lett. b.

<sup>2</sup> La letteratura saggistica sul punto è molto ampia. Senza pretesa di completezza mi limito pertanto a richiamare, tra i primi significativi contributi, MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 415 ss. che, già nel vigo della legge Fornero, proponeva una interpretazione restrittiva del "fatto" intendendolo

Intervenendo in questo dibattito e leggendo criticamente la pronuncia del Tribunale di Bologna, Raffaele De Luca Tamajo, nel riprendere e giustificare ulteriormente la distinzione tra le operazioni interpretativo-applicative della verifica della giustificazione causale del licenziamento e della sussistenza del fatto contestato, ritiene che “Solo spostando la focalizzazione degli elementi di contesto del fatto e il giudizio sulla gravità dell’inadempimento dalla ricognizione fattuale alla fase valutativa della causale legittimante il recesso è possibile conferire alle due operazioni concettuali, richieste dalla nuova normativa, l’alterità postulata dal legislatore”<sup>3</sup>. Un’affermazione che suscita l’interrogativo se, pur condividendo la duplicità di operazioni ermeneutiche enunciate, non sia riduttivo intendere il *fatto contestato*, a cui fa riferimento la norma, privandolo delle sue valenze di contesto o, in altri termini, ritenendolo riscontrabile nella sua oggettività nel mondo fisico.

L’interrogativo si radicalizza se si considera che, nel dettare la disciplina *parallela* del cd. “contratto a tutele crescenti” ma, presumibilmente, anche nell’intento di addurre una interpretazione della formula usata nella legge 92, il legislatore ha sancito la sanzione della reintegrazione del lavoratore “nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia *direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*”<sup>4</sup>.

in senso *materiale*. Tra i commenti alla sentenza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012, vedi particolarmente CARINCI F., *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *RIDL*, 2012, II, spec. p. 1056 ss., dove, all’esito di un *excursus* delle varie ed articolate opinioni dottrinali, aderendo sostanzialmente all’interpretazione seguita dal giudice bolognese, sottolinea come non sia dato intendere restrittivamente l’espressione usata dal legislatore nella sua valenza *materiale* prescindendo dalla *rilevanza giuridica* dell’inadempimento contestato; ROMELI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1072 ss., che, pur sottolineando la scissione dell’accertamento giudiziale nelle due fasi della valutazione della sussistenza del fatto e della sua gravità, incidente sul piano della proporzionalità della sanzione, richiama l’attenzione sulla ineludibile *qualificazione* del fatto come inadempimento, perché “Un certo comportamento materiale è privo di significato se non viene qualificato giuridicamente” (p. 1077). Per una disamina delle varie posizioni dottrinali ed una sottolineatura dell’imprescindibilità della valutazione di proporzionalità, anche con l’elaborazione di profili interpretativi che potrebbero dar luogo a questioni di costituzionalità, v. FONTANA, *Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *RIDL*, 2012, I, spec. p. 285 ss.

<sup>3</sup> DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1067.

<sup>4</sup> D.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, art. 3, co. 2.

Le locuzioni utilizzate dal legislatore si rivelano complesse e problematiche per la loro concretizzazione giurisprudenziale, come rivela l'analisi e valutazione di una significativa pronuncia della Corte di Cassazione<sup>5</sup> che, se non altro, ha avuto il coraggio di offrire per prima una opzione interpretativa della norma.

Muovendo dall'analisi critica di alcuni argomenti utilizzati dalla Corte (2) mi chiederò quale significato teorico possa essere attribuito al *fatto contestato* ovvero al *fatto materiale* a cui fa riferimento il legislatore, in una prospettiva neo-realista (3) e secondo la diade concettuale *fatti bruti/fatti istituzionali* (4), per giungere ad affermare che per il loro accertamento il giudice dispone di margini di discrezionalità tali da rendere necessaria una particolare attenzione argomentativa (5).

2. *Una prima interpretazione giurisprudenziale: Cass. 6 novembre 2014, n. 23669*

La questione che veniva sottoposta alla Corte è nota al lettore specialista: al direttore di una filiale di banca veniva irrogato il licenziamento disciplinare dopo avergli contestato *comportamenti continuati e divenuti abituali*, consistenti nell'incarico affidato ai dipendenti della filiale di svolgere in suo favore e per proprio profitto, durante l'orario di lavoro, compiti ed attività non confacenti con la loro prestazione lavorativa. La Corte, nel leggere il fatto originante il giudizio dalla sentenza della Corte di Appello, osserva che quest'ultima aveva ritenuto che "la contestazione aveva riguardo ad un 'modus operandi' del direttore che denotava un *atteggiamento perdurante* ed attuale di grave scorrettezza ed inadempienza nella gestione dell'ufficio e che, *solo intesa in questi termini* la condotta contestata, poteva ritenersi che la contestazione avesse ad oggetto comportamenti sufficientemente individuati e non generici". Su questa premessa la Corte rileva che il giudice di appello, all'esito dell'istruttoria, "aveva escluso la commissione delle condotte come contestate, ossia *con riferimento ai connotati dell'abitualità* che le rendeva più gravi rispetto ad una condotta occasionale, quale era quella emersa dalle prove espletate, che non era idonea a giustificare la massima sanzione disciplinare".

Dalla ricostruzione della Corte di legittimità emergono alcuni nodi

<sup>5</sup> Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, in *FI*, 2014, I, c. 3418.

problematici: la *abitualità* della condotta può di per sé intergere il *fatto contestato* richiesto dalla legge Fornero come parametro di legittimità del recesso? Ancor più, potrebbe integrare il *fatto materiale* a cui fa riferimento il decreto attuativo del *jobs act*? Ed ancora: qual è l'ambito interpretativo ed argomentativo demandato al giudice per il suo accertamento?

La Corte di Cassazione, attenendosi ai limiti dell'esame di legittimità e quindi assumendo come indiscutibili le questioni valutate dal giudice di merito, risolve il caso assumendo a presupposti della decisione norme di carattere sostanziale sull'esercizio del potere disciplinare e di carattere processuale sull'ampiezza ed i limiti del giudizio di impugnazione, specie di quello di legittimità: potrebbe, quindi, rivelarsi eccedente, un *obiter dictum*, l'argomentazione offerta in ordine alla novella disciplina dell'art. 18 per respingere il motivo del ricorso proposto dalla banca<sup>6</sup>.

Tuttavia essa, prefigurando le questioni che saranno anche in futuro sottoposte all'esame del giudice, di merito e di legittimità, ed i problemi interpretativi che ne potranno nascere, si presta ad una valutazione critica ed assume pertanto rilievo la motivazione con cui la Corte respinge il motivo di ricorso volto ad una qualificazione del licenziamento nel tipo del *giustificato motivo soggettivo*:

*Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta (...) dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato.*

Nei termini in cui è sviluppato, il ragionamento della Corte si rivela di tipo formale, logico-deduttivo, attestandosi sul piano della giustificazione interna senza dar conto del presupposto di diritto, l'interpretazione assunta della norma a cui intende dare applicazione. Si coglie infatti nel passaggio

<sup>6</sup> In questo senso, tra i primi commentatori, DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in *RIDL*, 2015, II, p. 35 ss.

della motivazione un'opzione interpretativa non giustificata che avrebbe dovuto piuttosto impegnare la Corte sul piano dell'argomentazione materiale in primo luogo nel restringere, ancor prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015, il *fatto contestato* al *fatto materiale*, respingendo quindi implicitamente quelle interpretazioni che portavano la dottrina ad intendere la locuzione della legge Fornero riferita al *fatto giuridico* che emerge da una ineludibile valutazione giuridico-normativa e, in secondo luogo, nell'affermare che sia possibile l'accertamento di un *fatto materiale* senza *valutazioni discrezionali*, prescindendo quindi da ogni considerazione dei suoi caratteri di contesto<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785 ss., commentando la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo introdotto dalla legge Fornero ed in particolare il riferimento alla "manifesta insussistenza" del fatto posto a base del licenziamento, rilevava che la novella legislativa sul punto è fallace già dal punto di vista logico, in quanto "il 'fatto', nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce dei parametri normativi (...) Altrimenti il fatto (la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell'effetto" (p. 794). Questo ineludibile collegamento tra fatto e sua valutazione che, nel riferimento alla norma, ne "media il valore", è per l'autore "formalmente assente" nella disciplina del licenziamento disciplinare in cui viene "ristabilito formalmente il necessario processo circolare e dialettico tra fatto e valutazione del fatto" (p. 795). Ritornando sul tema all'indomani dell'emanazione del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 e della pronuncia della Cassazione, PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 34, ha avuto modo di ribadire che il *concetto atecnico* di *fatto materiale* non può che essere "inteso in senso giuridico, cioè come inadempimento contrattuale", ponendo opportunamente l'accento sull'aggettivo "contestato" che "inevitabilmente colora il fatto stesso dei componenti e corredi ambientali". Sostiene DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 35 che l'alternativa fatto materiale/fatto giuridico "non ha di per sé senso, giacché il legislatore, in astratto, può ben isolare la componente materiale di un fatto (consistente, come il diritto penale ci insegna, nei seguenti elementi: condotta anche omissiva, nesso di causalità, evento) per imputare ad essa un effetto, ed anche quel fatto 'materiale' sarà, in tal caso, 'giuridico', fatto salvo il sindacato sulla ragionevolezza di tale imputazione". Ad avviso dell'autore la vera questione è valutare se il "fatto contestato" debba considerarsi inclusivo della cd. componente soggettiva ed afferma che a suo avviso "il riferimento della norma al fatto "contestato" al lavoratore non possa che condurre ad includervi oltre all'elemento materiale, quello soggettivo, nonché, per estensione logica, quello dell'antigiuridicità del fatto in termini di illecito contrattuale/disciplinare (sì da catturare anche i casi in cui il fatto posto in essere sia ritenuto dal giudice di nessun rilievo disciplinare)". Senza in alcun modo addentrarmi nel complesso accertamento del fatto nel giudizio penale (ma basterebbe qui rilevare solo la delicatezza dell'accertamento dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità che certo non si rivela a-problematico), o, più in generale, in categorie penalistiche che non ritengo peraltro conferenti con la questione in esame, osservo che proprio le componenti del fatto a cui fa ri-

### 3. *Il fatto nel processo: la prospettiva del realismo critico*

Sensibile all'invito ad intraprendere un "lavoro di sistemazione dogmatica dell'istituto"<sup>8</sup> e, quindi, nell'intento di offrire un contributo teorico al dibattito, ritengo che le espressioni utilizzate dal legislatore, *fatto contestato*, *fatto materiale* e la lettura proposta dal giudice di legittimità potrebbero apparire come concessione a quelle correnti neo-realistiche che, prendendo congedo dal pensiero costruttivistico post-moderno, predicano l'esistenza di una realtà inemendabile, quella dei fatti, che esistono autonomamente e che non possono essere mutati ricorrendo a schemi concettuali o cognitivi<sup>9</sup>. Verrebbe così segnata una distanza da quelle promettenti teoriche contemporanee che, facendo perno sulla psicologia sociale e sulla "filosofia costruttivista della mente" e pur non negando l'esistenza del reale, intendono criticare il tentativo di pervenire alla "conoscenza della realtà" in modo oggettivo e ne rivendicano piuttosto la dimensione costruttiva mediante l'uso di *categorie* che, culturalmente e storicamente condizionate e definite, "rappresentano il

ferimento Del Punta ed in particolare la considerazione dell'elemento soggettivo, così come delineato con precisione sintetica, rendono l'accertamento giudiziale oltremodo complesso, inclusivo delle valutazioni di contesto; sicché, come cercherò di illustrare nel testo, non si può in alcun modo prescindere dalla discrezionalità del giudice che è chiamato ad offrire le sue argomentazioni ad un controllo di ragionevolezza, come peraltro è ribadito dallo stesso autore. Accogliendo sullo sfondo la tesi del "fatto giuridico", in merito alla rilevanza della dimensione contestuale, RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*, in *RIDL*, 2013, I, p. 968, afferma opportunamente: "Non sembra possibile nemmeno accogliere il suggerimento di chi ritiene che per l'applicazione delle sanzioni (reale o indennitaria) si debba ripulire il fatto dal contesto: recuperare cioè una nozione "pura" del fatto; perché si tratta di operazione che non pare logicamente ammissibile dato che lo stesso datore deve pur sempre contestualizzare (per motivi sostanziali e per rispetto delle garanzie difensive) il fatto addebitato al lavoratore".

<sup>8</sup> ROMEI, *op. cit.*, p. 1084.

<sup>9</sup> Con lo sforzo sintetico necessario nell'economia del saggio, si può dire che le correnti neo-realistiche intendono contrastare quella lettura della dialettica realtà/verità fondata sulla centralità del modello epistemologico della conoscenza in base a modelli conoscitivi e concettuali atti a negare, nelle espressioni estreme, l'esistenza di una verità oggettivamente e universalmente riscontrabile. Per possibili approfondimenti, nell'ampia letteratura, mi limito a rinviare a: FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012; ai contributi raccolti, a cura di DE CARO, FERRARIS, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, 2012 ed agli interventi di Corrado Ocone, Emanuele Severino e Gianni Vattimo, consultabili alle seguenti pagine web: <http://www.reset.it/blog/severino-vs-ferraris-il-nuovo-realismo-davanti-al-tribunale-della-ra-gione-filosofica>; <http://labont.it/wordpress/wpcontent/uploads/2012/08/Severino-16-settembre.pdf>; <http://labont.it/rassegna-nuovo-realismo>.



nostro modo di ‘teorizzare’ sulla realtà, in una modalità che risulti verificabile”<sup>10</sup>. Secondo questo punto di vista, quindi, nel processo la realtà, il fatto di cui si controverte, viene costruito narrativamente con l’uso del linguaggio e nell’interazione costante ed ineludibile delle parti, attori della narrazione, e delle parti con il giudice: si tratta quindi di un realtà non rappresentabile oggettivamente né separata o autonomamente conoscibile ma situata nel contesto storico, culturale e sociale di riferimento, *humus* delle scelte operate dagli attori e da queste dipendente<sup>11</sup>.

Ma anche adottando l’opzione della Corte, non può trascurarsi che nella *Weltanschauung* neo-realista viene conservato quell’approccio critico e decostruttivo che alimenta l’interpretazione dei fatti sociali e che si apre ad una dimensione ermeneutica per non cadere nel realismo ingenuo.

Nello specifico del discorso giuridico, se ne trova una traccia in Taruffo, *realista critico*, come suole definirsi, che ha dedicato rilevanti studi alla questione dell’accertamento del fatto nel processo, elaborando quella teoria che viene generalmente riconosciuta e indicata come *modello epistemico*. Il processo, in quanto orientato alla “scoperta della verità”, si propone come “strumento epistemologicamente valido e razionale” rivelandosi come un “insieme strutturato di attività finalizzate a conseguire conoscenze veritiere dei fatti rilevanti per la soluzione della controversia”<sup>12</sup>. Lo strumento di cui il giudice si avvale per rispondere a questo fine che gli viene consegnato è dato dal regime delle prove. Le prove *tipiche*, certamente, ma anche quelle *cd. atipiche* o *innominate* dal legislatore a cui sempre più anche il giudice civile ricorre per non “sbarrare la strada del processo alle numerose prove che il progresso scientifico e tecnologico mette a disposizione”<sup>13</sup>: si pensi, ad esem-

<sup>10</sup> DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Franco Angeli, 2008. Per una fondazione di questa teoria, applicata alla lettura delle sentenze della Corte Suprema americana, v. AMSTERDAM, BRUNER, *Minding the Law. How Courts Rely on Storytelling, and How Their Stories Change the Ways We Understand the Law - and Ourselves*, Harvard University Press, 2000.

<sup>11</sup> Afferma in proposito DI DONATO, *op. cit.*, p. 42: “Il linguaggio, inteso come ‘forme narrative, dà forma al mondo reale. Il racconto modella l’esperienza quotidiana, conferisce un titolo alla realtà: eventi, persone, oggetti non sono collocati in un mondo ‘indifferente’ ma in un mondo narrativo (...). Il linguaggio funge da mediazione nel rapporto di conoscenza tra soggetto e oggetto, organizza l’esperienza in forma narrativa, la struttura, creando un nesso tra gli avvenimenti”: sono queste le basi del movimento di *legal storytelling* che ha in Amsterdam e Bruner i suoi maggiori esponenti (DI DONATO, *op. cit.*, p. 66).

<sup>12</sup> TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009, p. 135.

<sup>13</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 140.

pio, per il giudizio civile, alle questioni relative al riconoscimento di paternità o a quelle sui temi *caldi* dell'inizio e fine vita, della responsabilità medica, della tutela della posizione soggettiva dei portatori di handicap o, nell'ambito del diritto del lavoro, solo per un esempio, alle questioni in materia di amianto.

Tuttavia Taruffo, pur rimanendo fedele alla sua concezione epistemica, non risparmia critiche a quelle teorie che, assumendo il carattere di "ideologia", disegnano con accenti prescrittivi l'"immagine", il modello statico del *buon giudice* come "macchina per sillogismi priva di discrezionalità e quindi priva di creatività"<sup>14</sup> e vi contrappone il modello del *trial and error* ovvero della *abduzione e verifica* capace di rappresentare quella relazione dinamica e progressiva tra la norma ed il fatto che "non entra nel processo nella sua materialità empirica" ma nella forma di "enunciati che lo descrivono o, più spesso, sotto forma di insiemi ordinati di enunciati, ossia di *narrazioni*"<sup>15</sup>. Pur leggendo criticamente le teoriche costruttivistiche che, muovendosi sul sentiero del dialogo interdisciplinare tra diritto, sociologia, antropologia, psicologia, guardano al processo come "gioco dialettico che si svolge attraverso le narrazioni svolte dai vari protagonisti del gioco processuale, il quale termina con la scelta, da parte del giudice, della narrazione 'più buona', ossia della narrazione che risulta retoricamente più efficace in quanto appare più persuasiva secondo i canoni della normalità, della familiarità e della coerenza narrativa"<sup>16</sup> e mantenendo quindi saldo il suo approccio epistemico, Taruffo non può omettere di sottolineare la delicatezza del compito giudiziale nel selezionare le narrazioni che gli sono proposte e, soprattutto, nell'individuare il *criterio* di questa selezione. Nella analisi delle plurime circostanze costitutive del fatto, assume rilievo non soltanto la loro "rilevanza giuridica", quel frutto ineludibile della comparazione con una norma che costituisce ciò che comunemente è indicato come *qualificazione del fatto*, ma anche ed ancor prima la loro "rilevanza logica", quel giudizio che viene svolto "in base a criteri di valore metagiuridici" e da qui la necessità del *controllo* di razionalità della scelta compiuta, *giustificata* da "motivazioni complete e coerenti, logicamente strutturate attraverso lo svolgimento di 'buone ragioni'"<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> TARUFFO, *Il fatto e l'interpretazione*, in *RFDSM*, 2010, 2, p. 196.

<sup>15</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 199.

<sup>16</sup> TARUFFO, *op. cit.*, p. 201.

<sup>17</sup> TARUFFO, *op. cit.*, pp. 204 e 207.

Tornerò successivamente sulla esigenza della corretta giustificazione e sulla argomentazione in base a *buone ragioni* che ne è il fondamento. Ma per ora occorre sottolineare che la consapevolezza del problematico proporsi del fatto nel processo e la discrezionalità del suo accertamento che proprio in base al controllo di razionalità evita di trasformarsi in arbitrarietà, emerge anche nell'ambito del *realismo critico* e nel modello da esso proposto della *verità epistemica*.

#### 4. *Fatti bruti e Fatti istituzionali*

A conclusioni convergenti si perviene anche entrando nel *tempio* dei realisti ed incontrando l'opera di John Searle che, nella costante attenzione alla produttività del linguaggio, elabora la sua riflessione sulla distinzione tra *fatti bruti* e *fatti istituzionali*. In una definizione ricorrente nei suoi scritti, per *fatti bruti* egli intende quei fatti che “esistono indipendentemente da noi”, mentre per *fatti sociali* o *istituzionali* quei “fatti che dipendono da noi”<sup>18</sup>. La *indipendenza* dei *fatti bruti* comporta che per la loro esistenza non è necessaria alcuna istituzione umana perché la *realtà* che essi rappresentano non richiede consenso o accettazione: è l'esempio, divenuto classico, dell'esistenza della neve sul monte Everest. Non così i *fatti istituzionali* che “richiedono istituzioni umane speciali per la loro stessa esistenza” e, prima tra tutte, come dirò anche in seguito, il linguaggio. Non si tratta di una diade escludente perché *fatti bruti* ed *istituzionali* sono collegati in una strutturazione logica di tipo gerarchico per cui i primi hanno *priorità* sui secondi, costituiscono il “livello più basso la cui esistenza non è una questione di accordo umano”<sup>19</sup>. Ma il *fatto bruto* rimane di per sé silente finché non gli venga attribuita una *funzione* che ne determini la trasformazione mediante il linguaggio o, se si vuole usare il termine di Searle, uno “slittamento”, in *fatto istituzionale*, secondo la formula “X conta come Y nel contesto C”<sup>20</sup>, dove è significativamente rappre-

<sup>18</sup> SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Edizioni di Comunità, 1996, pp. 169 e *passim* ma già in precedenza ed in modo più diffuso, SEARLE, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Bollati Boringhieri, 1992 e, successivamente, SEARLE, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Raffaello Cortina Editore, 2010. Per una chiara ed al tempo stesso sintetica introduzione alla teoria di Searle, v. CELANO, *Fatti istituzionali: la teoria di Searle*, in CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, 2010, p. 15 ss.

<sup>19</sup> SEARLE, *La costruzione della*, cit., pp. 44 e 67 ss.

<sup>20</sup> SEARLE, *La costruzione della*, cit., pp. 53 ss., 67 e 80 dove è detto: “Al livello più basso, lo

sentato che l'attribuzione del significato avviene in un contesto determinato. Si tratta di una "funzione di status"<sup>21</sup> che rende intellegibile il valore attribuito al comportamento, una "funzione agentiva"<sup>22</sup> come la definisce Searle per significare che l'atto linguistico ascrivito è posto *intenzionalmente* dagli agenti. È opportuno sottolineare l'accento posto da Searle sulla "intenzionalità"<sup>23</sup> per cogliere che essa non può risiedere in un'attribuzione di senso meramente soggettiva, collegata ad una preferenza dell'interprete, ma deve assumere il carattere di *intenzionalità collettiva*, nella forma non già del "Io intendo" ma del "Noi intendiamo", per essere condivisa e assunta da una pluralità di osservatori come "fatto sociale" e così permanere e rinnovarsi nel tempo<sup>24</sup>. Allo stesso tempo, è importante riflettere sul collegamento che egli stabilisce tra *linguaggio* e *deontologia* per cui ogni atto linguistico ed in particolare l'atto intenzionale attributivo di un significato, implica l'"impegno" del parlante<sup>25</sup>.

slittamento dalla X alla Y nella mossa che crea i fatti istituzionali è una mossa dal livello bruto a un livello istituzionale (...) Ma non ci può essere nessun modo prelinguistico di rappresentare l'elemento Y, perché non c'è niente, prelinguisticamente, che si possa percepire o a cui altrimenti si possa prestare attenzione oltre l'elemento X (...) Senza un linguaggio, possiamo vedere l'uomo attraversare una linea bianca tenendo una palla (...) Ma non possiamo vedere l'uomo segnare sei punti (...) perché i punti non sono qualcosa che può essere pensato o che può esistere indipendentemente dalle parole o da altri tipi di segnali". Sulla essenzialità del linguaggio per la creazione dei fatti istituzionali, v. anche, più diffusamente, SEARLE, *Creare il mondo*, cit., pp. 80 ss. e 122 ss.

<sup>21</sup> SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 51: "L'elemento chiave nella mossa dall'imposizione collettiva di funzione alla creazione di fatti istituzionali è l'imposizione di uno *status* riconosciuto collettivamente a cui è connessa una funzione. Dal momento che questa è una categoria speciale di funzioni agentive, definirò questa come *funzioni di status*".

<sup>22</sup> Per SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 29, sono "funzioni agentive" le operazioni di collocamento ed assegnazione di una funzione *intenzionale* ad un oggetto; v. anche SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 74 ss.

<sup>23</sup> "Uso 'intenzionalità' – avverte SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 13 – come un termine tecnico che sta a significare quella caratteristica delle rappresentazioni grazie alla quale esse sono *riguardo* a qualcosa e *dirette* a qualcosa".

<sup>24</sup> Sulla "intenzionalità collettiva" v. SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 33 ss.; SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 53 ss., spc. p. 75 ss. dove, analizzandola in tutte le sue sfaccettature ed implicazioni, afferma tra l'altro: "le 'funzioni di *status*' sono sempre relative all'intenzionalità (...) esse hanno bisogno di intenzionalità collettiva sia per la loro creazione iniziale sia per prolungare la loro esistenza" e la lezione tenuta alla Scuola di Alta Formazione Filosofica di Torini, SEARLE, *Intenzionalità collettiva e realtà istituzionale*, in SEARLE, *Coscienza, linguaggio, società*, Rosenberg & Sellier, 2009, spc. p. 106 ss.

<sup>25</sup> Così SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 105: "noi non comprenderemo una caratteristica

Ritournerò ancora su questo tema dell'*impegno* che l'uso del linguaggio genera ed implica perché esso assume caratteristiche particolari nell'ambito dell'argomentazione. Intanto, però, per riportare ricorsivamente le categorie sin qui esaminate alla questione presa in esame, ritengo che agevolmente il licenziamento possa rientrare nell'ambito dei *fatti istituzionali*<sup>26</sup> mentre il comportamento del dipendente, emergente nel giudizio dall'istruttoria, può essere inteso come il *livello più basso*, un *fatto bruto*. Ma esso non è ancora quel *fatto* a cui si riferisce il legislatore, pur nelle diverse aggettivazioni utilizzate, che piuttosto ritengo possa condividere con il licenziamento di cui è causa la natura di *fatto istituzionale*. Ritengo infatti che ciò che rileva, ai fini del giudizio, non è il comportamento in sé nel suo accadere fenomenico ma il valore che gli viene attribuito *intenzionalmente* dall'interprete, la sua *funzione* di atto illecito di rilievo disciplinare<sup>27</sup>. Da ciò deriva una conseguenza di carattere logico, ancor prima che giuridico: poiché si è detto che l'atto linguistico di attribuzione della *funzione* coinvolge la *intenzionalità collettiva*, è necessario che esso venga compiutamente giustificato: qui si radica l'istanza argomentativa che prenderò in seguito in considerazione.

Ci si può chiedere se questo *slittamento* dal *fatto bruto*, il comportamento fenomenicamente posto in essere, al *fatto istituzionale*, l'addebito disciplinare, non finisca per assumere un carattere di soggettività che tradisca l'oggettività dell'evento accertato nel giudizio, nella sua materialità, all'esito delle emergenze istruttorie. Per articolare una possibile risposta a questo interrogativo può essere anche qui d'aiuto richiamare la distinzione che Searle elabora tra *oggettivo* e *soggettivo* in chiave *epistemica* e *ontologica*. Nel primo caso si tratta

essenziale del linguaggio se non vedessimo che esso implica necessariamente degli impegni sociali, impegni la cui necessità è derivata dal carattere sociale della situazione comunicativa cioè il carattere convenzionale del dispositivo usato e il carattere intenzionale del significato del parlante. È questa caratteristica che consente al linguaggio di costituire le fondamenta della società umana in generale".

<sup>26</sup> Lo afferma lo stesso SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 92 nella *generalizzazione* della sua analisi.

<sup>27</sup> Si tratta, del resto, di quel processo di qualificazione la cui essenzialità è da tutti condivisibile a partire dalla *classica* tesi di KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1952, p. 50 che il "fatto in quanto tale, come elemento del sistema della natura, non è oggetto specifico della conoscenza giuridica e in generale non è nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in un atto giuridico è, non già la sua realtà di fatto, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato causalmente, ma è bensì il senso oggettivo che è unito a questo atto: il suo significato".

di “predicati di giudizi”: i giudizi epistemicamente soggettivi dipendono da punti di vista, atteggiamenti, sentimenti; i giudizi epistemicamente oggettivi hanno invece alla loro base dei fatti indipendenti dal parlante e dal suo ascoltatore: “il contrasto tra oggettività epistemica e soggettività epistemica è una questione di gradi”. Ma alla oggettività/soggettività epistemica è “correlato” anche un senso “ontologico”: non sono in gioco qui giudizi ma “‘oggettivo’ e ‘soggettivo’ sono predicati di entità e tipi di entità, ed essi attribuiscono forme di esistenza”, dipendono cioè dal modo in cui il soggetto percepisce le entità reali<sup>28</sup>.

Ricorrendo alle categorie di Searle per la decifrazione delle espressioni del legislatore, può dirsi che il *fatto contestato* ed il *fatto materiale*, pur epistemicamente oggettivi in quanto la loro verità o falsità non dipende da un atteggiamento o da un sentimento dell’osservatore ma da ciò che viene provato nel corso del processo, dal punto di vista ontologico, essenziale per la decisione del giudice, sono soggettivi in quanto rilevano non già per una loro caratteristica intrinseca ma per le proprietà avvertite dall’osservatore che, attribuendovi intenzionalmente una valenza, li costituisce come *esistenti*. Essi, come ho affermato precedentemente, sono *fatti istituzionali* e “Tutti i fatti istituzionali sono, in questo senso, ontologicamente soggettivi, anche se in generale essi sono epistemicamente oggettivi”<sup>29</sup>. Oggettività e soggettività, pertanto, lungi dal contrapporsi, si accompagnano e si intersecano in un tessuto che viene rappresentato nel giudizio in modo complesso e chiede di essere vagliato con attenzione critica e valutazioni giustificate.

Cercherò di illustrare questa affermazione attenendomi, sempre in via paradigmatica, al caso preso in esame da Cass. 23669/2014. Il giudice di legittimità prende atto che nel giudizio di merito era stata raggiunta la prova dei singoli fatti contestati al direttore della filiale ma, al tempo stesso, ritiene che non era stata raggiunta la prova della “*sussistenza della condotta abituale*”: può essere l’abitualità un *fatto bruto*? O piuttosto, per essere accertata e riconosciuta, ha bisogno di una convenzione umana rappresentativa<sup>30</sup>? Le emer-

<sup>28</sup> SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 14 ss.

<sup>29</sup> SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 74 e SEARLE, *Creare il mondo*, cit., p. 20: “i fatti sociali esistono solo grazie ai nostri atteggiamenti soggettivi”.

<sup>30</sup> Condivido la lettura di CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini*, cit., p. 29 ss. che, pur prendendo atto della definizione della *intenzionalità collettiva* come “fenomeno biologico primitivo”, “forma primitiva di vita mentale” ne propone un possibile collegamento con il “paradigma convenzionalistico”, all’esito di un puntuale esame critico delle obiezioni sollevate in proposito da Searle.

genze istruttorie sulle singole condotte ascritte al direttore possono integrare il giudizio di oggettività epistemica quanto alla loro verità. Esse possono entrare a far parte del “presupposto di sfondo” che però implica la rappresentazione della *abitualità* del comportamento che non è immediatamente intellegibile come “comprensione normale” ma è piuttosto il frutto della percezione dell’osservatore<sup>31</sup>. Si potrebbe così dire che il *fatto istituzionale* della valenza lecita/illecita del comportamento implica l’esistenza, epistemicamente oggettiva, del *fatto bruto* ma non si riduca ad esso, richiedendo una necessaria attribuzione *intenzionale* di significato, ontologicamente soggettiva, che valga a costituirlo.

##### 5. Il fatto al cospetto dell’argomentazione giuridica

La teoria dei *fatti istituzionali* di Searle è stata ripresa da Neil MacCormick, uno dei maggiori teorici dell’argomentazione giuridica, che, dopo averle dedicato attenzione in un testo divenuto *classico* del pensiero giuridico<sup>32</sup>, in uno dei suoi ultimi lavori giunge ad affermare che i fatti istituzionali sono *fatti interpretativi*, collocandoli in quello che Popper definisce il “Mondo III” in quanto essi esistono non come parte del mondo materiale ma come “elementi di significato inter-soggettivo disponibile alla comprensione umana attraverso l’interpretazione”<sup>33</sup>. Volendo mantenere il riferimento alla “concezione pluralistica” popperiana dei tre mondi, può dirsi che nel caso che ha impegnato la Cassazione e che esemplarmente rappresenta le fattispecie che saranno portate in futuro alla cognizione giudiziaria, il “fatto contestato” non si presentava come “oggetto fisico” ma come “contenuto mentale” che solo attraverso il linguaggio si *oggettivizza* sì da “esercitare un

<sup>31</sup> J SEARLE, *La costruzione della*, cit., p. 147, definisce il concetto di “sfondo” come “l’insieme di capacità non intenzionali o preterintenzionali che permettono stati intenzionali di funzione” e la realtà che secondo il realismo esterno si pone indipendentemente dalle rappresentazioni soggettive, “funziona come una parte dello Sfondo data per scontata”, uno “spazio di possibilità” che rende possibili le rappresentazioni (p. 204 ss.). Sulla necessaria interazione tra intenzionalità individuale e “capacità di Sfondo”, v. le osservazioni critiche di CELANO, *Intenzionalità collettiva, false credenze. Due aspetti problematici dell’ontologia sociale di J. Searle*, in CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini*, cit., p. 103 ss., spc. p. 113 ss.

<sup>32</sup> MACCORMICK, WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, 1990, p. 59 ss.

<sup>33</sup> MACCORMICK, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, p.

effetto causale” sulla esperienza reale e divenire “oggetto di un confronto critico”<sup>34</sup>.

Nello specifico del giudizio, la mediazione linguistica che consente il passaggio dal *processo mentale* del giudice che impegna la sua soggettività e pertanto non può in alcun modo ritenersi privo di discrezionalità, al *contenuto mentale* che integra il *dictum* giudiziale che assume carattere oggettivo, stabilizzandosi nella sua permanenza e generando relazioni ed implicazioni solo in quanto frutto di quel processo mentale che gli ha attribuito un significato calandosi nella realtà contestualizzata nel tempo, nello spazio, nelle consuetudini ed anche nelle componenti culturali e sociali, è dato dall’argomentazione. Bisogna, però, intendersi su quale livello di argomentazione si debba sviluppare il ragionamento del giudice.

Riprendendo una consueta classificazione<sup>35</sup>, può dirsi che la giustificazione richiesta non possa essere meramente *interna* o di primo livello, esaurendosi in un ragionamento logico deduttivo di mera applicazione della regola sul presupposto della a-problematicità della premessa fattuale. Proprio in quanto la premessa si rivela problematica è piuttosto necessaria una *giustificazione esterna* che dia conto della ragionevolezza delle premesse assunte ovvero della ricostruzione del fatto in tutte le sue componenti di contesto e di gravità. Contrariamente a quanto ritiene la Corte di Cassazione nel caso vagliato, la cognizione del *fatto contestato* o del *fatto materiale*, secondo le locuzioni usate dal legislatore, è intrisa di valutazioni discrezionali di cui il giudice è tenuto a dar conto sotto il profilo della “congruenza narrativa”<sup>36</sup>. Proprio in quanto il fatto non si propone al giudice come un oggetto del

<sup>34</sup> Così POPPER, *I tre mondi. Corpi, opinioni e oggetti del pensiero*, il Mulino 2012, p. 73: “il passaggio da un pensiero non linguistico a un pensiero formulato linguisticamente è molto importante. Formulando un pensiero in una qualche lingua, lo rendiamo un oggetto del Mondo 3; così facendo, lo rendiamo un possibile oggetto di una discussione critica. Fintanto che il pensiero rimane un semplice processo del Mondo 2, esso è semplicemente una parte di noi stessi e non può facilmente diventare, per noi, oggetto di un confronto critico”. Per le precedenti citazioni nel testo, si v. pp. 23, 64, 46 e *passim*.

<sup>35</sup> WROBLEWSKI, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, in GIANFORMAGGIO, LECALDANO, Laterza, 1986, ha introdotto la distinzione tra i livelli della *giustificazione interna*, dove si realizza un collegamento logico tra premesse e regola per pervenire alla decisione, e *giustificazione esterna*, in cui si dà ragione della correttezza delle premesse assunte. La distinzione è divenuta categoria costantemente utilizzata nella teoria dell’interpretazione ed argomentazione giuridica.

<sup>36</sup> V. sul punto GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, 2011, p. 261.



mondo fisico ma va ricostruito, in base alle emergenze del giudizio, nel suo accadere in un contesto culturale, storico, sociale definito, è nella giustificazione di secondo livello, la giustificazione delle premesse, che possono trovare ingresso le varie categorie della imputabilità, rilevanza disciplinare, gravità, proporzionalità<sup>37</sup>. Si tratta, in altri termini, di far buon uso della cd. “regola di transizione”, ponte di collegamento tra argomentazione pratica e argomentazione giuridica, che consente in ogni momento di passare da un discorso teorico ad un discorso empirico, lasciando *aperto* il criterio razionale prescelto per la definizione dell’ enunciato empirico<sup>38</sup>.

La complessità del giudizio sulla legittimità del licenziamento dove si presentano in gioco conflittuale le situazioni soggettive del datore di lavoro e del lavoratore, entrambe di rilievo costituzionale, non può quindi risolversi in una argomentazione formale di tipo logico deduttivo, sillogistico. Manuel Atienza, nell’ambito dell’unitario concetto di argomentazione, ha individuato tre dimensioni che non si elidono ma si intersecano nel loro svolgersi discorsivo e che ha definito *formale, materiale, prammatica*<sup>39</sup>. L’attenzione a mio avviso va rivolta in modo prevalente, quand’anche non esaustivo, alla dimensione materiale dell’argomentazione che qui diviene non già operazione di risultato, come può dirsi per la dimensione formale, ma attività, rivelando il carattere *pratico* del diritto orientato alla decisione ed all’azione. Nel suo am-

<sup>37</sup> Commentando le novità introdotte in tema di licenziamento disciplinare dal d.lgs. 23/2015 ed in particolare l’inciso della disposizione normativa “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”, CURZIO, *Il licenziamento ingiustificato*, FI, 2015, V, p. 246, giustamente afferma che “La proporzionalità costituisce un criterio portante dei sistemi sanzionatori. Nell’assetto introdotto dal d. leg. 23/15 questo criterio viene eclissato, con un cambio di valori sottesi alla disciplina che pone problemi sul piano della ragionevolezza ed entra in tensione con il principio di uguaglianza”.

<sup>38</sup> La “regola di transizione” è individuata da ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Giuffrè, 1998 sia tra le regole del discorso pratico generale (p. 163) che dell’argomentazione giuridica che di essa, secondo l’autore, è un caso particolare. Indicandola tra le regole della giustificazione esterna, Alexy precisa che anche nell’argomentazione giuridica “deve rimanere una questione aperta il modo di procedere nel discorso empirico: Tanto nel discorso pratico generale quanto nel discorso giuridico sussiste il problema per cui il sapere empirico necessario spesso non può essere prodotto con la certezza desiderabile. In questa situazione sono necessarie regole della congettura razionale... In numerosi contenziosi giuridici la valutazione dei fatti gioca un ruolo decisivo. Se si è d’accordo sugli enunciati normativi da accettare, la decisione dipende solo da quali fatti siano da porre alla base di questa” (p. 184 ss.).

<sup>39</sup> ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell’argomentazione*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 55 ss.

bito convergono il *contesto di scoperta* ed il *contesto di giustificazione* sicché in ogni enunciato linguistico che viene pronunciato, la componente cognitiva deve proporsi congiuntamente alle ragioni che la sorreggono, perché “non si tratta semplicemente di enunciati ma di enunciati che esprimono un impegno”<sup>40</sup>.

Nell’assetto giuridico contemporaneo in cui l’affermarsi dello stato costituzionale ha posto in primo piano il ruolo del giudice nella concretizzazione del diritto, è a mio avviso molto importante sottolineare questo *atteggiamento di impegno*<sup>41</sup>, a cui faceva riferimento anche Searle, che richiede all’interprete giudiziario di rendere esplicite, nell’ambito dell’argomentazione materiale, le *ragioni* del suo decidere. Ragioni che, espresse mediante il linguaggio, “non si identificano con le espressioni linguistiche né, ancora meno, con la forma con cui queste espressioni sono strutturate” ma rappresentano “i contenuti degli enunciati, ossia, ciò che gli enunciati significano, ciò che fa sì che essi possano essere considerati come corretti o veri”<sup>42</sup>.

Nella complessità delle fattispecie che vengono portate all’attenzione giudiziale, proprio in quanto correlate alla pluralità dei contenuti che devono esprimere, le ragioni non si presentano mai in forma isolata o assoluta ma in una graduazione che è raggiunta nel procedere argomentativo valutandone il *peso* o la *forza*<sup>43</sup>. Ciò vale particolarmente in quelle occasioni – la questione del significato da attribuire al *fatto contestato* o al *fatto materiale* ne è una specie – in cui l’obiettivo è di pervenire ad una *definizione* che non è pre-data in modo incontrovertito, sì da costituire valido ed a-problematico supporto del ragionamento, ma richiede essa stessa un processo interpretativo<sup>44</sup>, momento essenziale ed ineludibile per tradurre i fatti empirici o naturali in fatti istitu-

<sup>40</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 203. Significativamente Atienza osserva: “Nella maggior parte delle occasioni, i giudici hanno la pretesa che le proprie giustificazioni siano sincere, di modo che, per loro, non si dovrebbe tracciare una distinzione tra ragioni giustificative ed esplicative; l’azione di giustificare (di motivare) una decisione implica l’accettazione del fatto che non si possono avere ragioni esplicative che non possono giustificarsi. Peraltro non si tratta solo del fatto che i giudici di solito procedono in questo modo ma del fatto che questa è anche la nozione di giustificazione che le nostre istituzioni riflettono, come è evidente con l’esigenza di indipendenza e imparzialità giudiziale” (p. 205). Per una definizione concettuale dei contesti di *scoperta* e *giustificazione*, v. *ivi*, p. 96 ss.

<sup>41</sup> Diffusamente, ATIENZA, *op. cit.*, p. 200 ss.

<sup>42</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 212.

<sup>43</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 220.

<sup>44</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 225 ss.

zionali e prevenire alla formulazione di una corretta premessa di carattere *empirico*<sup>45</sup>. In questo procedere l'argomentazione materiale si rivela non già operazione di *risultato* ma vera e propria *attività* perché il giudice esamina i fatti acquisiti e provati e li interpreta, attribuendo ad essi *rilevanza* e graduandoli in una relazione di *forza* e di *peso* tale che gli consente di giungere induttivamente ad una conclusione che si rivela *probabile*, non *necessaria*, perché reca al suo interno "frammenti di [un] ragionamento teorico"<sup>46</sup> sviluppato in base a criteri conseguenti alle definizioni raggiunte in via interpretativa, non desunte in modo stabile ed indefettibile da un testo o da una fonte: è il caso, per l'appunto, del *fatto contestato* e del *fatto materiale*, per la cui definizione, come testimoniano i primi interventi della giurisprudenza di merito ma anche una recente sentenza del giudice di legittimità<sup>47</sup>, possono essere considerati requisiti di carattere soggettivo e contestuale, quali l'imputabilità e la proporzionalità.

Soltanto nella misura in cui i giudici, interpreti del fatto oltre che della disposizione normativa, sapranno farsi carico dell'onere dell'argomentazione materiale, si impegneranno nel rendere esplicite e quindi verificabili le ragioni che fungono da premesse delle loro decisioni, queste ultime potranno assumere un valore *pragmatico*, stabilizzando nel tempo definizioni e significati che possano "fare senso nel mondo" ed "all'interno del sistema giuridico"<sup>48</sup> per essere accolti nella dinamica delle relazioni sociali, contribuendo ad una certezza, pur relativa e mai definitiva, del diritto nei termini possibili della ragionevolezza giuridica.

Ma qui si aprirebbe un nuovo discorso e per ora si può solo prevedere che sarà ancora intenso il dialogo tra dottrina e giurisprudenza per l'interpretazione e l'applicazione di un testo normativo che si rivela ambiguo e complesso. Il tentativo di rispondere all'ansia di oggettività contenendo gli ambiti interpretativi, era già stato perseguito dal legislatore del 1941 quando, nel dettare le norme di disciplina dell'ordinamento giudiziario, con l'art. 65 attribuiva alla Corte di Cassazione il compito di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge" o quando, nel 1942, con l'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, prescriveva di attribuire alle leggi

<sup>45</sup> ATIENZA, *op. cit.*, p. 233.

<sup>46</sup> ATIENZA, *op. cit.*, pp. 206 e 244 ss.

<sup>47</sup> Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692.

<sup>48</sup> MAC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Giappichelli, 2001, Torino, p.

“il senso fatto palese dal significato proprio delle parole”. La difficoltà di mettere in pratica questi precetti o forse finanche la loro implausibilità fa parte dell’esperienza comune dei giuristi. Di fronte a questo nuovo tentativo non è difficile intravedere che se il legislatore con i suoi interventi, dettati da ragioni di carattere preminentemente politico ed economico, mirava alla semplificazione e per questa via al contenimento del contenzioso, difficilmente il suo obiettivo sarà raggiunto in tempi brevi. Forse questa considerazione può costituire un timore per quanti intendono limitare le emergenti istanze di *giustizia manageriale* al contenimento dei flussi ma è una speranza per quanti credono nella tutela giurisdizionale dei diritti.

## Abstract

La l. 92 del 2012 ha previsto all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato qualora il giudice accerti che il motivo soggettivo o la giusta causa addotti dal datore non ricorrano, “*per insussistenza del fatto contestato*”. Tale espressione è apparsa sin da subito ambigua, sì da richiedere operazioni ermeneutiche. In questo contributo si rilegge il *fatto contestato* da una prospettiva neo-realista e alla luce della distinzione tra fatti *bruti* e fatti *istituzionali* per poi focalizzare il ruolo dell'argomentazione come pratica di cui il giudice dispone per accertare i *fatti*.

The Law n. 92/2012 has required at the paragraph 18 of the Statute of the Workers the reinstatement of employee illegally dismissed if the judge verifies the absence of the subjective reason or the justified reason given by employer “*for the inexistence of the contested fact*”. This expression is ambiguous and asks hermeneutical operations for a better understanding. This paper aims to mean the contested fact from a neo-realist perspective and through the distinction between *brute facts* and *institutional facts*. Then it focuses on the role of the argumentation as a practice giving to the judge the possibility to verify *facts*.

## Key words

Fatto contestato, fatti bruti, fatti istituzionali, neo-realismo, argomentazione, buone ragioni.

Contested facts, brute facts, institutional facts, neo-realism, argumentation, good rights.



## Antonello Zoppoli

### La collaborazione eterorganizzata: fattispecie e disciplina\*

**Sommario:** **1.** L'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: il nuovo scenario al di là del pragmatismo. **2.** L'art. 2 e la giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: una norma “non apparente”. **3.** (*Segue*) Interpretazione-specificazione dell'art. 2094 cod. civ. e presunzione di subordinazione: né l'una né l'altra. **4.** Ancora su eterorganizzazione (art. 2) ed eterodirezione (art. 2094 cod. civ.). **5.** Eterorganizzazione e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ. **6.** Art. 2: nuovo ingresso nella subordinazione o *tertium genus*? **7.** Eterorganizzazione e istanza sociale. **8.** L'intervento della contrattazione collettiva ex art. 2, co. 2, lett. a): i dubbi oltre la questione della disponibilità del tipo contrattuale.

1. *L'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: il nuovo scenario al di là del pragmatismo*

Le recenti profonde innovazioni del diritto del lavoro, introdotte dai decreti legislativi del 2015 attuativi della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 (nell'insieme denominato, con l'ennesimo mediatico ben noto anglismo, *Jobs Act*), hanno inevitabilmente interessato anche la prioritaria questione delle fattispecie di riferimento della materia e degli ambiti delle diverse tutele apprestate. Una questione sul tappeto da decenni e oggetto, in questo primo scorcio di nuovo secolo, di più interventi legislativi.

Per la precisione, con l'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81<sup>1</sup> – dove si dispone che dall'1° gennaio 2016 “si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche” alle cc.dd. collaborazioni eterorganizzate – e con l'art. 52, co. 1, del medesimo d.lgs. – che abroga la disciplina del lavoro a progetto

\* Il saggio è destinato agli *Studi in onore di Mario Tedeschi*.

<sup>1</sup> D'ora in poi, per comodità d'esposizione, art. 2.

– il legislatore ha ridefinito i confini delle normative a protezione di coloro che prestano lavoro a favore di altri.

Introducendo la riflessione è opportuno osservare che la subordinazione oggi, se da un lato accresce la forza attrattiva, grazie al suddetto art. 2, dall'altro, in virtù (anzitutto ma non solo) delle menzionate innovazioni, vede sensibilmente ridotta quella protettiva. Questa sorta di scambio tra l'estensione degli ambiti di applicazione delle tutele e la riduzione dei relativi contenuti – da più di un autore rilevato – ha rappresentato in effetti la cifra del *Jobs Act*. Per la verità, in riferimento all'art. 2, l'iniziale intento era meno "pretenzioso", giacché l'originaria fattispecie di riferimento era sensibilmente più ristretta (v. *infra* par. 4); ma il testo finale l'ha potenzialmente ampliata, dando allo scambio altro peso. Nondimeno, la riduzione di profili basilari della normativa di tutela – *in primis* di quella contro il licenziamento ingiustificato – fa sì che, per la subordinazione, lo scambio abbia tutta l'aria di continuare a essere in perdita. Come dire, l'alternativa "autonomia-subordinazione", oggi, presenta un significato diverso rispetto al passato. Ciò, evidentemente, spiega, almeno in parte, anche l'espansione della subordinazione.

Premesso questo, è indubbio che lo scenario al momento appare articolato e non ben definito.

Invero, come meglio vedremo in seguito, il legislatore ha confermato l'impostazione giuridica tradizionale – mai immune da critiche – secondo cui il bisogno di tutela del lavoratore è conseguenza del tipo di relazione intrattenuta con l'organizzazione per la quale il lavoro è svolto. Anzi, si potrebbe dire che l'impostazione tradizionale risulta finanche rafforzata, giacché è stata eliminata la presenza (rivelatasi quindi fugace) di quelle prime indicazioni di carattere (non solo ma di certo<sup>2</sup>) immediatamente economico introdotte nell'ambito di un "gioco di presunzioni"<sup>3</sup> dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero).

<sup>2</sup> Ne sottolinea il rilievo in termini comunque di dipendenza organizzativa PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013, p. 90. Più in generale, sulla dipendenza economica in relazione a particolari forme di lavoro autonomo, anche in chiave comparata – soprattutto in riferimento all'esperienza spagnola e tedesca – cfr., da ultimo, PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-272/2015, pp. 8 e 48; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-266/2015, p. 16; TREU, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in GDLRI, 2015, p. 170; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-174/2013, p. 4.

<sup>3</sup> MAGNANI, *op. cit.*, p. 7, criticamente sul punto e anche sull'esperienza del lavoro a pro-



A essere mutato, pure sensibilmente, è invece il nuovo impianto delle tutele del lavoro a favore altrui, ridefinito dal nuovo art. 2 e dall'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, alla quale si accompagna il "ritorno" dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. (art. 52 d.lgs. n. 81/2015), nella sua originaria impostazione e in barba alle indicazioni, sia pure generiche, di segno diverso fornite dalla legge delega n. 183/2014<sup>4</sup>. In estrema sintesi, riepilogando, il legislatore a inizio secolo (con il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276) aveva disegnato un quadro in cui, alle norme del codice civile sul lavoro autonomo – *in primis* l'art. 2222 –, si affiancavano: da un lato, la disciplina del lavoro a progetto, con la marginalizzazione delle collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.<sup>5</sup>; dall'altro lato, la disciplina del lavoro subordinato, sostanzialmente intatta nelle linee che ne avevano ispirato lo sviluppo sin dagli anni '60. Quindi, schematizzando, prima del *Jobs Act* si era dinanzi a: 1) un'area sguarnita di particolari regole, il lavoro autonomo *tout court*; 2) al suo interno, un ambito provvisto di qualche debole peculiare tutela – oltre a quelle essenzialmente processuali e previdenziali di cui alle collaborazioni *ex art.* 409, n. 3, cod. proc. civ. –, il lavoro a progetto; 3) una terza area, "garantita" – benché alle prese con la prima ma incerta "tempesta" prodotta dalla "riforma Fornero" delle regole sul licenziamento –, la subordinazione. Adesso il quadro normativo, con l'eliminazione del lavoro a progetto, registra un'alternativa non solo più secca, ma anche assai cambiata nei suoi termini: "subordinazione", estesa ma fortemente indebolita dal *Jobs Act*, *vs.* "autonomia"; e all'interno della seconda l'unico segmento da considerare ai nostri fini è di nuovo quello del redivivo art. 409, n. 3, cod. proc. civ., dalla disciplina davvero assai scarna. Alternativa, dunque, palesemente contraddistinta da un marcato e complessivo spostamento verso l'interesse di chi gestisce il lavoro.

Il nuovo scenario investe naturalmente la *realtà* delle relazioni di lavoro, ma con un respiro *giuridico* piuttosto ampio.

Tra i primi commentatori, più d'uno ha posto l'accento sull'immediata valenza pragmatica e antielusiva dell'art. 2<sup>6</sup>, destinato a operare – si rileva so-

getto, riprendendo un'opinione assai diffusa in dottrina. In termini almeno parzialmente diversi, PALLINI, *op. cit.*, p. 86.

<sup>4</sup> V. art. 1, co. 2, lett. b), n. 3 e co. 7, lett. g), l. n. 183/2014.

<sup>5</sup> Il cui campo di applicazione, come noto, era ridisegnato e delimitato dagli artt. 1, co. 2, e 61, co. 3, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>6</sup> V., ad esempio, FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, p. 53; PESSI, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo*

vente – nella cd. zona grigia tra autonomia e subordinazione: semplificando le operazioni qualificatorie delle relazioni di lavoro e arginando la fuga dalla subordinazione, in atto da qualche decennio. Con ogni probabilità, questa sarà l’iniziale e più immediata conseguenza della norma, certo ispirata dal passato ma inevitabilmente rivolta al futuro. Da questo punto di vista sarà importante verificare – è appena il caso di notarlo – l’effettivo spazio che occuperanno le collaborazioni contemplate nell’art. 409, n. 3, cod. proc. civ.; esito sul quale avrà naturalmente un ruolo non secondario la giurisprudenza. Sull’argomento si dirà qualcosa in seguito. Per il momento, preme sottolineare che, se i vincoli posti dal contratto di lavoro subordinato – in primo luogo “in uscita” – sono oggi di certo assai ridotti, non è da escludere che la scarna disciplina delle collaborazioni di cui all’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. possa tornare a essere una tentazione per chi deve avvalersi di un determinato genere di prestazioni di lavoro<sup>7</sup>. A venir in rilievo, in questa circostanza, non è la tanto rinomata e dibattuta correlazione “riduzione delle tutele-incremento dell’occupazione” (rinvenibile nell’*incipit* dell’art. 1, co. 7, della legge delega n. 183/2014), bensì la “qualità” del lavoro, in ragione del rischio di un possibile significativo disincentivo a stipulare contratti di lavoro subordinato (segnatamente “a tutele crescenti”), il cui incremento costituisce invece uno dei “principi e criteri direttivi” della delega (art. 1, co. 7, lett. b): in breve, il *Jobs Act* estende i confini dello statuto protettivo della subordinazione dopo averne significativamente ridotto i contenuti e, al contempo, ravviva esperienze normative all’origine della fuga dalla subordinazione. Superfluo osservare che di tali possibili dinamiche si potrà avere piena contezza e seriamente discutere soltanto quando sarà finito il periodo di agevolazioni contributive previste per le assunzioni con il contratto di lavoro a tutele crescenti<sup>8</sup>.

Comunque sia, questi primi possibili concreti effetti di certo sono da inserire – come dicevo – in una visuale giuridica assai ampia: di carattere

*D’Antona*”. *IT-282/2015*, p. 10; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d. lgs. n. 81/2015*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. *IT-294/2016*, p. 22.

<sup>7</sup> Come ricorda di recente MAGNANI (*Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs., cit.*, p. 22), le restrizioni introdotte dalla l. n. 92/2012 al lavoro a progetto e l’innalzamento dell’aliquota contributiva hanno negli ultimi anni ridotto sensibilmente il ricorso alle collaborazioni coordinate e continuative.

<sup>8</sup> Artt. 1, co. 118, l. 23 dicembre 2014, n. 190, e, da ultimo, art. 1, co. 178, l. 28 dicembre 2015 n. 208.

dogmatico e assiologico, oltre che sistematico. Le novità infatti toccano, del diritto del lavoro, concetti e categorie, valori-principi e conseguenti bilanciamenti, ambiti delle tutele e interrelazioni normative. Ed è da questa visuale che cresce l'interesse del giurista, chiamato al compito (per lui, proprio) di armonizzare l'ordinamento nelle sue interrelazioni con la realtà. Il dibattito, com'era facile prevedere, benché solo agli inizi è già vasto e contraddistinto da opinioni molteplici e spesso distanti, anche su aspetti centrali<sup>9</sup>. Si è arricchito, da ultimo, della circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 3/2016 dell'1 febbraio 2016.

È tempo allora di addentrarci nell'analisi.

## 2. *L'art. 2 e la giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: una norma "non apparente"*

L'attenzione della dottrina si è rivolta in assoluta gran parte verso le caratteristiche del rapporto contemplato dall'art. 2 *al fine* dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato: quindi *prima* di tale applicazione e, potremmo dire (riservandoci di precisarne in seguito la portata), della *trasformazione normativa* dalla stessa determinata. La distinzione non è affatto da trascurare, come meglio vedremo.

Cominciamo con il *prima*.

Il dibattito può, schematizzando, riassumersi intorno a due tesi.

Una tesi muove dall'inesistenza del potere direttivo nel rapporto contemplato dall'art. 2 e ritiene, di conseguenza, che la nuova norma assuma a riferimento il lavoro autonomo<sup>10</sup>. Secondo l'altra tesi, invece, l'art. 2 guarda, semplicemente, al lavoro subordinato. Tra le due tesi esistono forse più convergenze di quanto a prima vista possa sembrare: a mio avviso, s'intravedono, nelle pieghe della discussione, incertezze ed equivoci che, da sempre, accompagnano il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro.

<sup>9</sup> Senza pretesa di esaustività, le opinioni e gli specifici scritti già citati o che in seguito si citeranno racchiudono, in sintesi, il dibattito. Cfr. però anche VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro. Il lavoro parasubordinato organizzato dal committente*, Supplemento al n. 12/2015 di *MGL*, e in particolare la sintesi del curatore delle molteplici ed essenziali opinioni ivi pubblicate (p. 153), qui solo in parte riprese.

<sup>10</sup> PERULLI, *op. cit.*, *passim*; in senso adesivo, PESSI *op. cit.*, p. 10; in termini analoghi, ma con altri approdi, PERSIANI, *Note sulla disciplina di alcune collaborazioni coordinate*, in *ADL*, 2015, p. 1260.

Chi scrive ha già espresso, in un'iniziale succinta riflessione<sup>11</sup>, sostanzialmente il proprio favore per la prima tesi. Lo sviluppo del dibattito ha rafforzato tale convincimento, ma qui la riflessione va approfondita, nei limiti ovviamente consentiti da queste pagine. È anzitutto il caso di riprendere il dialogo e il confronto con chi ha seguito l'altra prospettiva.

Tra i suoi sostenitori gli accenti diversi non mancano. Se in generale è diffusa l'opinione che, attraverso questo o quel percorso, ravvisa nell'art. 2 una sostanziale recezione di alcuni dei cc.dd. indici sintomatici della subordinazione adoperati dalla giurisprudenza o, più in generale, dell'orientamento giurisprudenziale sulla cd. subordinazione attenuata<sup>12</sup>, chi si spinge oltre, affinando il discorso tecnico, ritiene la norma: a) "apparente, priva cioè, malgrado la sua formulazione in termini precettivi, di efficacia propriamente normativa" e quindi priva di un *aliquid novi* rispetto all'art. 2094 cod. civ.<sup>13</sup>; b) oppure cripto-interpretativa<sup>14</sup> o specificativa<sup>15</sup> dell'art. 2094 cod. civ.; 3) o, ancora, introduttiva di una presunzione assoluta<sup>16</sup>.

Andando per ordine, a me pare che si debba partire da alcune essenziali considerazioni, per la verità difficili da mettere in discussione.

Anzitutto, l'art. 2, in prima battuta, non si presenta come una norma *di fattispecie*, nel senso abituale del termine; non introduce, cioè, una fattispecie correlandola a una *sua* disciplina: sul punto occorrerà ritornare, ma sin da ora non si può dubitare che l'art. 2 *riprende*, semplicemente, la disciplina della (fattispecie) subordinazione, come recita inequivocabilmente la sua lettera<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> In VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 149.

<sup>12</sup> Cfr., ad esempio, NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-228/2015, p. 8; RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 13; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 cod. proc. civ.*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-278/2015, p. 16.

<sup>13</sup> TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in ADL, 2015, p. 13.

<sup>14</sup> FERRARO, *op. cit.*, p. 62.

<sup>15</sup> GHERA, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 50.

<sup>16</sup> DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, p. 371; NOGLER, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'autorità del punto di vista giuridico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-267/2015, p. 16; PERSIANI, *op. cit.*, p. 1260, senza distinguere sul carattere assoluto o relativo della presunzione; se si opta per la seconda ipotesi, il rilievo della norma – già delimitato dalla presunzione al piano probatorio – ovviamente si riduce in modo sensibile, essendo sempre possibile la prova della sussistenza dell'elemento costitutivo della fattispecie, ossia – nella prospettiva qui seguita – del potere direttivo.

<sup>17</sup> Il principale snodo del dibattito sinora sviluppatosi sull'art. 2 è con ogni probabilità da

Al contempo, omettendo qualsiasi altra esplicita indicazione, l'intervento legislativo sembra proprio presupporre l'attuale e tradizionale binario sistema normativo "autonomia-subordinazione".

Tutto ciò dice già molto sul favore per la prima tesi indicata in precedenza: se alla relazione di lavoro di cui all'art. 2 solo dal gennaio 2016 "si applica la disciplina della subordinazione", prima di quella data essa era giocoforza da ricondurre nell'area dell'autonomia<sup>18</sup>.

A ben vedere siffatto ragionamento trova un reale e insormontabile ostacolo soltanto nell'opinione secondo la quale l'art. 2 sarebbe una "norma apparente", priva di efficacia normativa: che nulla aggiungerebbe all'art. 2094 cod. civ., quindi *inutiliter data*. In questa logica perderebbe ovviamente senso anche la distinzione tra un "prima" e un "dopo" rispetto a esso. Ipotesi possibile ma estrema, alla quale evidentemente l'interprete, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici<sup>19</sup>, può giungere in ultima analisi, là dove l'alternativa di "cancellare" il dato normativo sia davvero obbligata. Francamente non mi pare questo il caso, per varie ragioni<sup>20</sup>.

L'art. 2 ha una struttura del tutto diversa rispetto all'art. 2094 cod. civ. e simile (per non dire identica: è appena il caso di ricordarlo) al più volte citato art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Mettendo da parte il carattere personale della prestazione (irrilevante per la distinzione in parola) e quello continuativo

individuare nella questione concernente la sua incidenza sulla fattispecie o sulla disciplina della subordinazione: tra gli altri cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 371; PESSI, *op. cit.*, p. 11; RAZZOLINI, *op. cit.*; p. 3; TREU, *op. cit.*, p. 162.

<sup>18</sup> Si può quindi andare oltre l'interpretazione secondo cui il legislatore, nell'art. 2, "presuppone la natura non subordinata (o non 'qualificata')" delle collaborazioni eterorganizzate (così MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs.*, cit., p. 12).

<sup>19</sup> Un canone ermeneutico, scrive GRASSETTI, (*Conservazione (Principio di)*, voce, in *ED*, IX, 1961, p. 173), "che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 cod. civ., ispira tutto il nostro ordinamento". Sul principio di conservazione degli atti giuridici in giurisprudenza cfr., tra le altre e da varie angolazioni, le sentenze: C. Cost. 29 marzo 1996 n. 89; 27 luglio 1992 n. 368; 19 maggio 1988 n. 559; 19 dicembre 1984 n. 292; 29 luglio 1982 n. 152; Cass. Pen., sez. I, 28 gennaio 2015 n. 7884; Cass. Pen., sez. III, 27 settembre 2015 n. 49317; Cass., sez. trib., 29 maggio 2013 n. 13319; Cons. St., 25 luglio 2013 n. 3964; Cons. St., 10 dicembre 2013 n. 5917.

<sup>20</sup> Sulla tesi in parola si tornerà nel paragrafo successivo, riflettendo sulla giurisprudenza prima richiamata, giacché è su questa che la tesi si fonda; in proposito, però, quanto detto in questo paragrafo è imprescindibile perché esprime già bene il rilievo non solo teorico ma pure concreto del potere direttivo (eterodirezione), da cui inevitabilmente occorre muovere e che, di per sé, risulta sufficiente a porre la distinzione tra art. 2094 cod. civ. e art. 2 al di là del piano solo speculativo (così invece TOSI, *op. cit.*, p. 1126).

(sul quale si tornerà più avanti), l'attenzione è da concentrare (come si è concentrata nel dibattito) sulle “modalità di esecuzione (...) organizzate dal committente [n.d.a.: unilateralmente<sup>21</sup>] anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

Non è mia intenzione indugiare sull'analisi letterale del testo normativo, tuttavia mi pare ineludibile sottolineare come la norma si componga di due elementi, collegati dalla congiunzione coordinante “anche”: il primo, più generico, attinente alle modalità esecutive della prestazione; il secondo, specifico, al suo profilo spazio-temporale. Orbene, nell'art. 2094 cod. civ. non si rinvencono né l'uno né l'altro: secondo la norma codicistica, come ben noto, il lavoratore “presta il proprio lavoro (...) alle dipendenze e sotto la direzione dell'impresa”. Su questa locuzione, tanto indagata, qui possono essere sufficienti alcune brevi considerazioni.

Nell'immenso dibattito sulla subordinazione, la posizione storicamente prevalente, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è quella che rinviene il suo elemento identificativo nel potere direttivo del datore di lavoro. Anche l'autore che esclude ogni significato normativo all'art. 2, pure non certo sensibile alla tesi tradizionale, da questa acquisizione muove<sup>22</sup>. Beninteso, quando si colloca al centro il potere direttivo, ci si rifa a insegnamenti ormai acquisiti al pensiero giuslavoristico – benché talvolta ancora oggi in qualche misura trascurati –, secondo cui esso è da intendere come “potere dinamico di funzionamento dell'organizzazione del lavoro”<sup>23</sup>, che si esprime segnatamente nell’“organizzare globalmente la prestazione” attraverso un sempre possibile e “ampio spettro di manifestazioni”<sup>24</sup>: la determinazione del contesto organizzativo, dei soggetti con cui coordinarsi, dell'attività da compiere (salvo ovviamente il limite delle mansioni), del relativo modo di svolgimento, e via dicendo, sino a giungere finanche al merito di ciò che è da farsi. In breve, riprendendo un altro concetto assai diffuso, il potere direttivo, nella sua pervasività e dinamicità, è il punto di mediazione giuridica tra risultato com-

<sup>21</sup> In ragione della formulazione della norma, nessuno mette in dubbio l'unilateralità del potere del committente, espressamente prevista peraltro nel parere della Commissione lavoro del Senato del 13 maggio 2015 sullo schema di decreto, poi eliminata perché considerata pleonastica: v. sul punto v. ICHINO, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 53.

<sup>22</sup> TOSI, *op. cit.*, p. 1124; ID., in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 127.

<sup>23</sup> NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, 1995, II, p. 589.

<sup>24</sup> GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, XXXVIII, Giuffrè, 1989, p. 349.

plussivo dell'organizzazione produttiva e prestazione di lavoro subordinato<sup>25</sup>: è il potere che, in queste sue peculiari caratteristiche, innerva l'organizzazione per quanto concerne il lavoro. Ciò ne segna la netta distanza da ogni altra possibile figura o accezione di potere organizzativo delle energie lavorative.

Se si muove da questa consapevolezza, la differenza tra art. 2 e art. 2094 cod. civ. è netta; da ogni punto di vista: linguistico, strutturale, concettuale. Anzi, è una differenza non solo per difetto, ma, nella sua logica, anche per eccesso. Infatti il potere unilaterale del committente nell'art. 2 è: da un lato, *delimitato* alle modalità di esecuzione della prestazione; dall'altro, entro questo limite, *esteso*, senza precisi vincoli, “anche” – recita la norma ma in realtà (come meglio si dirà in seguito) soprattutto – al profilo spazio-temporale. Sicché, il potere del committente nell'art. 2: sul primo versante, non assume il carattere “globale” del potere direttivo; sul secondo, appare, per converso, più incisivo, o comunque configurato in termini propri<sup>26</sup>.

C'è poco da meravigliarsi della differenza, duplice e di diverso segno: la norma ha tutt'altra struttura, incentrata su un potere circoscritto e caratterizzato dal profilo spazio-temporale.

Chi insiste su una presunta equivalenza tra il potere direttivo (del datore di lavoro) e il potere di definire le modalità esecutive della prestazione (del committente)<sup>27</sup> trascura che il secondo, in piena aderenza al dato letterale, si presenta in termini differenti e ben più ristretti rispetto al primo: quest'ultimo – giova ripeterlo – proprio nella potenziale ricordata estensione e dinamicità trova la sua identità, specularmente definendo la posizione debitoria del lavoratore (su questo si tornerà tra breve). Di contro, sebbene il prestatore d'opera debba procedere “all'esecuzione dell'opera secondo le condizioni stabilite nel contratto”, come recita il paradigmatico art. 2224 cod. civ., un potere unilaterale del committente, circoscritto alle modalità di esecuzione della prestazione e al suo interno delimitato, non è estraneo già alla tipologia

<sup>25</sup> Nella ricchissima letteratura sull'argomento v., tra i tanti, ZOPPOLI L., in ESPOSITO-GAETA-SANTUCCI-ZOPPOLI A.-ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. III. Mercato, contratto e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 61; CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità*, in *GDLRI*; 2004, p. 41; MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, 2002, pp. 43-181; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, pp. 56 e 100; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 5.

<sup>26</sup> Lo notano opportunamente SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 15; TOSI, *op. cit.*, p. 1127.

<sup>27</sup> V., ad esempio, NUZZO, *op. cit.*, p. 7; PISANI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 107.

contrattuale codicistica del lavoro autonomo (cfr., ad esempio, l'esplicita previsione dell'art. 1685 per il contratto di trasporto).

Dunque, ritorniamo al punto prima sottolineato. Nell'art. 2, non solo è senza dubbio possibile configurare il potere del committente di determinare le modalità esecutive della collaborazione eterorganizzata come un potere circoscritto, ma è questa una soluzione inevitabile: soltanto così opinando si dà un significato alla norma.

Inoltre, muovendo dall'identificazione tra siffatto potere del committente e il potere direttivo del datore di lavoro, non avrebbe alcun senso, nell'art. 2, neppure l'accento sulla determinazione unilaterale del profilo spazio-temporale: come si spiegherebbe l'introduzione di poteri del creditore della prestazione di lavoro aggiuntivi rispetto al potere direttivo al fine di applicare la disciplina della subordinazione che nello stesso e solo potere direttivo trova ragion d'essere?

Infine, sovrapponendo art. 2094 cod. civ. e art. 2, risulterebbe ostico comprendere anche il co. 4 dello stesso art. 2, giacché il divieto ivi previsto per le pubbliche amministrazioni di ricorrere "comunque"<sup>28</sup>, dall'1 gennaio 2017, alle collaborazioni eterorganizzate si tradurrebbe in un divieto generale di assumere lavoratori subordinati: il che, per intuibili ragioni, non può essere.

### 3. (Segue) Interpretazione-specificazione dell'art. 2094 cod. civ. e presunzione di subordinazione: né l'una né l'altra

La prospettiva comincia a mutare nel momento in cui i sostenitori della tesi secondo cui l'art. 2 si riferisce a rapporti di lavoro subordinato ne riconoscono, in ogni caso, una valenza innovativa, sia pur con toni e attraverso percorsi diversi. È in quest'ottica che si dà maggior peso ad alcuni orientamenti giurisprudenziali che sarebbero appunto recepiti dall'art. 2. Segnatamente alla giurisprudenza incline, ai fini della rilevazione della fattispecie di cui all'art. 2094 cod. civ., a utilizzare i cc.dd. indici sintomatici della subordinazione: tra i quali, appunto, la definizione dell'orario e del luogo di lavoro; in presenza talvolta di direttive programmatiche o di massima, sì da configu-

<sup>28</sup> Se ben si intende, anche qualora il riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibili da parte delle pubbliche amministrazioni, cui fa riferimento l'*incipit* del comma, non veda la luce entro l'1 gennaio 2017.



rare una generica eterorganizzazione della prestazione o una subordinazione “attenuata”<sup>29</sup>. Chi rileva in questo il “nuovo” dell’art. 2, lo commenta in genere favorevolmente: per l’anacronismo – da tempo evidente, si afferma – della nozione tradizionale di subordinazione rispetto a realtà organizzativo-produttive da decenni mutate; o per la intrinseca presunta debolezza della stessa nozione, di maggior seguito ma da alcune voci dottrinali non da ora rifiutata<sup>30</sup>.

Così prospettata, la tesi in parola presenta risvolti interessanti, ma, a mio avviso, anche equivoci e debolezze: conseguenze forse della densità problematica e concettuale di cui si diceva, da sempre compagna della questione “subordinazione”, alla fine tuttavia prevalenti.

Non v’è dubbio che l’art. 2 riprende la “sofferenza” della questione dinanzi ai cambiamenti del mondo della produzione in atto da tempo. Sofferenza che può però tradursi in più di una soluzione giuridica, sì da essere influente ai fini della individuazione della natura del rapporto di lavoro assunto a riferimento dalla nuova norma: è del tutto intuitivo come essa possa, se non debba, esprimersi attraverso una restrizione della nozione di lavoro autonomo, risultando, in tal caso, tranquillamente compatibile con l’“autonomia” della relazione di lavoro “prima” della trasformazione normativa operata dall’art. 2.

La tesi in parola s’imbatte poi anch’essa nel principio di conservazione degli atti giuridici là dove rinviene, nell’art. 2, la conferma dell’opinione (minoritaria ma da tempo presente nel dibattito) secondo cui l’elemento identificativo della subordinazione risiederebbe nell’eterorganizzazione: se l’art. 2094 cod. civ. si caratterizzasse già per l’eterorganizzazione, adesso contemplata dall’art. 2, quest’ultimo apparirebbe, giocoforza, privo di significato. E a me sembra che a tanto si debba giungere a prescindere dalla più precisa soluzione tecnica prospettata riguardo alla nuova norma: cripto-intepretazione o specificazione dell’art. 2094 cod. civ., o, in altra ottica, presunzione assoluta di subordinazione. Argomentando in modo esattamente opposto, l’art. 2 invece risulta un’ennesima conferma della ricostruzione tradizionale e prevalente, che individua l’essenza della subordinazione nella eterodirezione, ossia nel potere direttivo (come su inteso): rispetto al quale, appunto, l’art. 2 si differenzia perché incentrato sul diverso concetto di eterorganizza-

<sup>29</sup> Cfr. gli autori prima citati nelle note 12-16.

<sup>30</sup> V., ad esempio, FERRARO, *op. cit.*, p. 53; NOGLER, *op. cit.*, *passim*.

zione, che, proprio per questa ragione, assume, ora, preciso significato giuridico. Va da sé – come di frequente si rammenta – che eterodirezione ed eterorganizzazione costituiscono differenti espressioni del più generale raccordo funzionale tra “organizzazione” e “lavoro”: in termini giuridici, di un potere organizzativo. Ma, se fino a ieri l’eterorganizzazione non aveva una sua precisa fisionomia giuridica, sì da essere anche identificata con il potere direttivo (eterodirezione) o finanche allo stesso sovrapposta in una non precisata relazione, oggi ce l’ha: e tanto l’identificazione quanto la sovrapposizione tra l’una e l’altra non sono più possibili.

Gli autori a favore della ricostruzione qui non condivisa per lo più pongono comunque l’accento sulla valenza pragmatica del nuovo dato normativo. L’art. 2 – si sostiene –, dando veste legislativa alla menzionata giurisprudenza, semplifica le operazioni qualificatorie, complicate da ormai inutili vischiosità storiche. Anche in questo potrebbe esserci del vero; ma pure su questo occorre intendersi.

Come già accennato in precedenza, la giurisprudenza non ha mai trascurato la centralità del potere direttivo nella subordinazione. Piuttosto, dinanzi a casi dalla qualificazione complessa, in ragione di questo o quel particolare aspetto della prestazione o del contesto di lavoro, e generalmente ed eloquentemente ricondotti alla cd. zona grigia, ne ha desunto la presenza indirettamente, utilizzando elementi (i più volte citati indici sintomatici) che, secondo l’*id quod plerumque accidit*, di tale potere possono ritenersi espressione: considerando quindi questi elementi comunque manifestazione *di fatto* di quel potere, *giuridicamente* (ovvero anche solo in potenza, che non vuol dire in astratto) mai negato.

È probabile che tale orientamento incroci l’art. 2, semplificando il contenzioso, con l’applicazione della disciplina della subordinazione. Tuttavia, il significato dell’art. 2 è, per molti motivi, assai diverso e ben più ampio dal punto di vista tanto teorico quanto pratico. Peraltro, se si ragiona diversamente, si ripresenta il problema dell’“utilità” della norma.

Riepilogando, ciò che assume rilievo giuridico in virtù dell’art. 2 è un *fenomeno diverso dalla subordinazione*, ossia l’*eterorganizzazione*: identificata, dal medesimo art. 2, in un potere organizzativo, da un lato, ben circoscritto, dall’altro caratterizzato sul piano spazio-temporale. Sicché ai sensi dell’art. 2: a) questo potere – oggetto esclusivo dell’indagine del giudice – rileva in quanto tale e non quale indiretta espressione del potere direttivo, che è invece *del tutto ininfluyente*; b) l’“applicazione della disciplina della subordinazione” ri-

guarda oggi, in chiave più moderna, uno spettro maggiore di relazioni organizzative, come la dottrina prima menzionata sostiene, relazioni però – si ripete – non contraddistinte dal potere direttivo e, perciò, riconducibili, sino a ieri, nell’area del lavoro autonomo.

Tutto ciò, da apprezzare ovviamente sul piano teorico-sistematico, ha riflessi già per la concreta qualificazione del rapporto.

Sino a ieri, orario di lavoro e svolgimento della prestazione nei locali dell’impresa costituivano solo due dei molteplici indici sintomatici utilizzati dalla giurisprudenza per risalire alla natura subordinata del rapporto. A essi se ne aggiungevano altri, come: la sottoposizione al potere di controllo e al potere disciplinare del datore, l’assenza del rischio, le modalità retributive, l’esclusività del rapporto, la proprietà degli strumenti del lavoro. Nell’insieme degli indici di volta in volta utilizzati, l’orario o il luogo di lavoro, o anche entrambi, potevano mancare. Oggi invece, ai fini della sussistenza dell’eteroorganizzazione, “spazio” e “tempo” sono congiuntamente imprescindibili (v. *amplius infra*): il profilo spazio-temporale ha *di per sé* uno specifico e necessario rilievo giuridico. Ed è per questo che, dinanzi alla sua *sola* presenza, il giudice – come opportunamente si è osservato<sup>31</sup> – *dovrà, non potrà* (nell’ambito della valutazione dell’insieme degli indici sintomatici), pronunciarsi per l’applicazione della disciplina della subordinazione. Donde i possibili indiretti effetti sul contenzioso di cui sopra si è detto<sup>32</sup>.

In definitiva, e ampliando la visuale, “spazio” e “tempo” oggi non sono più, semplicemente, possibili elementi materiali *comprovanti* la presenza, sul piano giuridico, del potere direttivo, bensì elementi *costitutivi* del potere di eteroorganizzazione (sempre giuridico e non meramente materiale<sup>33</sup>).

<sup>31</sup> V. CAIROLI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 16; SANTORO PASSARELLI G., *op. cit.*, p. 17.

<sup>32</sup> Sul punto cfr. anche il par. 5.

<sup>33</sup> L’eteroorganizzazione, quale potere giuridico (unilaterale), è radicato nel contratto; quindi non si può condividere l’opinione secondo la quale essa “deriva principalmente dal contesto materiale in cui la prestazione si trova astretta, ossia dall’inserimento della prestazione entro moduli organizzativi che incidono, conformandola *ab externo*, sulla prestazione e sulle relative modalità di esecuzione” (così invece PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 29; nello stesso senso PESSI, *op. cit.*, p. 11). Il dato materiale sarà invece da considerare, e anzi assumerà particolare rilievo – come del resto di consueto per le situazioni qualificatorie più complesse (v. *infra*) –, ai fini della rilevazione in concreto dell’eteroorganizzazione e della relativa effettiva volontà delle parti.

Si delinea dunque con sufficiente chiarezza il quadro *prima* della trasformazione normativa determinata dall'art. 2.

Se – come ritiene l'opinione prevalente e, ripeto, pure l'unica che consente di dare un senso all'art. 2, dal quale pertanto riceve al contempo conferma – l'elemento identificativo della subordinazione sta nel potere direttivo, questa norma assume a riferimento rapporti di lavoro estranei all'art. 2094 cod. civ., cioè rapporti di lavoro autonomo. In quanto tale, essa va oltre la giurisprudenza suindicata, pur sempre rivolta all'art. 2094 cod. civ., ovvero pur sempre mossa dalla ricerca del potere direttivo. E va ben oltre anche la prospettiva pragmatica e il suo concreto impatto sul contenzioso qualificatorio, definendo *ex novo* i confini della disciplina della subordinazione: aperta a un segmento del lavoro autonomo, al di là dell'art. 2094 cod. civ.<sup>34</sup>.

Ritornando alle soluzioni tecniche prima ricordate, non pare quindi esservi spazio per le letture riduttive dell'art. 2, che vi rinvergono soltanto un'interpretazione-specificazione della norma codicistica o l'introduzione di una presunzione di subordinazione<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Riprendendo il confronto con la tesi secondo cui l'art. 2 sarebbe una norma apparente, quanto osservato in questo paragrafo conferma che la distinzione tra eterodirezione ed etero-organizzazione non è affatto, al più, proponibile “sul piano della speculazione teorica” (così invece TOSI, *op. cit.*, p. 1126). Peraltro l'autore in parola argomenta la sua tesi dalla giurisprudenza sui cc.dd. indici sintomatici della subordinazione, a suo avviso “diritto vivente” (rispetto al quale appunto la distinzione tra art. 2094 cod. civ. e art. 2 non avrebbe “in concreto una differenziata capacità qualificatoria”: TOSI, *op. cit.*, p. 1126). Ma anche questa identificazione non convince: la giurisprudenza assunta a riferimento è parziale, giacché esprime solo una parte delle pronunce (v. invece per la più lineare e classica affermazione del carattere decisivo del potere direttivo, *ex multis*, C. Cost. 13 maggio 2015 n. 76; Cass. 6 maggio 2015 n. 9121; Cass. 10 aprile 2015 n. 7296; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024; Cass. 29 gennaio 2015 n. 1692; Cass. 24 febbraio 2006 n. 4171; Cass. 6 agosto 2004 n. 15275), e poi – come detto nel testo e come ha ovviamente ben presente lo stesso autore (TOSI, *op. cit.*, p. 1120) – essa muove sempre e comunque dalla centralità del potere direttivo, mai messa in discussione, a dimostrazione della consapevolezza del suo cruciale rilievo, teorico e pratico. In conclusione, sono molti gli argomenti per non condividere l'affermazione secondo cui nel “diritto vivente non è configurabile eterodirezione senza eteroorganizzazione e neppure eteroorganizzazione senza eterodirezione” (in tal senso invece TOSI, *op. cit.*, p. 1127).

<sup>35</sup> In merito a quest'ultima tesi è opportuno sottolineare la differenza di formulazione e di finalità dell'art. 2 rispetto all'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003, nel quale si è appunto rinvenuta, come noto, una presunzione di subordinazione. Il secondo non prevedeva, come ora il primo, l'“applicazione della disciplina della subordinazione”, bensì disponeva che, in mancanza del progetto, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa fossero “considerati rapporti di lavoro subordinati”: senza la limitazione del progetto si presumeva, in altre parole, che il potere del datore di lavoro avesse le caratteristiche “pervasive” del potere direttivo del datore di la-

Prime conclusioni, queste, nient'affatto trascurabili, eppure parziali. Per cogliere l'esatta e completa portata dell'art. 2 è necessario infatti indagarne con attenzione anche il *dopo*, ovvero gli effetti determinati dalla trasformazione normativa prodotta: c'è da chiedersi in che termini la porta della subordinazione si apra al lavoro autonomo eterorganizzato; più precisamente, in che termini "si applica la disciplina della subordinazione".

Prima di occuparcene, è il caso però di approfondire, sia pure per passaggi essenziali, le caratteristiche della relazione di lavoro contemplata dalla nuova norma. Lo si farà in raffronto ai suoi confini giuridici: anzitutto, alla subordinazione, poi alla collaborazione coordinata di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ.

#### 4. Ancora su eterorganizzazione (art. 2) ed eterodirezione (art. 2094 cod. civ.)

L'assenza del potere direttivo contribuisce in primo luogo, per contrapposizione, a far chiarezza sul requisito temporale della "continuatività" delle "prestazioni di lavoro" eterorganizzate.

Il requisito temporale, mentre nella subordinazione è immanente alla posizione di soggezione del prestatore – specularmente al già sottolineato carattere *dinamico* del potere direttivo<sup>36</sup> –, nell'art. 2 esprime il protrarsi dell'attività autorganizzata del prestatore in relazione all'interesse creditorio. Ed è per questa ragione che solo nel primo il "tempo", di per sé, può in ipotesi realizzare l'adempimento: in quanto tempo *funzionalmente a disposizione dell'organizzazione* (quindi a essa "interno") e non *del prestatore* indirettamente dedicato (e come tale "esterno") alla medesima organizzazione<sup>37</sup>.

voro subordinato. Al riguardo, cfr., da ultimo, PERSIANI, *op. cit.*, p. 1261; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 12, nt. 26. Per una diversa ricostruzione v. PALLINI, *op. cit.*, pp. 116-179.

<sup>36</sup> V. al riguardo, per tutti, BAVARO, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, 2008, p. 188.

<sup>37</sup> È unicamente nella subordinazione che l'adempimento, in ipotesi, può esaurirsi nel solo profilo temporale: in quanto elemento necessario per l'inserimento dinamico della prestazione di lavoro nell'organizzazione, ma pure di per sé sufficiente per l'esistenza della stessa organizzazione là dove il datore non realizzi concretamente questo inserimento tramite l'esercizio del potere direttivo. Scrive incisivamente PERSIANI (*Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, p. 174): "Stare in attesa degli ordini del datore di lavoro significa limitare la propria libertà ed è già un *facere* idoneo a soddisfare l'interesse del creditore di lavoro, anche se non interamente (...)".

Tralasciando il carattere “personale” della prestazione – come già osservato irrilevante nel raffronto con la “subordinazione” – si ricorderà che, secondo l’art. 2, le “modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”. Posto che l’unilateralità del potere organizzativo del committente dovrà ovviamente trovare fondamento nella volontà negoziale delle parti, ragionando sul testo della norma non può tacersi che l’elemento precedente alla congiunzione coordinante “anche” sembrerebbe essere dato dalle “modalità di esecuzione”: se così fosse, l’“organizzazione” (unilaterale) del committente, prima che al profilo spazio-temporale, a tali modalità sarebbe da riferire. Tuttavia una simile interpretazione non convincerebbe perché la genericità e l’ampiezza della “organizzazione” da parte del committente, come prima osservato, ancorché insufficienti a condurre la fattispecie nella “subordinazione”, sono estranee anche all’“autonomia”, comunque caratterizzante l’art. 2. V’è da dire che, nella versione precedente a quella poi giunta in porto, la norma recitava: “prestazione di lavoro (...) di contenuto ripetitivo e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”. In questa versione – dalla portata sotto ogni aspetto di sicuro più ristretta (sebbene nell’esatta misura pur sempre dipendente dall’interpretazione della “ripetitività”) e di conseguenza di minor rilievo – evidentemente si pensava a una prestazione in cui la ripetitività, concepita verosimilmente per lo più in riferimento a determinate organizzazioni, costituiva un’iniziale indicazione di come il lavoro dovesse svolgersi<sup>38</sup>; in altre parole il contenuto ripetitivo aveva tutta l’aria di costituire il primo circoscritto elemento dell’eterorganizzazione, al quale si aggiungeva “anche” la determinazione di quello spazio-temporale. Nell’attuale formulazione, scomparso l’elemento della ripetitività, l’interprete non può che rivolgere l’attenzione alle modalità esecutive. Per quanto sin qui scritto, però, da leggere sempre in coerenza con la natura autonoma del lavoro. Ciò significa che l’intervento organizzativo del committente, ancorché delimitato alle modalità esecutive del lavoro, deve considerarsi comunque circoscritto all’interno delle stesse, al di là della sua più precisa configurazione. Così inteso, a ben vedere, esso perde reale valenza discretiva, giacché una sua qualsiasi espressione può ritenersi sufficiente.

<sup>38</sup> La ripetitività – come si ricorderà – si ritrovava anche nell’ultimo periodo dell’art. 61, co. 1, del d.lgs. n. 276/2003, nella versione introdotta dall’art. 1, co. 23, lett. a) della l. n. 92/2012.

A questo punto assume rilievo e spazio nella struttura della norma il potere del committente di organizzare *tempo* e *luogo* della prestazione di lavoro. Questo potere unilaterale è indicato dal legislatore in modo esplicito e univoco: è espressamente rivolto a due specifici profili della prestazione, configurando un ambito preciso e di una certa ampiezza del potere del creditore della prestazione di lavoro. E, a ben riflettere, anche la definizione di ulteriori indefinite modalità esecutive appare conseguenza assai probabile del suo esercizio. In sostanza, a qualificare l'art. 2 è (non il potere direttivo di cui all'art. 2094 cod. civ., bensì) il potere di eterorganizzazione spazio-temporale della prestazione di lavoro. In questo senso convince l'impostazione della circolare del Ministero del lavoro e delle Politiche sociali n. 3/2016, secondo cui le "prestazioni" devono essere "organizzate dal committente *quantomeno* con riferimento 'ai tempi e al luogo di lavoro'" (mio il corsivo).

C'è da pensare che le modalità di esercizio di questo potere ai fini del passaggio nella disciplina della subordinazione, sebbene non siano rigidamente definibili, in ragione della rilevanza di tale conseguenza debbano pur sempre essere abbastanza stringenti. Di certo la norma richiede la determinazione del tempo "e" del luogo della prestazione: come precisa la menzionata circolare, l'una e l'altra "devono ricorrere congiuntamente".

In relazione al "tempo", occorre inoltre domandarsi se sia da ricomprendervi, oltre alla quantificazione, anche la collocazione. Coerentemente alla precedente premessa, opterei per un criterio flessibile. In linea di massima, si può ritenere che, se – come a me pare e meglio si dirà in seguito – la *ratio* dell'art. 2 intende dar rilievo al pregiudizio determinato dal potere di eterorganizzazione del committente sulla visibilità e soggettività professionale del lavoratore nel mercato del lavoro e della produzione, i due elementi siano da definire in relazione allo specifico contesto produttivo di riferimento e comunque l'eventuale presenza del potere unilaterale anche di collocare la prestazione riduca il rilievo dell'elemento quantitativo.

##### 5. *Eterorganizzazione e collaborazione ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.*

Passiamo al confronto tra eterorganizzazione *ex art. 2* e collaborazione *ex art. 409, n. 3, cod. proc. civ.*

Riprendendo quanto detto nel primo paragrafo, oggi è questo confronto a segnare il confine tra i due ambiti normativi del "lavoro subordinato" (par-

zialmente ma significativamente svuotato nella sua istanza di tutela) e del “lavoro autonomo” (in cui la “vecchia” parasubordinazione torna a introdurre tutele essenzialmente processuali e previdenziali che integrano la disciplina dei tipi legali di ciascun contratto).

Conviene anzitutto sgombrare il campo dagli aspetti che si presentano più lineari.

Una prima differenza, probabilmente anche dalle conseguenze pratiche circoscritte, è esplicita: l’art. 2 contempla – con una secca precisazione avverbiale – prestazioni “esclusivamente personali”, laddove l’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. include pure quelle “prevalentemente personali”.

Lineare risulta anche l’estensione all’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. delle osservazioni prima fatte in merito al requisito della “continuità” di cui all’art. 2 nel raffronto con l’art. 2094 cod. civ., ribadendo che solo in quest’ultimo il tempo è componente intrinseca della posizione di soggezione del lavoratore.

Qualche parola in più merita l’indicazione “prestazioni di lavoro”, contenuta nell’art. 2 e suscettibile di creare qualche incertezza, a fronte dell’espressione “prestazione di opera”, rinvenibile nell’art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Infatti, la prima indicazione (al plurale – sia detto per inciso – evidentemente in relazione a “rapporti di collaborazione...”) sembra perdere consistenza, anche discretiva, giacché può riferirsi al lavoro tanto subordinato quanto autonomo, ovvero intendersi quale mero svolgimento di un’attività oppure quale attività strumentale al compimento di più *opera* o finanche di un *opus*, ragionando peraltro in modo simile a come fatto in passato proprio per l’altra espressione “prestazione di opera”, contenuta nell’art. 409, n. 3, cod. proc. civ.<sup>39</sup>. Sebbene non possa escludersi che – nella reinterpretazione di questa norma imposta dal nuovo quadro normativo – per la collaborazione coordinata si sia tentati dall’attribuire maggior rilievo al “raggiungimento di un risultato”<sup>40</sup>; o, per la collaborazione eterorganizzata, nella medesima ma speculare logica, dall’ipotizzare un’interpretazione più restrittiva del termine “lavoro”, circoscrivendolo a obbligazioni di mero comportamento. L’una e l’altra ipotesi, però, non potrebbero prescindere dall’acquisita consapevolezza dei limiti di configurabilità e delle difficoltà qualificatorie che presenta la distinzione obbligazione di mezzi/obbligazione di risultato.

<sup>39</sup> V., da ultimo e per tutti, SANTORO PASSARELLI G., in CARINCI F., a cura di, *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, Labour studies, e-Book n. 48, 2015, p. 10.

<sup>40</sup> Cfr., al riguardo, PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., pp. 35-41.



A questo punto, l'attenzione è da concentrare sull'elemento più problematico e di maggior peso discrezionale, tanto concettualmente quanto in concreto. Le due fattispecie, entrambe collocate nell'ambito del lavoro autonomo, risultano esplicitamente caratterizzarsi – e reciprocamente delimitarsi – in ragione del “coordinamento”, l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., e della determinazione dell'elemento spazio-temporale della prestazione da parte del committente, l'art. 2. Più precisamente, in un siffatto nuovo quadro – in cui inevitabilmente il coordinamento (questo sì) va rispetto al passato reinterpretato<sup>41</sup> –, la fattispecie dell'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. sarà evidentemente configurabile quando la connessione funzionale tra prestazione e organizzazione del committente si realizzerà attraverso uno dei seguenti profili della prestazione: 1) il luogo di svolgimento; 2) i tempi di svolgimento; 3) l'uno “e” l'altro, definiti in modo non stringente (secondo quanto prima rilevato) o giocoforza bilateralmente, cioè di comune accordo tra le parti e non unilateralmente dal committente<sup>42</sup>; 4) un altro profilo – ad esempio l'utilizzazione degli strumenti di lavoro –, che potrà combinarsi anche con uno dei precedenti.

Superfluo osservare che questa ricostruzione, chiara sul piano concettuale, nella sua concreta applicazione lo potrebbe essere meno. Trattandosi di qualificazione di rapporto di lavoro, *nihil novi sub sole*. Nondimeno, se per un verso possono comprendersi perplessità nei confronti dell'intervento legislativo – propenso a riproporre, anche con passi indietro, impostazioni tradizionali a fronte di realtà in mutamento da tempo<sup>43</sup> –, alcuni elementi utili per l'interprete possono individuarsi.

L'imprevedibile carattere unilaterale (da parte del committente) della

<sup>41</sup> In proposito v., anche in riferimento alla disciplina del lavoro a progetto, per tutti: SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione*, cit., p. 5; PALLINI, *op. cit.*, p. 187; MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012, pp. 87 e 161.

<sup>42</sup> Molti autori sottolineano questo aspetto: v., tra gli altri, ICHINO, *op. cit.*, p. 54; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs.*, cit., p. 15; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 45; RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 19; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione*, cit., 21. Al riguardo cfr. anche l'art. 12 del disegno di legge n. 2233, di iniziativa governativa, presentato al Senato l'8 febbraio 2016 su “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misura volte a favorire l'articolazione flessibile nei temi e nei luoghi di lavoro”, che modifica l'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., precisando: la “collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa”.

<sup>43</sup> Sul tema, v., per tutti e da ultimo, TREU, *op. cit.*, p. 171; CORAZZA, *Dipendenza economica e potere negoziale del datore di lavoro*, in *GDLRI*, 2014, p. 647.

definizione dell'elemento spazio-temporale nella fattispecie di cui all'art. 2 potrà incentivare la definizione bilaterale e per iscritto del medesimo elemento all'interno del programma negoziale al fine di evitare l'applicazione della disciplina della subordinazione<sup>44</sup>. L'indicazione non dovrà però esser contraddetta dal concreto svolgimento del rapporto giacché la logica "protettiva" della nuova norma impone la prevalenza della dimensione fattuale rispetto alla volontà originariamente dichiarata. Certo, là dove, per questa o quella ragione, l'operazione di qualificazione risultasse particolarmente complessa, il dato cartolare – come in passato – potrebbe assumere consistenza. Per altro verso però, qualora in ragione delle concrete caratteristiche del complessivo processo produttivo la prestazione di lavoro non possa non svolgersi materialmente nei locali del committente ed osservando tempi dallo stesso imposti, si dovrebbe presumibilmente propendere per la sussistenza della collaborazione eterorganizzata, esistendone giocoforza i suoi elementi costitutivi. Ciò, verosimilmente, potrebbe essere ipotesi frequente.

#### 6. Art. 2: nuovo ingresso nella subordinazione o tertium genus?

Tratteggiata la fisionomia del rapporto contemplato dall'art. 2, si può ritornare agli effetti di questa nuova norma; per riprendere la precedente terminologia, al *dopo* il suo ingresso nell'ordinamento e alla conseguente trasformazione normativa.

La domanda da porsi è la seguente: alla collaborazione eterorganizzata la disciplina della subordinazione va applicata integralmente o, in qualche misura, selettivamente? A ben vedere è questo il quesito di maggior rilievo: dal punto di vista sia dogmatico, in quanto dalla risposta possono derivare implicazioni *sulla* fattispecie "subordinazione", sia sistematico, per le sue implicazioni normative. In sostanza, guardando dinanzi e non al passato, è "il" quesito da porsi.

In prima battuta verrebbe da propendere per un'applicazione integrale. A spingere in questa direzione è tanto la lettera dell'art. 2 quanto la sistematica: la norma non contiene delimitazioni di sorta – non sembra tale il riferimento al rapporto – e il nostro sistema dei contratti di lavoro è, come si accennava, tradizionalmente incentrato sulla correlazione fattispecie-disciplina (salvo mo-

<sup>44</sup> Così ICHINO, *op. cit.*, p. 54.

dulazioni tramite regole “speciali” più che attraverso la specialità di questo o quel rapporto, come pure farebbe intendere l'impostazione codicistica).

Questa lettura è sostanzialmente sposata dalla menzionata circolare ministeriale, che fa discendere dall'art. 2 “le medesime conseguenze legate ad una riqualificazione del rapporto”, con “l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad es. trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale, tutela avverso i licenziamenti illegittimi ecc.), normalmente applicabile in forza di un rapporto di lavoro subordinato”.

Se così fosse, avremmo un'equiparazione tra eterodirezione ed eterorganizzazione: per l'applicazione della disciplina della subordinazione, a differenza del passato, ora sarebbe sufficiente il potere di determinazione spazio-temporale della prestazione, a prescindere dalla presenza del potere direttivo. Giova ripeterlo: il primo rilevrebbe di per sé, non quale elemento comprovante il secondo.

Si sarebbe, in sostanza, dinanzi a un *nuovo ingresso nella subordinazione*: dal gennaio 2016, aperto a rapporti di natura autonoma *prima* di quella data.

In tale ottica, fa bene la circolare a non rinvenire – come si è detto – una “riqualificazione del rapporto”, bensì “le medesime conseguenze”: con lo sguardo rivolto al futuro (e non al passato) le collaborazioni organizzate, dal gennaio 2016, sarebbero da “qualificare” (non da “riqualificare”) come subordinate.

Accedendo a questa tesi – si badi – avremmo, sì, un'incidenza dell'art. 2 *sulla* fattispecie dell'art. 2094 cod. civ. ma solo *parziale* ed *esterna*: l'eterorganizzazione costituirebbe soltanto un nuovo canale di accesso alla subordinazione; una volta scattata l'integrale applicazione della relativa disciplina, questa si rifletterebbe inevitabilmente sulla fattispecie, in virtù della necessaria correlazione tra l'una e l'altra: e al centro della scena tornerebbe l'art. 2094 cod. civ.

Ma è proprio tale passaggio a indebolire l'ipotesi ricostruttiva delineata.

V'è da dire subito che nel dibattito non manca chi propende per la seconda interpretazione ipotizzata, cioè per un'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione, individuando le regole escluse dall'estensione con riguardo tanto al rapporto di lavoro quanto alle sue implicazioni previdenziali<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> V., ad esempio, SANDULLI, in VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, cit., p. 119, che tra le esclusioni indica anche la disciplina previdenziale (su questo specifico punto condivide PERSIANI, *Note sulla disciplina*, cit., p. 1266, per ragioni essenzialmente di carattere finanziario); PESSI, *op. cit.*, p. 14.

Invero, se la fattispecie è per la disciplina, la correlazione tra questa e quella dovrebbe essere biunivoca: guardando la relazione di lavoro, la *totale* applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe ripercuotersi sui contenuti della collaborazione eterorganizzata, delle sue posizioni attive e passive, dell'uno e dell'altro contraente: con un'estensione delle tutele del lavoro ma, al contempo, pure dell'insieme dei poteri datoriali in ragione dei quali quelle tutele sono costruite. Eppure siffatta conclusione s'imbatte in vincoli "di sistema", come tali particolarmente resistenti.

Un esempio per tutti, per il suo carattere strutturale con ogni evidenza il più significativo, almeno dalla visuale qui privilegiata. Il prestatore di lavoro, nell'ipotesi d'integrale applicazione della disciplina della subordinazione, sarebbe soggetto all'obbligo di obbedienza (art. 2104, co. 2, cod. civ.), in tutte le sue possibili implicazioni; in altre parole, alla più esplicita espressione del potere direttivo. È appena il caso di osservare come ciò inciderebbe sensibilmente sia sul credito sia sul debito di lavoro: in uno, sull'adempimento, ovvero sugli interessi e sulle rispettive attese, che – è facile intuirlo – coinvolgono profili prioritari della relazione lavorativa: come l'organizzazione del datore/committente, da un lato, e la professionalità del lavoratore, dall'altro. Sarebbe forse pragmatico ma decisamente semplicistico pensare, guardando alla prima, che la determinazione spazio-temporale finisca giocoforza per estendersi a qualsiasi aspetto della prestazione di lavoro; o, rivolgendosi alla seconda, che l'integrale trasformazione del rapporto corrisponda comunque all'interesse del lavoratore. La rimarcata implicazione di profili prioritari della relazione organizzativa e di lavoro dà alla questione tale consistenza da condurla al vaglio dei vincoli "di sistema".

Stringendo la prospettiva, appena inevitabile muovere dalla finalità dell'art. 2. D'obbligo chiedersi: la norma, se estende e impone la disciplina della subordinazione alle collaborazioni eterorganizzate in ragione evidentemente del presupposto che l'eterorganizzazione (spazio-temporale) della prestazione determina *di per sé* la necessità di regole eteronome a fini di tutela del lavoratore (necessità che la disciplina della subordinazione sottintende: v. *amplius* il successivo par.), perché dovrebbe mutare la prestazione di lavoro contrattualmente definita? In particolare, perché imporre al lavoratore una prestazione diversa da quella da lui assunta? Non sembrano esservi motivi per giungere a tanto. L'intervento legislativo è da considerare anzitutto per la relazione di lavoro verso cui è diretto, *ragione dello stesso intervento*, e poi, in riferimento a questa, per il cambiamento normativo introdotto: è l'eterorganizzazione che il legislatore vuole regolare *ex novo*; il passaggio dall'ete-

rorganizzazione all'eterodirezione, ossia dal delimitato potere spazio-temporale a un potere pervasivo, è inconferente per lo scopo perseguito dal legislatore. Piuttosto, questo passaggio, se non pare creare problemi per il creditore della prestazione<sup>46</sup>, ha tutta l'aria di ledere la libertà e la dignità dell'individuo espresse nella scelta del lavoro da prestare, così violando già i primi quattro articoli della nostra Costituzione.

Dunque, non fermandosi alle verosimilmente più immediate e frequenti ripercussioni dell'art. 2 sul contenzioso qualificatorio, è tutt'altro da escludere la seconda ipotesi interpretativa ipotizzata: l'applicazione della disciplina della subordinazione alla fattispecie di cui all'art. 2 non può ritenersi integrale.

Intuibili, ancorché inedite, sono le conseguenze di un simile approdo.

L'applicazione della disciplina della subordinazione dovrebbe, a questo punto, ritenersi tendenziale, e cioè modulata, presumibilmente secondo una correlazione (invero non facile) tra caratteristiche del rapporto e *rationes*-contenuti delle norme nonché, soprattutto, sulla base dei vincoli che il sistema presenta. La modulazione normativa, dinanzi alla correlazione fattispecie-disciplina (e salvo, come già accennato, regole "speciali"), è sino a oggi rimasta confinata al dibattito dottrinale; segnatamente al cd. metodo tipologico di qualificazione della fattispecie, di cui appunto l'applicazione selettiva delle regole della subordinazione costituisce la reale o quanto meno più concreta espressione. Essa comporta – *ça va sans dire* – apertura di spazi considerevoli per l'interprete, con un'inevitabile marcata accentuazione del ruolo della giurisprudenza.

Due le immediate considerazioni suscitate da questa prospettiva.

In primo luogo, rammentando che la delega di legge da cui nasce l'art. 2 ha tra i suoi scopi "riordinare i contratti di lavoro vigenti" (art. 1, co. 7, l. n. 183/2014), non si può tacere una certa sorpresa; ancor più pensando all'intento del legislatore, mostrato sovente negli ultimi anni, di delimitare meglio i confini dell'intervento giurisprudenziale<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Il cambiamento della posizione del creditore del lavoro, con il più ampio e ricco potere direttivo a fronte del diverso coinvolgimento organizzativo del prestatore derivante dal mutare del *facere* dedotto in obbligazione, non dovrebbe intaccare la libertà di cui all'art. 41 Cost. – restando ferma peraltro la possibilità di domandare e acquisire lavoro attraverso altre figure contrattuali – e comunque potrebbe trovare eventualmente ragione nella finalità di tutela del lavoro.

<sup>47</sup> In questa logica ci sarebbe da augurarsi un "nuovo rimescolamento delle carte", peraltro da alcuni già intravisto – invero non senza ottimismo – in relazione al citato d.d.l. sulla tutela del lavoro autonomo (MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs.*, cit., p. 25). In

In secondo luogo – e ciò che più conta – emergono sensibili novità nella tipologia dei contratti di lavoro. Se alla prima interpretazione ipotizzata conseguirebbe un nuovo ingresso nella subordinazione, dalla seconda scaturisce una *fattispecie contrattuale ibrida*, benché comunque anch'essa decisamente sbilanciata sul lavoro subordinato: priva del binomio potere direttivo/disponibilità funzionale – quindi “autonoma” nella logica tradizionale –, eppure soggetta all'applicazione della disciplina della subordinazione, tendenziale ma connotata dalla eteronomia-inderogabilità, come tale distante dal pur eterogeneo panorama, anche comparato, delle regole del lavoro autonomo<sup>48</sup>. Questa doppia divergente e inedita novità è sufficiente a configurare un *tertium genus*? Superfluo indugiare sulla questione terminologica; preferibile invece concentrarsi ancora su alcuni profili sostanziali, peraltro utili anche ai suoi fini.

### 7. Eterorganizzazione e istanza sociale

Abbiamo, da ultimo, toccato il piano assiologico.

Quale che sia l'interpretazione seguita e al di là delle sue più immediate conseguenze pratiche, sembra dunque inevitabile rinvenire nell'art. 2 l'estensione di un precisa istanza *sociale*, tratto non esaustivo ma identitario della disciplina della subordinazione: la finalità di rimuovere “la disegualianza di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro”<sup>49</sup>, attraverso la tutela, in via eteronoma, della parte in condizione di debolezza socio-economica e giuridica. In estrema sintesi<sup>50</sup>, ad avviso del legisla-

assenza, l'applicazione selettiva della disciplina della subordinazione alle collaborazioni eterorganizzate, per quanto impegnativa (e “sconsigliabile”, aggiunge la stessa MAGNANI, *ibidem*, pp. 23-25), non può escludersi.

<sup>48</sup> Sull'eterogeneità e molteplicità delle discipline del lavoro autonomo, con cenni anche alle esperienze di altri ordinamenti (francese, spagnolo, tedesco), v. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *RGL*, 2003, I, p. 221 ss.

<sup>49</sup> KAHN-FREUND, *Labour and the Law*, Stevens, 1977, p. 6.

<sup>50</sup> Estendo all'art. 2 questi profili della subordinazione che già misi in evidenza a proposito del rapporto di lavoro del dirigente in *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 127. È appena il caso di aggiungere che l'ipotetico rafforzamento della posizione del lavoratore *nel mercato* – cui nella recente legislazione di riforma del diritto del lavoro sarebbe rimesso, nella nota logica della *flexicurity*, il bilanciamento della forte riduzione di tutela del lavoratore *nel rapporto* – non solo è difficile da cogliere nelle novità normative, sulla carta e ancor più nella concreta implementazione (per un eloquente quadro d'insieme della si-

tore del 2015, oggi anche l'eteroorganizzazione – come ieri la sola eterodirezione – è sufficiente a determinare quell'assorbimento della prestazione di lavoro nell'organizzazione datoriale che impedisce, alla stessa prestazione, di costituire un'entità a sé stante sul piano tanto organizzativo quanto economico: così in linea di principio privando il prestatore di una diretta e immediata visibilità esteriore, e quindi di una “propria” soggettività economico-professionale, nel mercato del lavoro e della produzione. Ne consegue che il lavoratore eteroorganizzato, come l'eterodiretto, finisce nell'insieme tendenzialmente indistinto dell'“offerta di lavoro”, il cui eccesso rispetto alla domanda costituisce l'elemento determinante della sua condizione di inferiorità socio-economica. E, ritornando al contratto, l'eteroorganizzazione come l'eterodirezione, nel dar veste giuridica alla soggezione del lavoratore, ne “perpetua” lo stato di debolezza socio-economica, con una sorta di circolarità.

Si tratta di un aspetto ovviamente importante, benché da inquadrare nel nuovo scenario disegnato dal *Jobs Act*.

Come detto dappprincipio, il *Jobs Act* contrappone alla disciplina della subordinazione l'area del lavoro autonomo, che, dopo l'abrogazione della già scarna normativa del lavoro a progetto, è del tutto sprovvista di particolari protezioni, salvo le tutele di carattere essenzialmente processuale e previdenziale apprestate per le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ. Al momento l'orizzonte non sembra invero riservare mutamenti neanche qualora giungesse in porto il citato disegno di legge sulla tutela del lavoro autonomo, privo di significative innovazioni in proposito.

Nel *Jobs Act* evidentemente è l'estensione della disciplina della subordinazione realizzata dall'art. 2 a soddisfare la domanda di maggiori tutele nell'ambito del lavoro autonomo. Ma questa estensione – giova ricordarlo ancora – non può non collegarsi, a stretto giro di vite, alla contemporanea assai sensibile riduzione della forza protettiva della medesima disciplina. Come si diceva, questa sorta di scambio ha tutta l'aria di essere in perdita per la “subordinazione”.

Pur tuttavia, l'estensione della disciplina della subordinazione segna un passaggio cui molti, da varie angolazioni, guardavano da tempo. Riflette tendenze economiche e sociali ormai pluridecennali, determinate da cambia-

tuazione attuale cfr. VALENTE, *La riforma dei servizi per il mercato del lavoro*, Giuffè, 2016, sp. p. 195 e ss.), ma comunque dovrebbe attenuare, non rimuovere, le ragioni della debolezza socio-economica e contrattuale del prestatore di lavoro, in ogni caso non in grado di camminare con le proprie gambe.

menti anzitutto del mondo della produzione. Nella discutibile traduzione normativa dell'art. 2, questo appare un passaggio non trascurabile né improvvisato: perciò, forse, non semplice da cancellare, anche in futuri scenari.

Evitando di attardarsi in previsioni di per sé insidiose e rimanendo al più decifrabile presente, di questo inerziale effetto dell'art. 2 ci sono già segni all'interno del quadro normativo dalla stessa norma introdotto. Per l'esattezza, nella lett. a) del suo secondo comma.

8. *L'intervento della contrattazione collettiva ex art. 2, co. 2, lett. a): i dubbi oltre la questione della disponibilità del tipo contrattuale*

Questo comma contiene un'elencazione di ipotesi per le quali la “disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione”. È un'elencazione di rapporti eterogenea<sup>51</sup> e non facilmente decifrabile, che riprende l'art. 61, co. 3, del d.lgs. 276/2003 in materia di lavoro a progetto<sup>52</sup>; salvo proprio la menzionata lett. a)<sup>53</sup>, che esclude, dall'applicazione del co. 1, le collaborazioni “per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”. Ed è questa l'ipotesi anche di maggior respiro e rilievo pratico, come le prime esperienze già mostrano<sup>54</sup>.

Per quanto ovvio, giova da subito ricordare, su un piano peraltro più generale, che, poiché il co. 2 prevede (e non poteva essere diversamente) la non applicazione della “disposizione del comma 1 (...) con riferimento”

<sup>51</sup> Così, tra gli altri, MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs.*, cit., p. 16; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione*, cit., p. 21.

<sup>52</sup> Su questa elencazione v., criticamente e per tutti, PALLINI, *op. cit.*, p. 162.

<sup>53</sup> La lett. a) riporta alla mente invece l'integrazione – di contenuto profondamente e inevitabilmente diverso – introdotta nel co. 1 dell'art. 61 del d.lgs. n. 276/2003, dall'art. 24-bis co. 7 della d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. con mod. dalla l. 7 agosto 2012 n. 134, in virtù della quale per l'“attività di vendita diretta di beni e servizi realizzate attraverso call center ‘outbound’” il ricorso al lavoro a progetto era “consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento”.

<sup>54</sup> Cfr., IMBERTI, “*Mi dispiace ma non sei il mio tipo*” (*quando la contrattazione collettiva nazionale rifiuta il lavoro etero-organizzato*), Convegno internazionale di studi su “*La contrattazione collettiva nello spazio economico-globale*”, Bologna, 19-20 febbraio 2016, dattiloscritto, p. 3.



alle collaborazioni di cui alla successiva elencazione (attività nel caso della lett. “c”), evidentemente queste collaborazioni (o attività) devono presentare il tratto dell’eterorganizzazione di cui allo stesso comma 1.

Venendo specificamente alla lett. a), ciò sembrerebbe sgombrare il campo da un problema non marginale. Appurato che l’eterorganizzazione, secondo la tipologia tradizionale, è da inquadrare nel lavoro autonomo, a parere di un’opinione molto diffusa<sup>55</sup> sarebbe superato il cd. problema della indisponibilità del tipo contrattuale, proprio appunto della subordinazione<sup>56</sup>, per il quale l’art. 2 ha ridestato attenzione e con il quale deve fare i conti chi riconduce invece le collaborazioni eterorganizzate all’art 2094 cod. civ. Sulla base di tale impostazione, il ruolo della contrattazione collettiva, per intuibili ragioni, diverrebbe nel suo complesso meno gravoso e con più facilità si direbbero possibili dubbi, di questo o quel genere, sul suo intervento.

Ma l’impostazione convince sino in fondo? A porre la domanda induce in primo luogo la *ratio* dell’art. 2, co. 1, al di là peraltro dell’applicazione integrale o modulata della disciplina della subordinazione. Se l’art. 2, co. 1, intende estendere – come sin qui sostenuto – questa disciplina al lavoro eterorganizzato per la stessa finalità di tutela *eteronoma e inderogabile* che da sempre la contraddistingue, c’è da dubitarne.

È anzitutto il caso di premettere, per completezza di analisi, che nella lett. a) del co. 2 dell’art. 2 l’inderogabilità della tutela trova espressa, sebbene indiretta, conferma, giacché, in essa, si attribuisce un preciso e specifico potere derogatorio alla contrattazione collettiva. Tuttavia proprio questo potere fa sì che la contrattazione collettiva abbia la facoltà di disapplicare la disciplina della subordinazione a rapporti che a questa disciplina, oggi, dovrebbero essere soggetti: esattamente quanto vietato dalla Corte costituzionale con le sue pronunce sulla indisponibilità del tipo contrattuale, sia pure in riferimento all’art. 2094 cod. civ.<sup>57</sup>

È agevole immaginare almeno un paio di possibili immediate obiezioni: a) nell’art. 2 si ragiona di rapporti di lavoro in origine pur sempre “auto-

<sup>55</sup> PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 16, ritiene il problema finanche “indizio decisivo” a favore della tesi secondo cui l’art. 2 si riferisce a rapporti di lavoro autonomo.

<sup>56</sup> Oggetto delle note sentenze della C. Cost. 7 aprile 1993 n. 121, 26 gennaio 1994 n. 11 e, da ultimo, 7 maggio 2015 n. 76.

<sup>57</sup> Il problema, come noto discusso (da ultimo cfr. MAGNANI *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs.*, cit. p. 19, nt. 61), a mio avviso si propone, in estrema sintesi, nella misura in cui chiama in gioco tutele costituzionali riconducibili al contratto di lavoro subordinato come configurato dall’ordinamento.

nomi”; b) l’eteroorganizzazione di cui all’art. 2 resta comunque differente dall’eterodirezione di cui all’art. 2094 cod. civ. e la differenza assume appunto consistenza normativa nella questione in parola.

Spontanea sorge un’altra domanda: ma le obiezioni coglierebbero davvero nel segno? Il dubbio di soluzioni semplicistiche, se non formalistiche, è forte.

A essere in dubbio ovviamente non è la distinzione tra eterodirezione ed eteroorganizzazione, bensì la natura autonoma dei rapporti in questione: dopo il gennaio 2016 un guscio vuoto. Come prima osservato, l’art. 2, pur guardando a rapporti sino a ieri di lavoro autonomo: a) se si propende per l’applicazione integrale della disciplina della subordinazione, ha inciso sulla relativa fattispecie, sia pure solo attraverso l’apertura di una nuova porta di ingresso all’art. 2094 cod. civ.; b) se si opta per un’applicazione modulata della disciplina della subordinazione, ha dato vita a una fattispecie ibrida, tendenzialmente da ricondurre comunque sul piano normativo nella subordinazione.

Anche in questa seconda ipotesi – è utile ribadirlo – la collaborazione eteroorganizzata oggi è *in quanto tale*, per l’ordinamento, connotata in senso sociale e ricondotta a fini normativi nella subordinazione: sicché, l’applicazione parziale della disciplina della subordinazione sarebbe dovuta alla presenza di eventuali insormontabili vincoli di sistema, che definirebbero l’esatta fisionomia del cambiamento normativo senza però intaccarne ragioni d’essere e valenza.

Ebbene, se questo è lo scenario, la nuova regolazione delle collaborazioni eteroorganizzate incrocia necessariamente le “norme inderogabili previste dall’ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato”: quanto dà sostanza alla questione dell’indisponibilità del tipo contrattuale di cui all’art. 2094 cod. civ.<sup>58</sup>

Si potrebbe dire che, in ragione dell’inedito contenuto dell’art. 2 e dei mutamenti da esso introdotti nella tipologia contrattuale, la questione venga in gioco dalla prospettiva della disciplina: nella nuova norma sarebbe la disciplina, in quanto inderogabile nella sua valenza costituzionale, a generare

<sup>58</sup> La citazione è tratta dalla sentenza della C. Cost. n. 121/1993; il passo è poi ripreso nelle successive pronunce n. 11/1994 e n. 76/2015. Per converso, per intuitibili ragioni, in questa logica non ha senso porre il problema di un’eventuale contrasto con l’art. 101, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, in riferimento a quanto affermato da C. Giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en media* c. Regno di Olanda; al riguardo cfr., in una diversa prospettiva, NUZZO, *op. cit.*, p. 15.

la questione. Ma è solo un problema di visuale, riproponendosi, nuovamente, il carattere biunivoco della relazione fattispecie-disciplina.

Riepilogando, l'art. 2, co. 2, lett. a), dopo aver ampliato il confine della tutela inderogabile di rilievo costituzionale del lavoro, sinora segnato dalla subordinazione (eterodirezione), sembra rimettere, questa tutela, alla disponibilità della contrattazione collettiva. Pertanto, alla contrattazione sarebbe consentito, per l'eteroorganizzazione, ciò che è vietato per l'eterodirezione, nonostante la comune inclusione nella disciplina della subordinazione.

A ben guardare, però, il dato normativo indirizza verso altra direzione.

La lett. a) è la sola ipotesi dell'elencazione dell'art. 2, co. 2, in cui il legislatore offre un'indicazione circa il motivo dell'esclusione dall'applicazione del co. 1: le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore". Viene allora da pensare che, se per gli altri rapporti indicati nell'eterogenea e invero discutibile elencazione del co. 2 il silenzio del legislatore induce a rinvenire in linea di principio il motivo della loro sottrazione al c. 1 nella *ratio* del medesimo comma (letta ovviamente in negativo<sup>59</sup>), in riferimento al co. 2 il discorso è *per tabulas* diverso. Più precisamente, in primo luogo – facendo un passo indietro nell'analisi – è da escludere che alla contrattazione collettiva sia attribuito il potere: a) di individuare collaborazioni eterorganizzate ma non connotate da uno squilibrio socio-economico tra le parti; b) di sottrarre le medesime collaborazioni alla disciplina della subordinazione in ragione dell'assenza di questo squilibrio. In secondo luogo, di riflesso, v'è da ritenere che il potere della contrattazione collettiva in parola sia un potere (non solo circoscritto alla ridefinizione della disciplina, come dice la lettera della norma, senza incidenza sulla fattispecie, che – si ribadisce – rimane quella del co. 1, ma anche) vincolato a determinati presupposti (appunto le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore").

La questione assume allora altri e più ampi contorni, al di là del problema della disponibilità del tipo.

Torna in mente l'opinione che invita a considerare le esclusioni in termini di "razionalità e ragionevolezza"<sup>60</sup>. A questo punto, però, l'art. 2, co. 2, lett. a), ripropone problemi più generali non certo nuovi.

Il legislatore, nel momento in cui estende alle collaborazioni eteroga-

<sup>59</sup> Ossia per l'inesistenza o la ridotta pressione dell'istanza sociale di riequilibrio delle parti contrattuali.

<sup>60</sup> BALLESTRERO, DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, p. 139.

nizzate la disciplina della subordinazione, sia pur parzialmente ma significativamente svuotata, ricorre a quella peculiare e antica tecnica normativa che è la contrattazione collettiva, segnatamente nazionale: per graduare questa estensione, le attribuisce in generale un potere derogatorio della norma di legge. Risulta anche un po' paradossale invero: proprio nella stagione legislativa in cui l'azione sindacale, in particolare a livello nazionale, non gode dei migliori favori da parte del legislatore e proprio nel *Jobs Act* che di questa stagione è la più eloquente espressione. Il discorso, evidentemente, è più complesso e problematico. Qui, per ovvie ragioni, sono possibili solo alcune considerazioni.

Si è detto che “in un contesto di ‘traghetamento forzoso’, da uno statuto protettivo debole ad uno statuto protettivo forte, appare del tutto ragionevole la promozione ‘morbida’ di passaggi convenzionali (...), con l’evidente esigenza di garantire la salvaguardia delle imprese e, quindi, della occupazione”<sup>61</sup>. Osservazioni condivisibili, però parziali. Va tenuto presente che il legislatore, nell’art. 2 – e non solo – continua a puntare sul sindacato comparativamente più rappresentativo, strizzando peraltro ancora l’occhio ai cc.dd. accordi separati<sup>62</sup>, sebbene sul piano nazionale. Incurante dunque dei noti problemi del nostro sistema sindacale “di fatto”, non rivitalizzato neanche dagli accordi interconfederali del triennio 2011-2014, fa perno su soggetti e dinamiche appartenenti a stagioni trascorse, come questi stessi accordi dimostrano<sup>63</sup>. Una tecnica, già in passato e ancor più oggi dinanzi a forti dif-

<sup>61</sup> PESSI, *op. cit.*, p. 14. In ottica anche più ampia, considera la norma di una portata “tutta da esplorare” MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione, nel d.lgs.*, cit., p. 23, nt. 71.

<sup>62</sup> Come si intuisce, si allude all’utilizzazione della preposizione semplice “da” per l’individuazione del soggetto negoziale (“accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”: corsivo mio ovviamente).

<sup>63</sup> Sia consentito al riguardo rinviare a ZOPPOLI A., *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in RUSCIANO-ZOPPOLI L., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” - Collective Volumes - 3/2014*, p. 33. Va notato che nella legge delega il rinvio alla contrattazione collettiva, riferito però ad altri istituti (v. art. 1, co. 7, lett. e-g), è invece inclusivo.

All’esclusione indicata dalla lett. a) dell’art. 2, co. 2, non credo si possa giungere anche attraverso la cd. contrattazione di prossimità di cui all’art. 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. in l. 14 settembre 2011 n. 148: per quanto sia ampio il potere attribuito da questa seconda norma, la prima configura comunque una specifica ipotesi normativa, differente in tutti i suoi elementi. Al più la contrattazione di prossimità potrà, sulla base anzitutto dell’interpretazione sistematica, estendersi alle collaborazioni eterorganizzate nei limiti e secondo le modalità indicate dalla disciplina per essa prevista dal suddetto art. 8.

ficoltà economiche, assai dubbia dal punto di vista delle garanzie costituzionali di democraticità e di responsabilità dell'azione regolativa del soggetto sindacale. Non c'è da stupirsi se più d'uno avanza perplessità su questo "centrale" coinvolgimento della contrattazione, anche in relazione alle prime sue concrete espressioni<sup>64</sup>. In tale prospettiva finisce per perdere consistenza pure il presunto carattere paradossale di cui si diceva. E, per converso, vien da chiedersi se le "particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore" consentano, in qualche misura, un sindacato esterno, ossia giudiziale, sull'operato della contrattazione. Ma siffatto sindacato risulterebbe comunque, in concreto, tanto difficile quanto foriero di confusione e incertezza, sì da minarne la solidità giuridica<sup>65</sup>. E allora sembra inevitabile tornare alla nostra Costituzione e alle sue inderogabili garanzie.

Non senza, opportuno aggiungerlo, una punta di rammarico. Sì, perché al sostegno della contrattazione collettiva appare più che ragionevole ricorrere, come d'altronde l'esperienza insegna e soprattutto lascia intendere la nostra Costituzione: la contrattazione collettiva è, probabilmente, la migliore risorsa di cui il diritto del lavoro dispone per realizzare gli equilibri e i bilanciamenti richiesti da una società così articolata e complessa come quella contemporanea. Non però la contrattazione collettiva che abbiamo dinanzi oggi<sup>66</sup>.

Rammarico, si diceva, non stupore: già prima dell'art. 2 il *Jobs Act* ha rivolto lo sguardo altrove.

<sup>64</sup> Cfr. LASSANDARI, in VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, p. 68; IMBERTI, *op. cit.*, p. 3.

<sup>65</sup> Eloquentemente MAGNANI (*Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs.*, cit., p. 18) auspica, da parte dei giudici, "un opportuno *self-restraint*".

<sup>66</sup> Sull'argomento cfr., *amplius*, ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità?*, in questa rivista, 2013, p. 53, *passim*.

## Abstract

L'autore, riprendendo una sua precedente breve riflessione, indaga le “collaborazioni eterorganizzate”, introdotte dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 nell'ambito di una più generale ridefinizione di contenuti e confini delle tutele per il lavoro prestato a favore di altri operata dal cd. *Jobs Act*. Approfondendo anzitutto il dialogo con l'ampio dibattito già sviluppatosi, egli sostiene che la norma, in primo luogo, inevitabilmente assuma a riferimento rapporti, sino a ieri, di natura autonoma; in secondo luogo, riflettendo mutamenti in atto da tempo, riconduca sì, tali rapporti, nell'ambito della disciplina della subordinazione, ma con un'applicazione della stessa probabilmente solo tendenziale, modulabile in ragione anzitutto dei vincoli di sistema che ne impediscono l'integrale estensione. Al di là dell'immediato concreto impatto sul contenzioso qualificatorio, ne deriva, più che un nuovo canale di accesso alla fattispecie “subordinazione”, un'inedita fattispecie, sempre a carattere sociale ma ibrida, di non facile configurazione. La delicatezza e la rilevanza di questa nuova prospettiva si apprezzano già nell'importante ruolo “derogatorio” attribuito alla contrattazione collettiva.

The author, resuming a previous brief reflection, investigates the “eterorganizzate” collaborations, introduced by Article 2 of Legislative Decree n. 81/2015 in the context of a broader redefinition made by the so-called Jobs Act of the contents and protections of the work performed to others. By deepening the dialogue with the wide doctrinal debate, at first he argues that the provision inevitably takes as reference some employment relationships, whose nature was autonomous before the recent reform. Secondly, the author believes that Article 2, par. 1, by reflecting ongoing changes, considers such relationships as part of the discipline of the subordination, although the discipline is applied in a modular and selective way, because of some system constraints that hinder its thorough extension. Beyond the immediate practical impact on litigation about qualification, from that provision it derives a new unprecedented legal situation that has a social character, but is a hybrid one, and it cannot be considered as a new access channel to the “subordination”. Taking into account the derogative power attributed by law to collective bargaining one can already understand the delicacy and importance of this new perspective.

## Key words

Eterorganizzazione, eterodirezione, autonomia/subordinazione, applicazione integrale/selettiva disciplina subordinazione, fattispecie ibrida, ruolo contrattazione collettiva.

“Eterorganizzazione”, “eterodirezione”, autonomy/subordination, full/selective application of discipline on subordination, hybrid legal situation, collective bargaining role.

## Giancarlo Ricci

### I diritti sociali fra politiche di austerità e ripresa economica\*

**Sommario:** **1.** Prologo. **2.** La crisi come “fatto emergenziale” e l’effetto giuridico: le misure di austerità che affievoliscono i diritti sociali. **3.** Durante la crisi. La giurisprudenza costituzionale asseverativa delle misure di austerità incidenti sui diritti retributivi. **4.** Al crepuscolo della crisi. Fuoriuscita dallo stato di emergenza e *restitutio in integrum* dei diritti sociali. **4.1.** La rimozione dei “blocchi” alla contrattazione collettiva in funzione di determinazione dei trattamenti retributivi nel lavoro pubblico: C. Cost. n. 178/2015. **4.2.** L’illegittimità delle disposizioni che sospendono per un biennio la perequazione automatica delle pensioni: C. Cost. n. 70/2015. **5.** Notazioni conclusive.

#### I. Prologo

Nel 2015, per la prima volta dopo molti anni, gli indici di crescita economica hanno fatto segnare valori positivi in tutte le principali nazioni occidentali. Non solo negli Stati Uniti, dove, contro la violenta crisi scoppiata nel 2008, sono state apprestate tempestive misure di stampo neo-keynesiano<sup>1</sup>. Ma anche nei Paesi UE, Italia compresa<sup>2</sup>, ove la crisi, assumendo connotati più complessi, ha indotto effetti reattivi prevalentemente ispirati al rigore fiscale e a strategie di riequilibrio e controllo dei conti pubblici<sup>3</sup>.

\* Una versione ridotta del presente saggio è destinata agli *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

<sup>1</sup> Cfr. MAJOCCHI, *Un piano per l’Europa. Sviluppo sostenibile e occupazione*, Il Mulino, 2015, p. 65.

<sup>2</sup> V. ISTAT, *Eurozone economy outlook*, 12 gennaio 2016, [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>3</sup> Del resto le stesse misure adottate dai governi europei e latamente definibili neo-keynesiane, quali quelle per il salvataggio delle banche in difficoltà o finalizzate al contrasto alla crescente disoccupazione, hanno finito per comportare un aumento della spesa pubblica e del *deficit* di bilancio, accrescendo ulteriormente il debito pubblico di paesi già particolarmente

La ripresa è favorita dalla congiunzione virtuosa di fattori esogeni (quali la riduzione del potere d'acquisto della moneta unica e il duraturo calo del prezzo del petrolio) ed endogeni (l'incremento della "fiducia" e dei consumi interni). A ciò si aggiungono elementi tipicamente eurounitari: la politica di *quantitative easing* messa in atto dalla BCE a partire dal gennaio 2015 e il "Piano Juncker" di investimenti europei approvato nel dicembre 2014<sup>4</sup>.

Il fatto che nei Paesi dell'Europa meridionale si registrino segnali di ripresa<sup>5</sup> assume valenze altamente significative. Il ceppo europeo della crisi, infatti, ha mostrato un'accentuata resilienza, anche in ragione della sua intrinseca complessità, *sub specie* di un perverso intreccio fra i fattori di recessione economica e lo *stress* da indebitamento<sup>6</sup>.

Da ciò sono derivati effetti di ordine politico e sociale.

Sul primo versante, non di rado si è assistito a sommovimenti istituzionali, sovente culminati nella detronizzazione di esecutivi in carica, talvolta a vantaggio di "governi tecnici", ritenuti maggiormente in grado di farsi carico delle onerose politiche di contrasto alla crisi<sup>7</sup>.

Sul secondo versante, si registra il dispiegamento di severe politiche di austerità<sup>8</sup>, in buona misura etero-imposte, nell'ambito delle "condizionalità"

gravati sotto questo profilo: v. sul punto CAVALLI, MARTINELLI, *La società europea*, Il Mulino, 2015, pp. 263 e 264.

<sup>4</sup> Cfr. European Commission, *European Economic Forecast. Winter 2016*, Institutional Paper 020 – February 2016, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/eeip/pdf/ipo20\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eeip/pdf/ipo20_en.pdf).

<sup>5</sup> Beninteso, la ripresa si palesa tuttora fragile, sia per il pesante retaggio degli anni di crisi (sui "numeri" di quest'ultima, con riguardo al caso italiano, v. GALLINO, *Il denaro, il debito e la doppia crisi spiegati ai nostri nipoti*, Einaudi, 2015, p. 149) di cui l'attuale deflazione monetaria rappresenta il principale portato, sia per il persistere di pericolosi fattori di turbolenza: si pensi agli sviluppi, nell'estate 2015, della crisi greca (su cui ZIELONKA, *Disintegrazione. Come salvare l'Europa dall'Unione europea*, Laterza, 2015, p. 128 ss.), ma anche al manifestarsi di inediti focolai di crisi, stavolta allocati nei paesi emergenti e in Cina (cfr. NAÍM, *Fino a quando durerà la crisi economica*, in *La Repubblica*, 19 ottobre 2015).

<sup>6</sup> Cfr. SCHARPF, *After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy*, in *ELJ*, 2015, vol. 21, n. 3, p. 389; DEAKIN, KOUKIADAKI, *The sovereign debt crisis and the evolution of labour law in Europe*, in COUNTOURIS, FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013, p. 173. Sui legami fra la situazione di elevato debito pubblico e la recessione economica v. European Commission, *Fiscal Sustainability Report 2015*, Institutional Paper 018/January 2016, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/eeip/pdf/ipo18\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eeip/pdf/ipo18_en.pdf).

<sup>7</sup> V., sul caso italiano, le interessanti riflessioni di ZAGREBELSKY G., *Moscacieca*, Laterza, 2015, pp. 11 e 12.

<sup>8</sup> Il paradigma dell'austerità (per una definizione v. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Laterza, 2016, p. 11), si è suggestivamente suggerito, è "ingannevole" in quanto "appli-



introdotte dagli accordi fra la c.d. *Troika* (BCE, FMI e Comm. UE) e alcuni Stati europei a rischio di *default*<sup>9</sup>, o, nel caso dell'Italia – non rientrata nei programmi di assistenza finanziaria – comunque “raccomandate” dalle istituzioni europee<sup>10</sup>. Tali politiche, pur avendo rappresentato un fattore di stabilizzazione e di recupero di credibilità per gli Stati europei in *stress* da indebitamento<sup>11</sup>, hanno al contempo “approfondito gli effetti recessivi” della crisi<sup>12</sup>, rallentando il processo di ripresa, secondo il noto paradigma schumpeteriano, del ciclo economico.

Nel contesto delle politiche di austerità, particolare rilievo hanno assunto le misure incidenti in senso regressivo sui diritti sociali<sup>13</sup>, che hanno

cato agli individui allude a un'attitudine frugale, sobria: un tratto apprezzabile della personalità. Applicato all'economia, in Europa, ha finito col significare deflazione e attacco ai diritti e alle tutele sociali”: così LETTIERI, *L'austerità ha fallito. Cambiarla è possibile*, 1° dicembre 2015, <http://www.eguaglianzaeliberata.it/articolo.asp?id=1862>.

<sup>9</sup> I meccanismi di condizionalità (su cui specificamente CRAIG, *The Financial Crisis, the European Institutional Order and Constitutional Responsibility*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2015, vol. 22, n. 2, p. 261) si collocano entro la più ampia cornice della *governance* economica europea (da ultimo CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015), eminentemente ispirata all'attuazione, in senso ordoliberal, delle politiche di rigore fiscale e controllo delle misure di politica economica e delle loro incidenze sullo stato del debito pubblico (cfr. NEDERGAARD, SNAITH, “*As i Drifted on a River I Could Not Control*”: *The Unintended Ordoliberal Consequences of the Eurozone Crisis*, in *JCM*, 2015, vol. 53, n. 5, p. 1100 ss.) con effetti di riassetto dell'architettura costituzionale europea, nel segno di una predominanza del metodo *integrovernativo* (si pensi al protagonismo del Consiglio europeo, oltre che a quello, già segnalato, della c.d. *Troika*) su quello *comunitario* (v. FABBRINI, *Austerity, the European Council and the Institutional Future of the European Union: A Proposal to strengthen the Presidency of the European Council*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2015, vol. 22, n. 2, p. 269 ss.; peraltro tale conclusione non è affatto pacifica: nel senso di una tendenziale ibridazione dei due metodi nel processo di *decision making* indotto dalla crisi v. DAWSON, *The Legal and Political Accountability Structure of “Post-Crisis” EU Economic Governance*, in *JCM*, 2015, vol. 53, n. 5, p. 976 ss.).

<sup>10</sup> Attraverso le “due missive” recapitate al governo italiano da Trichet e Draghi e dall'ex commissario agli affari economici e monetari della Commissione europea Olli Rehn: sul punto v. GALLINO, *op. cit.*, p. 138 ss.

<sup>11</sup> MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, p. 4 ss. Com'è noto, l'aspetto “progressivo” delle politiche di austerità è stato fortemente enfatizzato (e invero sopravvalutato) dai sostenitori della c.d. “austerità espansiva”, su cui v. DEMOPOULOS, YANNACOPOULOS, *The myth of expansionary austerity*, Athens University of Economics and Business, Working Paper Series, 09–2012, <http://www.econ.aueb.gr/uploadfiles/AllR.P092012.pdf>.

<sup>12</sup> DEAKIN, KOUDIADAKI, *op. cit.*, p. 163.

<sup>13</sup> Estraeendo dalla più ampia categoria di tali diritti, ai fini della presente trattazione, quelli a specifica connotazione lavoristica e previdenziale, condizionati, sotto il profilo dell'effettività,

lungamente penalizzato ampie fasce, *in primis* quelle più deboli, della popolazione europea<sup>14</sup>.

Ciò è valso in particolare per i diritti “che costano”, previdenziali e retributivi, in quest’ultimo caso con riferimento al lavoro pubblico, contrassegnato da lunghi anni di *spending review* sul lato delle politiche salariali<sup>15</sup>. Ma non sono risultati estranei i diritti del lavoro non direttamente gravati da costi per il bilancio pubblico, ma oggetto pur essi di una consistente *deregulation*, secondo una logica che tematizza i diritti del lavoro come oggetto di necessari “adeguamenti strutturali macroeconomici”<sup>16</sup>: per cui allentare i vincoli al licenziamento, incrementare la flessibilità funzionale o contenere le dinamiche retributive funge da stimolo alla competitività delle imprese, nell’obiettivo conclamato di combattere la crescente disoccupazione e riattivare un mercato del lavoro agonizzante<sup>17</sup>.

Il presente contributo si concentrerà sul primo dei due nuclei tematici<sup>18</sup>:

dalle determinazioni dei decisori politici nel quadro delle compatibilità economico-finanziarie: v. ALES, *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *DLRI*, 2015, p. 458; nonché CAMERLENGO, RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *QC*, 2015, spec. p. 71.

<sup>14</sup> DOWELL-JONES, *The Economics of Austerity Crisis: Unpicking some Human Rights Arguments*, in *Human Rights Law Review*, 2015, n. 15, p. 197; DEAKIN, KOUKIADAKI, *op. cit.*, p. 163; NOLAN, *Not Fit For Purpose? Human Rights in Times of Financial and Economic Crisis*, in *EHRLR*, 2015, n. 4, p. 358 ss.; fra gli italiani v. PAVOLINI, RAITANO, *L’Europa mediterranea fra diritti sociali e crisi economica: il welfare state ai tempi dell’austerità. Un’introduzione*, in *Meridiana*, 2015, n. 83, p. 14 ss.

<sup>15</sup> Cfr. MÜLLER, SCHULTEN, *The public-private sector pay debate in Europe*, ETUI Working Paper 2015.08, <http://www.etui.org/>.

<sup>16</sup> Secondo la definizione di ZIELONKA, *op. cit.*, p. 7.

<sup>17</sup> Ma anche nel senso di essere valutate “in funzione dell’impatto positivo sulla riduzione dei disavanzi e del rapporto debito pubblico/PIL prodotto dalla crescita economica (a cui sono vocate e quindi) che esse sono potenzialmente in grado di sostenere”: CHIECO, “*Riforme strutturali*” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *DLRI*, 2015, p. 366.

<sup>18</sup> Sulle riforme che impattano sul diritto del lavoro privato v., per una rassegna dei Paesi sud-europei, DEAKIN, KOUKIADAKI, *op. cit.*, p. 177 ss.; sul caso italiano CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 527 ss.; CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea: il caso italiano*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015, spec. p. 76 ss.; GHERA E., *Il rapporto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, in *DLRI*, 2013, p. 687 ss.; GIUBBONI, *Lavoro e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *PD*, 2015, p. 257 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in questa rivista, 2012, p. 426 ss.; TREU, *Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi*, in *DLRI*, 2013, p. 597 ss.

ossia sulle politiche di austerità che, in Italia, hanno prodotto misure di contenimento del costo del lavoro pubblico o di quello previdenziale a fini di stabilizzazione delle dinamiche di spesa.

A partire da un dato. A fronte dell'illuministica aspirazione all'intangibilità dello "Stato del benessere" in quanto "forma storica assunta dal principio di solidarietà, destinato ad operare al di là di situazioni critiche, per gravi che siano"<sup>19</sup>, si pone una realtà dei fatti diversa, che invoca l'adozione, in presenza di situazioni di crisi, di misure destinate a incidere in senso *destruens* sulla sfera dei diritti sociali finanziariamente condizionati<sup>20</sup>.

Ciò, sul lato politico-costituzionale, è coerente con un assetto policentrico dei diritti e degli interessi, sicché, come ha sostenuto la Corte Costituzionale, non esistono posizioni soggettive intangibili in contesti di crisi, essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore apportare correttivi – nella specie misure in materia di spesa previdenziale – secondo un principio di bilanciamento "del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti, anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili e ai mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa"<sup>21</sup>.

L'operatività del richiamato principio di bilanciamento<sup>22</sup> implica che la discrezionalità del legislatore nell'adottare misure regressive in materia sociale, in presenza di una situazione di crisi, non sia incondizionata, ma al contrario suscettibile di sindacato di legittimità costituzionale alla stregua dei principi di ragionevolezza e proporzionalità delle misure adottate<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> RODOTÀ, *Crescita e benessere*, in *RCDP*, 2013, p. 4. Nel senso che il *Welfare State* meriterebbe una sorta di *status* di immunità in quanto "precondizione sociale dello sviluppo del capitalismo democratico", piuttosto che essere concepito come "ostacolo al buon funzionamento del mercato" v. anche GIUBBONI, *op. cit.*, p. 259.

<sup>20</sup> Da qui la constatazione per cui la crisi deflagrata nel 2008 abbia contribuito a mettere sotto ulteriore pressione la sostenibilità del "Modello sociale europeo", come evidenziato, fra gli altri, da 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.; BAYLOS, *Modello sociale e governance economica: uno sguardo dal Sud dell'Europa*, in *LD*, 2013, p. 587 ss.; RICCI G., *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, in MONTANARI (a cura di), *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Giappichelli, 2012, t. I, spec. 355 ss.

<sup>21</sup> C. Cost. 16 luglio 2014, n. 208.

<sup>22</sup> Cfr. MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *ED, Annali*, 2008, vol. II, t. 2, 185 ss.

<sup>23</sup> Cfr. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e Società*, 2014, spec. p. 609 ss.; CAR-

Nelle pagine che seguono, s'intende per l'appunto inquadrare il contesto nel quale si situano le politiche – e le corrispondenti misure normative – di austerità; per poi valutare, nel presente frangente storico “a cavallo” fra crisi e ripresa economica, la validità costituzionale delle misure assunte, nel corso degli ultimi difficili anni, per fronteggiare la drammatica congiuntura economico-finanziaria.

2. *La crisi come “fatto emergenziale” e l'effetto giuridico: le misure di austerità che affievoliscono i diritti sociali*

Sin qui si è fatto generico impiego del termine “emergenza” o “stato di emergenza”. In verità tale nozione va meglio inquadrata perché densa di implicazioni sotto il profilo tecnico-giuridico, peraltro nient'affatto ignote agli studiosi di diritto del lavoro<sup>24</sup>.

In primo luogo, il concetto di “stato di emergenza” (o dei sinonimici quali “stato di necessità” o “stato d'eccezione”) si connette, per pacifica acquisizione dottrinarina, all'esistenza di una situazione di crisi economico-finanziaria alla stregua di altri “eventi” classicamente oggetto degli studi (prevalentemente pubblicistici) sull'emergenza giuridica<sup>25</sup>.

Mutuando un'espressione senz'altro evocativa, può dirsi infatti che “lo stato d'eccezione è la trascrizione della crisi nell'ordinamento politico-giu-

TABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *Il Costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, 2016, spec. p. 471.

<sup>24</sup> Il termine ha assunto infatti una specifica valenza qualificatoria in occasione della crisi economica della seconda metà degli anni settanta: il materiale legislativo messo a punto per contrastarne gli effetti prese infatti il nome di “diritto del lavoro dell'emergenza”, da cui il noto volume di DE LUCA TAMAJO, VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza (la legislazione degli anni 1977 e 1978)*, Jovene, 1979.

<sup>25</sup> Cfr. GRASSO P.G., *Necessità (stato di)*. *Diritto pubblico*, in ED, vol. XXVII, 1977, p. 878; PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, 1988, p. 76; MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, 2003, p. 162; FENUCCI, *Necessità, emergenza e diritti fondamentali*, in *Rassegna parlamentare*, 2014, p. 538; ROLLA, *Profili costituzionali dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, p. 3. In alcune Costituzioni, tali eventi sono espressamente tipizzati e gli effetti del derivante stato d'eccezione conseguentemente regolati (v. FENUCCI, *op. cit.*, p. 544 ss.); nel caso italiano, invece, la dottrina ha costruito una teoria dell'emergenza a partire da “fatti” regolati in via di prassi o da norme di legge ordinaria (ROLLA, *op. cit.*, p. 4), che acquisiscono tuttavia, sul piano degli effetti, rilevanza propriamente costituzionale (per qualche conferma v. C. Cost. 13 giugno 2014, n. 174; 26 giugno 2007, n. 237).

ridico”; ne consegue che “così come la crisi costituisce un taglio e una sospensione dei tempi normali, lo stato d’eccezione costituisce un taglio e una sospensione nel funzionamento normale dell’ordinamento politico-giuridico”<sup>26</sup>.

Il diritto emergenziale, collocandosi in prossimità di una “situazione imprevista” come una crisi economica, tende a configurarsi come quell’insieme di provvedimenti urgenti che, a fronte di un “diritto vigente inadeguato” assume “contenuto sospensivo o derogatorio” di quest’ultimo nel dichiarato proposito, beninteso, di continuare *medio tempore* “a garantire i valori e gli interessi normalmente protetti dall’ordinamento”<sup>27</sup>.

La crisi si qualifica, pertanto, quale elemento esterno all’ordinamento giuridico e condizione fattuale (fatto emergenziale<sup>28</sup>) dello *status necessitatis*<sup>29</sup> legittimante l’esercizio di poteri pubblici straordinari, attraverso l’adozione di misure legislative derogatorie rispetto alla legislazione ordinariamente vigente<sup>30</sup>. Inoltre, nella misura in cui la crisi altera il sostrato sociale ed economico su cui, in condizioni normali, si radicano forme di presidio di diritti e interessi<sup>31</sup>, la norma emergenziale interviene per governare tali fattori di squilibrio, a fini di salvaguardia di un interesse “superiore” qual è appunto la sostenibilità del sistema economico-finanziario.

Lo schema appare tutto sommato lineare, se non fosse che, in contesti siffatti, lo stato d’emergenza giustifica sovente la compressione di diritti sociali, il cui onere lo Stato non è in grado, nella congiuntura critica, di sopportare, quantomeno nella misura ordinariamente dovuta. Ma poiché si tratta di diritti di rango costituzionale, è illusorio pensare che ciò non generi scompensi ed effetti reattivi. Scompensi e reazioni che finiscono per riversarsi sulla giustizia costituzionale, chiamata, in simili frangenti, ad assicurare che il “sottosistema normativo”<sup>32</sup> formatosi in presenza di uno stato di necessità non

<sup>26</sup> COLOMBO, *Tempi decisivi. Natura e retorica delle crisi internazionali*, Feltrinelli, 2014, p. 22; per più ampi sviluppi tematici v. WHITE, *Authority after Emergency Rule*, in *MLR*, 2015, vol. 78, n. 4, p. 585 ss.

<sup>27</sup> MARAZZITA, *op. cit.*, p. 17; sul punto v. anche PINNA, *op. cit.*, p. 61 ss.

<sup>28</sup> Secondo la definizione di MARAZZITA, *op. cit.*, p. 162.

<sup>29</sup> AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003, p. 37.

<sup>30</sup> Sostanzialmente in tal senso GRASSO P.G., *op. cit.*, p. 866.

<sup>31</sup> Detto in altri termini, modifica “la realtà effettuale in modo tale da porre in crisi la tutela di valori e di posizioni soggettive giuridicamente riconosciute”: MARAZZITA, *op. cit.*, p. 173.

<sup>32</sup> Ancora MARAZZITA, *op. cit.*, p. 140.

tracimi dalla funzione di temporanea regolazione che, fisiologicamente, esso è chiamato ad esercitare, in attesa che si ripristinino le condizioni di operatività dell'ordinario assetto ordinamentale<sup>33</sup>.

È sul crinale della temporaneità delle misure emergenziali indotte dalla crisi, in vista della regressione di questa sino alla cessazione dei suoi effetti, che si colloca la soglia di ragionevolezza e proporzionalità delle misure medesime. Da accertarsi mediante un sindacato di costituzionalità che può anche tramutarsi in un giudizio sulla ragionevole o irragionevole durata della misura emergenziale, sicché un irrazionale prolungamento della stessa possa risolversi “in una sostanziale perdita di provvisorietà del regime stesso, così da sostituirsi, surrettiziamente, alla disciplina normale e permanente”<sup>34</sup>.

V'è da chiedersi, a questo punto, quali siano gli “effetti giuridici” dello stato di emergenza scaturito dalla crisi degli ultimi anni. Nel caso italiano, si è trattato dell'implementazione di molteplici misure normative finalizzate a fronteggiare le ricadute della crisi, con particolare attenzione agli obiettivi dell'equilibrio finanziario e del contenimento del debito pubblico: a partire dal fondamentale d.l. n. 78/2010 (conv. in l. n. 122/2010) cui hanno fatto seguito provvedimenti contenenti svariate misure di austerità, quali i dd.ll. n. 138/2011 (conv. in l. n. 148/2011), n. 201/2011 (conv. in l. n. 214/2011), n. 95/2012 (conv. in l. n. 135/2012) e n. 66/2014 (conv. in l. n. 89/2014)<sup>35</sup>.

Talune di queste misure impingono, come prima evidenziato, sui diritti sociali a connotazione lavoristico-previdenziale: si tratta delle norme che dispongono i blocchi della dinamica retributiva per i dipendenti pubblici o fissano tetti massimi alle retribuzioni nelle p.a., ovvero, ancora, mirate al contenimento della spesa previdenziale, attraverso la limitazione dei sistemi di perequazione e adeguamento al costo della vita o i prelievi sulle pensioni più elevate<sup>36</sup>.

Occorre sottolineare, peraltro, come il contesto emergenziale nel quale si collocano tali misure ha assunto una specifica valenza costituzionale, a seguito dell'approvazione, nel bel mezzo della crisi, della l. cost. 20 aprile 2012,

<sup>33</sup> MARAZZITA, *op. cit.*, p. 166 ss.; v. anche ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, 1986, pp. 126 e 127.

<sup>34</sup> PINNA, *op. cit.*, p. 185.

<sup>35</sup> Per una ricostruzione v. BONI, *2010-2015: cinque anni di giurisprudenza costituzionale sulla decretazione anticrisi*, 11 marzo 2015, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (par. 3).

<sup>36</sup> Non mancano, del resto, misure di altro tipo: si pensi a quelle che bloccano o comunque limitano il ricorso alle assunzioni.

n. 1, che ha modificato gli artt. 81 e 97 Cost. (oltre agli artt. 117 e 119 Cost.), rimettendo allo Stato e, più in generale, alle pubbliche amministrazioni l'onere di garantire “l'equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio” nonché della “sostenibilità del debito pubblico”<sup>37</sup>. La costituzionalizzazione di simili principi segna un punto di non ritorno nell'individuazione dei limiti entro cui è possibile adottare, da parte dei poteri pubblici, determinazioni di spesa, nel senso che da quel momento si vieta – “salvo rare eccezioni e comunque previa procedura aggravata”<sup>38</sup> – l'indebitamento quale strategia di politica economica”<sup>39</sup>.

Ne derivano più complessive inferenze a proposito del modo in cui il diritto della crisi viene a strutturarsi. Si può dire cioè che quest'ultima, quale fatto emergenziale, abbia prodotto un diritto legislativo (a sua volta) tipicamente emergenziale ma che opera entro una cornice di regole costituzionali, il cui carattere trascende la contingenza dei fattori di crisi. Ciò perché i principi dell'equilibrio di bilancio e della sostenibilità della spesa pubblica sono destinati a contrassegnare *pro futuro* le condotte dei pubblici poteri e a orientarne le decisioni in materia di politica economica e di spesa, oltre a costituire un ancor più dettagliato e penetrante parametro di bilanciamento fra gli interessi nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto le leggi “che costano”.

<sup>37</sup> *Ex multis* GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *QC*, 2014, p. 51 ss.; GRIMALDI, *Costituzionalizzazione del principio di equilibrio dei bilanci e possibile rilancio del ruolo dello Stato nell' "ordinamento composito" europeo*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015; v. anche S. STAIANO, *Diritti e confini nell'Europa della crisi*, 25 novembre 2015, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 16, secondo il quale tale “revisione estesa e pervasiva della Costituzione” ha ridato vigore e confermato la presenza, negli eventi europei, dello “spirito di Maastricht”. Del resto, è ampiamente noto che la costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio reagisce a sollecitazioni di matrice sovranazionale, in particolare derivanti dal Patto “Euro Plus” e dal successivo Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'UEM (*Fiscal Compact*): per una recente ricostruzione DE MARTINO, *Revisione dei Trattati europei, Fiscal Compact e Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015; fra i lavoristi cfr. CHIECO, *op. cit.*, p. 360 ss.; LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 220 ss.

<sup>38</sup> Infatti ai sensi del “nuovo” art. 81, co. 1, Cost. la garanzia dell'equilibrio di bilancio tiene dinamicamente conto “delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico”; ne consegue, secondo il co. 2, che è consentito “il ricorso all'indebitamento (...) al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali”.

<sup>39</sup> Cfr. GAMBINO, NOCITO, *Crisi finanziaria e diritti fondamentali fra trasformazioni del costituzionalismo e incertezze del futuro europeo*, in *Lavoro e diritti sociali*, cit., p. 182; sul punto v. anche STAIANO, *op. cit.*, p. 20.

Questo assetto ha esplicitato da subito significativi effetti, complicando l'operato della giurisprudenza costituzionale formatasi a ridosso della recente legislazione sulla crisi<sup>40</sup>, specie con riferimento alle misure di austerità incidenti sui diritti sociali.

### 3. *Durante la crisi. La giurisprudenza costituzionale asseverativa delle misure di austerità incidenti sui diritti retributivi*

Come si è riferito in precedenza<sup>41</sup>, la crisi, quale “fatto emergenziale”, è all'origine delle misure di blocco retributivo di cui all'art. 9 d.l. n. 78/2010, introdotte per un triennio (2011-13) e poi successivamente prorogate per il biennio successivo (2014-15)<sup>42</sup>. Queste hanno sancito la cristallizzazione del trattamento economico fondamentale ed accessorio di tutte le categorie di dipendenti pubblici (personale contrattualizzato e non contrattualizzato), con contestuale sterilizzazione delle progressioni economiche e di carriera, rese valide ai soli fini giuridici e senza effetti incrementali del trattamento retributivo. Nel caso del personale contrattualizzato, inoltre, al raffreddamento salariale si è accompagnato il blocco della contrattazione collettiva sin dal 2010 (relativamente alla parte economica, ma di fatto esteso alla parte normativa), nonché il mancato riconoscimento dell'indennità di vacanza contrattuale<sup>43</sup>. Le misure in parola sono state sottoposte in più circostanze al vaglio della Corte Costituzionale, a seguito di ricorsi presentati da svariati gruppi di dipendenti pubblici: dai magistrati ai docenti universitari, dai mi-

<sup>40</sup> Di “sovraesposizione” della Corte Costituzionale a fronte di questioni che chiamano recisamente in causa il vincolo delle “risorse disponibili” parla GAMBINO, *Diritti e Stato sociale. Quale futuro europeo?*, in *Cittadinanza europea*, 2015, p. 45.

<sup>41</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>42</sup> In termini più generali, la manovra del 2010 ha introdotto una vasta gamma di misure non solo, per dirla con C. Cost. 5 giugno 2013, n. 116, “dirette a perseguire un generale “raffreddamento” delle dinamiche retributive nel pubblico impiego”, ma altresì contenenti “interventi temporanei di riduzione delle retribuzioni”, nonché “interventi di “solidarietà” variamente articolati, quanto a diverse categorie di cittadini, posti a carico sia del personale dipendente delle pubbliche amministrazioni, sia della generalità dei cittadini”.

<sup>43</sup> Sugli effetti delle proroghe disposte con l. n. 190/2014 v. MONTEMARANO, *Pubblico impiego, prorogato il blocco delle retribuzioni*, in *GL*, 2015, n. 2, p. 35; sul venire meno, in forza della stessa legge, dei blocchi agli effetti economici delle progressioni nelle p.a. v. NATALI, *Sblocco delle progressioni economiche nella p.a.: dubbi applicativi*, in *DPL*, 2015, p. 1095.



litari della guardia di finanza ai funzionari di organismi di garanzia quale l'Agcom, fino, nel comparto scolastico, al personale ATA.

Non è certo la prima volta che ciò si verifica. L'antecedente più diretto è rappresentato dalla crisi economico-finanziaria degli inizi degli anni '90, cui si contrappose il d.l. 19 settembre 1992, n. 384, conv. in l. n. 438/1992 (c.d. "decreto Amato").

In quella contingenza, la Consulta – ritenuto che il provvedimento di legge interveniva in "un momento delicato della vita nazionale" – finì per avallare la legittimità delle disposizioni emergenziali, ritenendo correttamente operato, da parte del legislatore, il bilanciamento fra il riconoscimento del diritto alla retribuzione (nella specie: all'adeguamento del trattamento economico mediante automatismi retributivi) e la finalità di contenimento della spesa pubblica "nel rispetto degli obiettivi fondamentali di politica economica e dei vincoli derivanti dal processo di integrazione europea"<sup>44</sup>. Allo stesso tempo, però, la condizione di legittimità delle misure di austerità veniva individuata nel "carattere eccezionale, transeunte, non arbitrario e consentaneo allo scopo prefissato" dei sacrifici richiesti<sup>45</sup>, in ciò conformandosi la Corte ai postulati di un'ancor più risalente giurisprudenza, riguardante le misure della legislazione emergenziale adottate, con riferimento al lavoro privato, sul finire degli anni '70<sup>46</sup>.

Orbene, fatte salve alcune (opinabili) decisioni difformi giustificate dalla peculiarità delle categorie interessate, la giurisprudenza costituzionale "sulla crisi" formatasi fra il 2012 e il 2014 si rifà all'argomento addotto a giustificazione della legittimità del "decreto Amato", per asseverare la costituzionalità delle misure di blocco retributivo adottate per fronteggiare la grave crisi economico-finanziaria degli ultimi anni.

In specie, la trama argomentativa è quella tratteggiata da C. Cost. 17 dicembre 2013, n. 310 (su ricorso proposto da docenti universitari), cui nella sostanza si uniformano, a seguire, C. Cost. ord. 5 maggio 2014, n. 113, 4 giugno 2014, n. 154 (su ricorso proposto da militari della guardia di finanza) e 18 luglio 2014, n. 219 (su ricorso proposto dal personale ATA della scuola)<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> C. Cost. 18 luglio 1997, n. 245.

<sup>45</sup> C. Cost., ord. 14 luglio 1999, n. 299.

<sup>46</sup> Cfr. C. Cost. 23 giugno 1988, n. 697; 26 marzo 1991, n. 124.

<sup>47</sup> A diversa conclusione è giunta C. Cost. 23 luglio 2012, n. 223, confermata da ord. 19 dicembre 2012, n. 303 (sul personale di magistratura) e 23 gennaio 2014, n. 7 (sul personale della Banca d'Italia). La declaratoria di incostituzionalità delle misure di blocco retributivo è princi-

In queste pronunzie, il giudizio di costituzionalità delle misure sui blocchi retributivi è condotto dalla Corte avendo riguardo a una pluralità di principi costituzionali di cui i ricorrenti avevano prospettato la violazione (artt. 2, 3, 36, 97 Cost.)<sup>48</sup> nonché al trasversale principio dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica. L'argomento principale, a sostegno delle decisioni di rigetto, fa perno sul "ragionevole bilanciamento", in seno alla legislazione emergenziale, fra il diritto dei lavoratori pubblici all'intangibilità del trattamento economico e l'interesse generale all'adozione di misure di contrasto alla situazione di crisi. Segnatamente, la Corte ritiene che le misure contestate siano da considerarsi proporzionate alle finalità di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, pur comportando sacrifici gravosi, però giustificati dall'incombere di una situazione di gravissima crisi economica.

Ancorché il giudizio sia calibrato, come detto, sui precedenti formati in riferimento al "decreto Amato", la Corte è consapevole che l'analogia fra i due contesti ritrova un significativo limite nella diversa estensione temporale delle misure di blocco nell'una e nell'altra esperienza legislativa: limitata a un anno nel primo, triennale nel secondo caso (e fermo restando le ulteriori successive proroghe sino a un quinquennio).

Per questo la Corte manifesta l'esigenza di riformulare il parametro di "ragionevolezza dello sviluppo temporale delle misure": aggiornando la pro-

palmente ancorata, in un caso, al principio di tutela dell'indipendenza dei magistrati (art. 104 Cost.) e, nell'altro, all'autodichia dei funzionari della Banca d'Italia, in seno all'ordinamento della BCE. Senza dilungarsi sul punto, pare evidente l'irragionevole differenziazione che con ciò viene a determinarsi, sicché alcune categorie "sfuggono" ai sacrifici imposti dal dovere di solidarietà generale, in forza del discutibile nesso istituito fra la materia retributiva e i principi di indipendenza e autonomia di determinati corpi dello Stato: per notazioni critiche v. anche TROISI, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla retribuzione dei dipendenti pubblici ed esigenze finanziarie*, in questa rivista, 2015, p. 175 ss.; ma anche FONTANA, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *op. cit.*, p. 151 ss.; A. LO FARO, *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *DLRI*, 2014, p. 281 ss. È pur vero che tale giurisprudenza è non poco influenzata da un sistema legislativo in cui le misure di contenimento della dinamica retributiva per i lavoratori pubblici risultano articolate in modo tutt'altro che uniforme: sul punto COCCONI, *La frammentazione del sistema retributivo nel pubblico impiego*, in *GDA*, 2014, p. 679 ss.

<sup>48</sup> C. Cost. n. 219/2014, pronunciandosi su ricorso proposto da dipendenti pubblici "contrattualizzati" (personale tecnico-amministrativo della scuola), si occupa anche, per rigettarla, della questione di costituzionalità, ex art. 39, co. 1, Cost., delle misure di blocco della contrattazione collettiva: cfr. PINELLI, *I limiti legislativi dell'autonomia collettiva: un indirizzo solo apparentemente consolidato*, in *GCost*, 2015, p. 3502.

pria opinione sul punto – per quanto, come rilevato in precedenza, i vincoli di integrazione economica europea erano già penetrati nel giudizio di razionalità delle manovre di contenimento del costo del lavoro pubblico *ex C. Cost. n. 245/1997* – la Corte afferma che, sotto tale profilo, “non ci si può esimere dal considerare l’evoluzione che è intervenuta nel complessivo quadro giuridico-economico nazionale ed europeo” (punto 13.4 del Considerato in diritto). Sicché, anche in ragione dei vincoli di osservanza degli obblighi di equilibrio di bilancio, introdotti in Italia in attuazione del c.d. *Fiscal Compact*, occorre adottare misure di risparmio di spesa strutturali che possono richiedere, come nel caso di specie, “periodi, certo definiti, ma più lunghi rispetto a quelli presi in considerazione” dalla giurisprudenza sulla manovra economica del 1992, “in ragione delle attuali prospettive pluriennali del ciclo di bilancio” (punto 13.5). Entro questo mutato scenario, il *test* di ragionevolezza delle norme oggetto di giudizio può dirsi, secondo la Corte, positivamente superato in quanto le misure adottate mirano “a un risparmio di spesa che opera con riguardo a tutto il comparto del pubblico impiego, in una dimensione solidaristica (...) e per un periodo di tempo limitato, che comprende più anni in considerazione della programmazione pluriennale delle politiche di bilancio” (sempre punto 13.5)<sup>49</sup>.

È proprio sulla ricalibratura dei fondamenti di ragionevolezza delle misure di rigore incidenti sulle retribuzioni dei dipendenti pubblici che si appunta il giudizio sulla giurisprudenza costituzionale della crisi. La domanda è: c’è continuità, discontinuità o vera e propria rottura rispetto agli orientamenti della giurisprudenza sul “decreto Amato”? Può dirsi che il modulo interpretativo fatto proprio dalla Corte per giustificare un blocco retributivo pluriennale sia consentaneo al consolidato postulato di temporaneità delle misure, in coerenza con il modello teorico del “fatto emergenziale” ricostruito in precedenza?

Al riguardo, si è sostenuto che *C. Cost. n. 310/2013* finisca per imprimere una decisiva correzione di rotta rispetto al passato. Si è osservato, segnatamente, che, nel passare dal concetto di *temporaneità* a quello di *non definitività* delle misure adottate (e dei sacrifici ad esse connessi), la Corte avrebbe utilizzato un espediente dialettico per avallare una strategia d’intervento che, di fatto, non appare più *contingente*, come lo fu quella sottesa al

<sup>49</sup> È ritenuta legittima anche la previsione in ordine alla irrecuperabilità delle somme non corrisposte, aspetto sul quale si era già soffermata *C. Cost. 16 luglio 2012, n. 189*.

“decreto Amato”, bensì *strutturale*. In buona sostanza, il principio della *salus rei publicae* assurgerebbe a fondamento di manovre di aggiustamento dei conti pubblici pesantemente incidenti sulla dimensione del diritto alla retribuzione, con effetti che la Corte, sopraffatta dai “vincoli stringenti imposti dal nuovo quadro costituzionale e dal diritto comunitario”, non sarebbe più in grado di ricondurre entro limiti compatibili con il quadro costituzionale, così autocondannandosi, peraltro, “a una marginalizzazione del proprio ruolo”<sup>50</sup>.

L’argomento non appare condivisibile per una serie di ragioni.

In primo luogo, non traspare dalla motivazione di C. Cost. n. 310/2013 alcun rilievo che possa fare pensare a un cambiamento di opinione in ordine alla concettualizzazione della crisi: questa sembra mantenere le caratteristiche morfologiche del “fatto emergenziale”, dovendosi escludere un’eterogenesi della stessa in senso endemico o strutturale.

Il che si desume anche dai ragionamenti della Corte in ordine ai caratteri delle misure normative adottate dal legislatore per fare fronte alla crisi. È vero infatti – lo si è sottolineato ampiamente – che la Corte ridefinisce il parametro di ragionevole durata della misura di blocco retributivo: non più annuale, ma pluriennale. Ma ciò, pur indicando un elemento di discontinuità fra indirizzi giurisprudenziali maturati in circostanze di tempo lontane e diverse, non depone per una rottura dei postulati fondamentali in tema di presupposti di costituzionalità della legislazione sulla crisi regressivamente incidente sul diritto alla retribuzione. Rientra appieno nei poteri valutativi della Corte Costituzionale la riformulazione, in chiave sistematico-evolutiva, del criterio di ragionevolezza della misura adottata; riformulazione che in questo caso prende corpo alla luce sia della specificità della crisi economico-finanziaria (quella di nuovo conio è certamente più grave di altre occorse in contesti anteriori), sia dei sopravvenuti fattori politico-istituzionali (interni e sovranazionali) condizionanti le strategie del legislatore e gli effetti da queste prodotte sul versante dei diritti sociali.

Sul piano tecnico, ciò è reso ampiamente possibile da quello che, del resto, lo stesso autore la cui tesi viene qui criticata definisce la “malleabilità del canone della ragionevolezza”<sup>51</sup>. Il *test* di proporzionalità/ragionevolezza,

<sup>50</sup> Il riferimento è alla tesi di PACE L., *La Corte Costituzionale fa proprie le “ragioni della crisi” e rinnega se stessa*, in *GCost*, 2013, p. 4993 ss.

<sup>51</sup> PACE L., *op. cit.*, p. 4996. Sulla duttilità del criterio di proporzionalità quale strumento per definire, nella giurisprudenza sulla crisi, il punto di bilanciamento fra gli interessi contrapposti v. ampiamente CARUSO, *op. cit.*, p. 72 ss.

nelle mutate condizioni storico-istituzionali, subisce infatti una torsione in senso dilatativo, ma entro limiti pur sempre compatibili con i parametri di legittimità della misura emergenziale<sup>52</sup>.

Ciò detto, C. Cost. n. 310/2013 lascia impregiudicata la prospettiva *de futuro*: qual è il limite temporale oltre il quale la normativa di blocco cessa di essere conforme a Costituzione? Come va inteso l'inciso secondo il quale le misure di austerità possono legittimamente richiedere tempi di applicazione più lunghi, ma "certo definiti"? E sulla base di quale parametro si definisce il termine di congrua e ragionevole durata di tali misure?

Come si avrà modo di rilevare nel paragrafo che segue, sarà la giurisprudenza costituzionale formata nel 2015 a sciogliere la gran parte di questi nodi interpretativi.

<sup>52</sup> Sulla legittimità delle misure regressive in materia sociale sono state interpellate anche le Corti sovranazionali. In particolare, il superamento "condizionato" del *test* di ragionevolezza/proporzionalità delle misure di austerità che penalizzano i diritti sociali (*ex* C. Cost. n. 310/13 e coeve) ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale – pur con riferimento a casi diversi da quello italiano, ma ugualmente contrassegnati da strategie di contrasto alla crisi (*in primis* nel caso greco e portoghese) – ha giustificato le misure di austerità laddove contenute entro un ragionevole limite di durata temporale, assunto dunque quale decisivo parametro di legittimità delle normative nazionali in tempi di crisi: in tal senso v. C. Eur. Dir. Uomo, sez. I, 7 maggio 2013, nn. 57665/12 e 57657/12, *Koufaký e ADEDY c. Grecia*; C. Eur. Dir. Uomo, sez. II, 8 ottobre 2013, nn. 62235/12 e 57725/12, *Da Conceicao Mateus e Santos Juanuario* (sul punto, anche per richiami a una giurisprudenza più risalente e sostanzialmente conforme, v. TROJSI, *op. cit.*, p. 180 ss.; BORELLI, *Corte EDU versus Troika. Cronaca di una sconfitta annunciata?*, in *RGL*, 2014, II, p. 363 ss.).

Nessun apporto è giunto invece dalla Corte di Giustizia, dichiaratasi più volte manifestamente incompetente, in quanto le misure di austerità incidenti in termini regressivi sui diritti retributivi sono state ritenute "non attuative" del diritto dell'Unione europea: così già C. Giust., ord. 14 dicembre 2011, causa C-434/11, *Corpul National al Politistirol c. MAI e altri* e C. Giust., ord. 7 marzo 2013, causa C-128/12, *Sindicato do Bancários do Norte c. Banco Português de Negócios*; più di recente, v. le ordinanze "gemelle" C. Giust., ord. 26 giugno 2014, causa C-264/12, *Sindicato Nacional do Profissonais de Seguros e Afins c. Fidelidade Mundial – Companhia de Seguros SA*; C. Giust., ord. 21 ottobre 2014, causa C-665/13, *Sindicato Nacional do Profissonais de Seguros e Afins c. Via Directa – Companhia de Seguros SA* (in dottrina, cfr. KILPATRICK, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic Legal Values in Europe's Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2015, vol. 35, n. 2, p. 348 ss.).

4. *Al crepuscolo della crisi. Fuoriuscita dallo stato di emergenza e restitutio in integrum dei diritti sociali*

Nello stesso torno di tempo in cui la Corte Costituzionale italiana asseverava le strategie di austerità, con riguardo in particolare alle misure di congelamento delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, il *Tribunal Constitucional* del Portogallo avviava un’analoga stagione d’interventi, pronunziandosi sulla legittimità di misure che disponevano veri e propri “tagli” dei trattamenti retributivi nel lavoro pubblico. Dopo un’iniziale orientamento volto a corroborare tali misure, in conformità ai programmi di austerità imposti dalla c.d. *Troika*<sup>53</sup>, il TC ha progressivamente affinato la tesi della violazione del principio di “eguaglianza proporzionale” in danno di una particolare categoria di lavoratori qual è quella dei dipendenti pubblici. In una sorta di fattispecie giurisprudenziale “a formazione progressiva”, il TC dapprima affermava che tale legittimità dovesse sortire effetti *irretroattivi* (ex art. 282, co. 4, Cost. portoghese), al fine di salvaguardare l’integrità dei conti pubblici e per non compromettere gli impegni assunti, al riguardo, a livello internazionale<sup>54</sup>, per poi, con successive sentenze, pervenire ad esiti di annullamento “secco” di ulteriori rigorose misure inserite nelle leggi finanziarie approvate anno dopo anno<sup>55</sup>.

È il segno, quanto mai significativo trattandosi di uno degli Stati europei maggiormente colpiti dalle politiche di austerità, del consolidarsi, non solo nell’opinione pubblica ma in sede di giudizio di costituzionalità, di un orientamento che, sulla scorta di rilevanti argomenti che qui non è possibile analizzare nel dettaglio<sup>56</sup>, ha posto un rilevante argine al diffondersi di misure di austerità incidenti sui diritti dei lavoratori lusitani<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Sent. n. 396/2011.

<sup>54</sup> Sent. n. 353/2012.

<sup>55</sup> Sent. nn. 187/2013; 862/2013; 413/2014; 574/2014; da ultimo, v. anche sent. n. 576/2015, con riferimento ai tagli retributivi praticati ai dipendenti delle partecipate pubbliche. In ordine alla rilevanza paradigmatica, nel contesto in esame, della giurisprudenza costituzionale portoghese v. SCIARRA, *Il diritto sociale europeo al tempo della crisi*, in *DUE*, 2015, p. 772 ss.

<sup>56</sup> Fra i commenti più recenti v. AYMERICH CANO, *El control constitucional de las políticas de austeridad en Portugal y España*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2015, p. 304 ss.; GUERRERO PICÒ, *Portogallo*, in PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, dicembre 2014, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>57</sup> Per quanto l’orientamento non sia uniforme nei Paesi del Club Med: *contra* in particolare la giurisprudenza del Consiglio di Stato greco, orientata a convalidare la validità delle misure di

Analoga svolta vede protagonista, nel 2015, la Corte Costituzionale italiana, con le due fondamentali sentenze 30 aprile 2015, n. 70 e 23 luglio 2015, n. 178.

Invertendo l'ordine cronologico, appare funzionale all'impostazione del presente lavoro analizzare in primo luogo C. Cost. n. 178/2015, il cui *thema decidendum* ricalca nella sostanza l'oggetto delle precedenti nn. 310/2013 e 219/2014, per poi mettere in evidenza gli aspetti più rilevanti della sentenza n. 70/2015, in tema di misure limitative dei diritti previdenziali.

*4.1. La rimozione dei blocchi alla contrattazione collettiva in funzione di determinazione dei trattamenti retributivi nel lavoro pubblico: C. Cost. n. 178/2015*

A proposito di C. Cost. n. 178/2015, colpisce anzitutto che la declaratoria di illegittimità costituzionale – ai sensi, come si vedrà meglio in seguito, dell'art. 39, co. 1, Cost. – consegua a un ragionamento che nulla toglie alla ragionevolezza *originaria* delle misure di blocco retributivo e della contrattazione collettiva, acclarata dalla giurisprudenza costituzionale del 2013-14 alla stregua di una batteria di argomenti formulati grosso modo nei termini che seguono: 1) “la particolare gravità della situazione economica e finanziaria internazionale concomitante con l'intervento normativo” (punto 12.2 Considerato in diritto); 2) “le prospettive necessariamente pluriennali del ciclo di bilancio” prive di “analogie con situazioni risalenti in cui le manovre economiche si ponevano obiettivi temporalmente delimitati” (punto 12.1); 3) l'allocazione delle misure di blocco entro un quadro di vincoli assai più stringenti rispetto a situazioni astrattamente comparabili, di dimensione sovranazionale (dir. n. 2011/85/UE) e interna (il “nuovo” art. 81, co. 1, Cost.) (punti 10.3 e 12.1).

Il *quid novi* consiste nell'assumere ad oggetto di valutazione – con un voluto ampliamento della *causa petendi* – non solo il tronco normativo originario, per l'appunto già sottoposto fra il 2013 e il 2014 allo scrutinio di legittimità dalla Corte Costituzionale, bensì anche il sopravvenuto sistema delle proroghe (l. n. 147/2013 – l. di stabilità per l'anno 2014 e l. n. 190/2014 – l. di stabilità per l'anno 2015).

Ritiene infatti la Corte che “le norme impugnate dai giudici rimettenti e

austerità in nome delle esigenze di salvaguardia dei conti pubblici, stante la gravissima situazione di emergenza economica. Per un'esautiva rassegna v. ARAVANTINO LEONIDI, *Costituzionalismo e crisi economica. I diritti sociali in Grecia*, 22 ottobre 2015, <http://www.democraziae sicurezza.it/>.

le norme sopravvenute della legge di stabilità per il 2015 si susseguono senza soluzione di continuità, proprio perché accomunate da analoga direzione finalistica”; si profila, pertanto, l’esigenza di una “disamina unitaria delle misure di blocco” per collocarle “in un orizzonte meno angusto e contingente” da cui inferirne “l’incidenza, tutt’altro che episodica, sui valori costituzionali protetti”.

Da tale inclusivo punto di osservazione la Corte coglie l’*intentio* del legislatore di rendere pressoché strutturali misure concepite inizialmente quali eccezionali e temporanee. Ne consegue che dalle leggi di stabilità per gli anni 2014 e 2015 si evince “un assetto durevole di proroghe”, dal quale deriva un blocco della contrattazione collettiva esteso su un duplice triennio: quello iniziale per gli anni 2010/2012 e quello ulteriore per gli anni 2013/2015, non senza la prospettiva di ulteriore prolungamento, desumibile indirettamente dalle disposizioni che cristallizzano ai valori del 31 dicembre 2013 l’indennità di vacanza contrattuale sino al 2018. Tale assetto finisce per contrastare con il principio di libertà sindacale dell’art. 39, co. 1, Cost., inteso nella sua proiezione “dinamica”, incentrata sul diritto delle organizzazioni sindacali di intraprendere, secondo le scadenze programmaticamente sancite dalla legge, l’attività di contrattazione collettiva, nella specie in funzione di determinazione dei trattamenti economici del personale delle p.a.

In disparte la questione dei parametri costituzionali che si assumono violati, su cui si tornerà fra breve, la ricostruzione non manca di porsi in continuità con la precedente giurisprudenza sulla legittimità “condizionata” delle misure di contenimento della spesa pubblica che incidono sui diritti sociali.

E c’è anche continuità, come detto, con la più recente giurisprudenza del 2013-14, asseverativa delle misure finalizzate a contrastare i virulenti effetti della crisi economico-finanziaria degli ultimi anni. Lì le misure erano state ritenute ragionevoli sulla scorta di una ponderazione in termini di bilanciamento fra finalità perseguite e temporaneità (ancorché secondo un criterio di “ragionevolezza temporale” rivisto alla luce della specifica situazione di emergenza economico-finanziaria); qui la Corte ritiene che siffatto bilanciamento sia divenuto asimmetrico, esondando le ragioni del rigore finanziario a scapito del diritto costituzionalmente garantito, per i lavoratori pubblici, al rinnovo della parte economica del contratto collettivo. L’elemento di svolta, nel passaggio da una giurisprudenza all’altra, è costituito dalla dilatazione nel tempo dei “periodi di sospensione delle procedure negoziali”, tale da arrecare un *vulnus* al principio di ragionevolezza delle misure adottate in situazione di emergenza; principio in base al quale siffatte misure



vanno necessariamente parametrate su periodi che “debbono essere comunque definiti” e non certo “protratti *ad libitum*”.

Il ragionamento della Corte è complessivamente condivisibile, anche se denuncia quella che un autorevole commentatore ha definito “una lacuna”<sup>58</sup>, ma che, forse, può piuttosto derubricarsi a una sorta di “non detto” nel contesto dell’articolata motivazione, ma la cui esplicitazione è tuttavia indispensabile per cogliere compiutamente la conformità del ragionamento operato dalla Corte con i postulati, ampiamente elaborati dalla giurisprudenza anteriore, del “diritto emergenziale”.

Il punto di debolezza dell’argomentazione giudiziale risiede nell’addebitare la sopravvenuta irragionevolezza delle misure di blocco contrattuale (con effetti sulla retribuzione) a un sistema di proroghe che protrae oltremodo nel tempo l’efficacia delle disposizioni. Qui sorge un primo interrogativo: se la crisi economico-finanziaria è particolarmente grave, come la Corte non manca ancora una volta di rilevare, e se i vincoli entro cui ci si muove sono assai stringenti in funzione dell’operare dei principi costituzionali e sovranazionali sull’equilibrio di bilancio, qual è il parametro che misura la legittimità o l’illegittimità della misura di blocco. Solo la durata nel tempo?

Come si è visto anteriormente<sup>59</sup>, l’eccessiva durata del blocco (e dei conseguenti sacrifici) inficia la legittimità del provvedimento di legge laddove s’incrocia con il mutamento del presupposto fattuale, ovvero allorquando il “fatto emergenziale” (la crisi) cessa o comunque regredisce al punto che la misura di austerità non sia più assistita dai requisiti di legittimità di cui si diceva poc’anzi. È in quel preciso momento che si spezza “il legame (...) fra fatto e norma, tra l’emergenza e la disciplina adeguata a farvi fronte”<sup>60</sup>.

E che le cose stiano così lo aveva del resto sostenuto, in un celebre precedente già menzionato, la stessa Corte Costituzionale (sent. n. 124/1991), evidenziando che l’elemento di temporaneità del provvedimento non è legato alla sua durata predeterminata mediante “l’indicazione di una precisa scadenza”<sup>61</sup>, bensì dipende dal permanere o al contrario dal cessare dell’emergenza

<sup>58</sup> RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, 27 luglio 2015, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>59</sup> V. *supra* par. 2.

<sup>60</sup> Ancora RUGGERI, *op. cit.*, il quale si dice dubbioso peraltro sul fatto che la crisi sia stata effettivamente superata; *in terminis* MOCHEGGIANI, *La tecnica decisoria della sentenza 178 del 2015: dubbi e perplessità*, 17 settembre 2015, [www.forumquadermicostituzionali.it](http://www.forumquadermicostituzionali.it).

<sup>61</sup> Del resto, come sottolinea BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e*

che lo ha legittimato. È il fatto della cessazione dell'emergenza, dunque, a rendere costituzionalmente illegittime misure che sino a poco tempo prima erano invece ragionevoli, avendo esse stesse contribuito al superamento della crisi medesima, ma ora private, nel mutato contesto, delle condizioni di legittimità<sup>62</sup>.

Per quanto riguarda i parametri di legittimità costituzionale che si assumono violati, si è detto che C. Cost. n. 178/2015 lo individua nell'art. 39, co. 1, Cost.

Si tratta di una significativa evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Ancora nella sentenza n. 219/2014 si legge che "l'autonomia collettiva può venire compressa o, addirittura, annullata nei suoi esiti concreti" allorché si tratti di perseguire ragioni di interesse superiore, qual è appunto il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica.

La sentenza n. 178/2015, partendo dal presupposto che il legislatore ha, attraverso il sistema delle proroghe, travalicato il limite della temporaneità delle misure, rileva il sopravvenuto *vulnus* all'art. 39 Cost., prefigurandosi, sottolinea la Consulta, il complessivo progetto di rendere strutturali le misure di blocco della contrattazione collettiva.

*Rebus sic stantibus*, genera non poche perplessità il contestuale rigetto della questione di legittimità costituzionale, proposta dai tribunali ravennate e capitolino, ai sensi dell'art. 36, co. 1, Cost. Rigetto che si fonda su un argomento di taglio *generale* e due *specifici*.

Il primo consiste nel richiamo a un principio situabile fra i *topoi* della giurisprudenza sulla retribuzione inadeguata ai sensi dell'art. 36, co. 1, Cost.: la violazione dei canoni costituzionali discende da una valutazione complessiva della situazione retributiva del ricorrente, e non da un'atomistica considerazione delle singole voci retributive. In altri termini, queste possono pure essere, in particolari circostanze, colpite da misure di legge, senza che ciò determini un profilo di violazione della proporzionalità e della sufficienza della retribuzione<sup>63</sup>.

*blocco della contrattazione fra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, p. 467, "non è possibile tracciare *ex ante* i limiti entro cui sia ragionevole, in relazione a situazioni economiche e sociali mutevoli nel tempo, sacrificare taluni interessi a preferenza di altri per raggiungere gli obiettivi del contenimento della spesa e del pareggio di bilancio".

<sup>62</sup> Significativo, da questo punto di vista, quanto affermato da C. CONTI, *Rapporto 2015 sul coordinamento della finanza pubblica*, Maggio 2015, p. 89, nel sottolineare l'esaurimento della "fase più severa della crisi economica al cui superamento hanno in parte contribuito anche le misure di contenimento della spesa per il personale pubblico".

<sup>63</sup> In tal senso, ancora di recente, C. Cost. 24 settembre 2015, n. 192 (spec. punto 6.2 del Considerato in diritto).

Gli argomenti *specifici* sono di natura statistica e normativa.

Il primo attiene allo squilibrio fra le retribuzioni dei lavoratori pubblici e privati a vantaggio dei primi (beneficiari di una “crescita incontrollata” dei loro stipendi), attestato da diverse relazioni della Corte dei Conti esplicitamente richiamate, al quale le misure in discussione avrebbero posto rimedio. Il secondo fa leva sul disposto dell’art. 1, co. 254, l. n. 190/2014 (l. di stabilità per il 2015) che avrebbe rimosso il meccanismo di blocco retributivo per i dipendenti contrattualizzati, mantenendo inalterato solo il blocco contrattuale, tanto da indurre la Corte a concentrare l’attenzione proprio su quest’ultimo.

Sull’argomento *generale* non è il caso di dilungarsi, se non per dire che la conclusione cui la Corte perviene appare eccessivamente *tranchant*, visto che, come si è giustamente rilevato, è difficile escludere *in toto* che un meccanismo di *wage freezing* di portata pluriennale, che blocca dunque la crescita della retribuzione al suo livello nominale per molti anni, non ridondi in alcun modo sulla tenuta del principio di proporzionalità<sup>64</sup>, ma forse ancor di più su quello di sufficienza retributiva<sup>65</sup>.

Sono piuttosto gli argomenti *specifici* a generare soverchi dubbi.

Col primo la Corte compie un’operazione invero abbastanza inconsueta, misurando la complessiva razionalità di una misura di legge in base a un parametro di omogeneizzazione statistica di “aggregati retributivi” collocabili in sfere diverse (il lavoro pubblico *versus* il lavoro privato).

In primo luogo va detto che, secondo accreditate opinioni, tale comparazione è scientificamente inappropriata<sup>66</sup> e comunque l’operazione di *reductio* del costo del lavoro dei dipendenti pubblici<sup>67</sup> non tiene conto dell’innescarsi di effetti macroeconomici negativi<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> Cfr., in riferimento a C. Cost. n. 310/2013, TROISI, *op. cit.*, p. 169 ss.

<sup>65</sup> Su cui in particolare ZOPPOLI L., *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in questa rivista, 2015, p. 386; v. anche FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l’ora della riscossa: la Corte dichiara l’incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2015, p. 1123; *contra* BARBIERI, *op. cit.*, pp. 474 e 475.

<sup>66</sup> Cfr. MÜLLER, SCHULTEN, *op. cit.*

<sup>67</sup> Stando a C. CONTI, *Rapporto 2015 sul coordinamento della finanza pubblica*, cit., “a partire dall’esercizio 2011 – il primo interessato all’applicazione delle misure – la diminuzione complessiva della spesa per redditi da lavoro è stata di circa il 5 per cento (8.7 miliardi in valore assoluto)”; per una più ampia rassegna statistica v. Aran, *Rapporto semestrale sulle retribuzioni dei dipendenti pubblici*, Giugno 2015.

<sup>68</sup> V. TRONTI, *La ripresa della contrattazione nel pubblico impiego. Presupposti finanziari e presupposti politici*, in *LPA*, 2015, p. 152; v. anche BARBIERI, *op. cit.*, p. 461.

Secondariamente, e soprattutto, non è chiaro il motivo per cui la Corte Costituzionale, un volta ampliato l'ambito di indagine alle misure di blocco nel loro insieme, comprese le più recenti proroghe, non abbia coerentemente assunto quale elemento di valutazione quantomeno la Relazione sul costo del lavoro pubblico esitata dalla Corte dei conti nel 2013<sup>69</sup>, in cui si legge che “il blocco delle procedure negoziali per un periodo di ben 5 anni per i soli pubblici dipendenti crea, in effetti, una situazione di *forte penalizzazione per una specifica categoria di lavoratori a fronte di una dinamica retributiva in crescita, seppur moderata, per i dipendenti privati*” (corsivo mio).

Il secondo argomento si palesa invero ancor più opinabile. La Corte sembra incorrere, infatti, in un errore di compiuta comprensione delle evoluzioni del quadro normativo in tema di blocchi retributivi / negoziali.

È vero infatti che la l. di stabilità per il 2015 ha rimosso, a partire dal 1° gennaio 2015, il “blocco” del trattamento economico fondamentale ed accessorio per i lavoratori non contrattualizzati. Tale rimozione è però evidentemente funzionale al ripristino, a partire dalla stessa data, del “valore economico” delle progressioni (economiche e di carriera), il cui costo finisce per rientrare per l'appunto nel trattamento accessorio del personale pubblico. Per il resto, invece, il blocco della contrattazione collettiva continua a generare, ancorché in modo mediato, la cristallizzazione del trattamento economico fondamentale e di buona parte di quello accessorio. Visto che è solamente nelle sedi negoziali che è possibile introdurre gli incrementi retributivi a regime per il personale non contrattualizzato.

Che le cose stiano così è dimostrato dalle disposizioni applicabili al personale non contrattualizzato (*ex art. 1, co. 256, l. n. 190/2014*). Per quest'ultimo, infatti, rimangono bloccati anche per il 2015 gli scatti e le classi stipendiali, nonché, indirettamente, gli adeguamenti automatici legati all'aumento del costo della vita, posto che questi si calcolano sulla base di una media ricavata dagli incrementi contrattuali per il personale contrattualizzato.

In definitiva, il nesso fra blocco contrattuale e blocco retributivo è talmente stretto, pur anche a seguito della legge di stabilità per il 2015, che solo a patto di un'evidente forzatura la Corte ha potuto sostenere l'irragionevolezza delle misure di blocco della prima (ai sensi dell'art. 39, co. 1, Cost.) e non delle seconde (*ex art. 36, co. 1, Cost.*)<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> C. CONTI, *Relazione sul costo del lavoro pubblico*, 2013, p. 21.

<sup>70</sup> Pur in termini più generali, v. RUGGERI, *op. cit.*: “la violazione dell'uno non può che

Si aggiunga conclusivamente che, stante il rigetto (ingiustificato) della questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 36, co. 1, Cost., diviene impercettibile la ragione per la quale la Corte abbia deciso di dichiarare (sin dal comunicato stampa che ha preceduto la pubblicazione della sentenza) che l'illegittimità costituzionale fosse da considerarsi "sopravvenuta" (dunque con effetto *ex nunc*)<sup>71</sup>. Tale precisazione si sarebbe compresa qualora la Corte avesse appunto accolto la censura per violazione del principio di adeguatezza retributiva, ponendosi il problema degli effetti di retroazione della pronuncia sulle retribuzioni non corrisposte ai dipendenti pubblici. In questo caso, peraltro, si sarebbe altresì configurato, per elementari ragioni di equità complessiva del sistema del lavoro pubblico, il collegato problema della spettanza retroattiva dei trattamenti economici non corrisposti, in virtù dei blocchi, alle categorie di personale non contrattualizzato.

Avendo invece dichiarato l'incostituzionalità esclusivamente ai sensi dell'art. 39, co. 1, Cost., la pronuncia "non appare idonea di per se stessa a provocare effetti economici diretti ed immediati"<sup>72</sup>, rinviando *naturaliter* alla fase di impulso alla ripresa della contrattazione collettiva, che non potrà che derivare, secondo i meccanismi *ex art.* 40 ss. d.lgs. n. 165/2001, dallo stanziamento economico previsto in legge di stabilità e dal successivo avvio delle procedure di negoziazione collettiva.

Potendo semmai prefigurarsi, solo a partire da questo momento, gli estremi per una domanda di risarcimento del danno da ritardata o mancata esecuzione dell'obbligo di avviare la procedura di rinnovo della parte economica del contratto collettivo, qualora oggetto di sentenza di accertamento del giudice ordinario resa ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 165/2001, come espressamente sancito da Trib. Roma 16 settembre 2015<sup>73</sup>.

essere la diretta, immediata e necessaria conseguenza della violazione dell'altro disposto, il primo [art. 39] facendo riferimento allo strumento e il secondo al fine [art. 36] per il suo tramite conseguito". Sull'elisione, nel ragionamento della Corte, dell'art. 36 Cost. v. anche DELFINO, *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, di prossima pubblicazione in *DRI*, 2016, n° 2 (spec. par. 2.1).

<sup>71</sup> Sul punto specificamente PINARDI, *La Consulta e il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di "incostituzionalità sopravvenuta"?*, 1° settembre 2015, [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it).

<sup>72</sup> BARBIERI, *op. cit.*, 476.

<sup>73</sup> Leggibile alla pagina *web* <http://2.flcgil.stgy.it/files/pdf/20150917/sentenza-7552-del-tribunale-di-roma-del-16-settembre-2015-blocco-contratti.pdf>. Per i primi riconoscimenti del "danno da mancato rinnovo", v. Trib. Reggio Emilia 26 febbraio 2016 e Trib. Parma, 17 marzo 2016, di cui danno notizia svariati organi di stampa *on-line*.

4.2. *L'illegittimità delle disposizioni che sospendono per un biennio la perequazione automatica delle pensioni: C. Cost. n. 70/2015*

La stagione della *restitutio in integrum* dei diritti sociali è stata inaugurata, appena un mese prima, da C. Cost. n. 70/2015, la quale ha sancito l'illegittimità costituzionale del blocco temporaneo della perequazione automatica delle pensioni introdotto dall'art. 24, co. 25, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, che, in riferimento al biennio 2012-2013, limitava la rivalutazione ai soli trattamenti previdenziali di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo Inps, con conseguente radicale esclusione di tutti i soggetti posizionati al di sopra di tale soglia.

Tale ultima misura rappresenta il più significativo portato, sul terreno previdenziale, della legislazione emergenziale<sup>74</sup>, in uno con l'art. 18, co. 22-bis, d.l. n. 98/2011, conv. in l. n. 111/2011 (come modificato dall'art. 24, co. 31-bis, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011), in tema di contributo di perequazione sui trattamenti pensionistici superiori a 90.000 euro lordi annui (c.d. contributo sulle "pensioni d'oro"), anch'esso peraltro dichiarato costi-

<sup>74</sup> In un contesto nel quale le ormai ineludibili istanze di complessiva *sostenibilità* del sistema previdenziale (prevalendo su quelle di *adeguatezza* dei trattamenti ai sensi dell'art. 38, co. 2, Cost.) hanno indotto una rifondazione dello stesso in un arco temporale grosso modo delimitato da due fondamentali provvedimenti legislativi: la l. n. 335/1995 (legge Dini) e il d.l. n. 201/2011 ("decreto Salva Italia"). Tale rivisitazione si è incentrata, fra gli altri, su due principi fondanti, influenzati da determinanti fattori di natura sociale, economico e demografico: il passaggio dal regime di calcolo retributivo a quello "contributivo della prestazione con l'impiego di parametri riferiti anche al futuro (attesa di vita e aspettative di sviluppo economico)", nonché "l'innalzamento secco" dell'età pensionabile (così BALANDI, *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *LD*, 2015, p. 320; ma v. anche PERSIANI, *Crisi economica e crisi del Welfare State*, in *DLRI*, 2013, spec. p. 650 ss.; SANDULLI P., *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *RDSS*, 2015, p. 692). Come si è da più parti evidenziato, il modello che ne è scaturito è già "ordinariamente" (a prescindere dunque dalle specifiche misure imposte dall'emergenza) esposto all'incidenza delle situazioni di crisi. Stante le peculiari modalità di calcolo della pensione contributiva (per l'operare dei parametri del "montante contributivo" e del "coefficiente di trasformazione"), le fasi recessive, per una serie di ragioni sulle quali non è possibile soffermarsi in dettaglio in questa sede, sono atte a determinare una diminuzione del valore reale dei trattamenti previdenziali: il che è esattamente ciò che si è verificato in occasione dell'ultima crisi economico-finanziaria (sul punto v. le puntuali analisi di AVIO, *Il difficile superamento delle categorie tradizionali: il dialogo tra legislatore e Corte costituzionale sulle pensioni di vecchiaia*, in *LD*, 2015, spec. pp. 441 e 445, nonché di LUDOVICO, *Sostenibilità e adeguatezza della tutela pensionistica: gli effetti della crisi economica sul sistema contributivo*, in *ADL*, 2013, p. 912 ss.).

tuzionalmente illegittimo da C. Cost. 5 giugno 2013, n. 116 (confermata da C. Cost. ord. 8 aprile 2014, n. 83), per violazione dell'art. 53 Cost.<sup>75</sup>.

Gli argomenti dedotti da C. Cost. n. 70/2015 per inferire l'illegittimità costituzionale del blocco delle perequazioni automatiche delle pensioni, sono i seguenti:

1) A monte, la Corte ricomponne, *ab origine*, il quadro “storico-evolutivo della materia” della perequazione automatica e delle norme che, in tempi diversi, hanno concorso a sterilizzarne temporaneamente, per ragioni di bilancio e contenimento della spesa, gli effetti (punti 5, 6 e 7 del Considerato in diritto). L'*excursus* non è certo fine a se stesso. Se ne ricavano anzi due elementi convergenti di estrema importanza nell'economia della sentenza: *i*) l'assetto normativo è strutturato in modo che “soltanto le fasce più basse siano integralmente tutelate dall'erosione indotta dalle dinamiche inflazionistiche o, in generale, dal ridotto potere di acquisto delle pensioni”; *ii*) dalla comparazione con le pertinenti disposizioni di legge sia anteriori, sia posteriori (in particolare l'art. 1, co. 483, lett. e) l. n. 147/2013) emerge che “la norma oggetto di censura si discosta in modo significativo dalla regolamentazione precedente. Non solo la sospensione ha durata biennale; essa incide anche sui trattamenti pensionistici di importo meno elevato”.

2) A ben vedere è proprio quest'ultimo aspetto, concernente l'impatto “indiscriminato”, anche sui redditi bassi, del blocco per il biennio 2012-2013, a costituire oggetto delle censure della Corte. Censure proposte *de relato*, richiamando cioè quanto statuito da C. Cost. 11 novembre 2010, n. 316<sup>76</sup>. Questa aveva convalidato la legittimità del blocco perequativo per l'anno 2008 (art. 1, co. 19, l. n. 247/2007), adducendo, fra l'altro, che tale blocco operasse

<sup>75</sup> Su C. Cost. n. 116/2013 cfr. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013, p. 206; v. anche, per un'acuminata critica, PERSIANI, *L'irragionevole confusione tra prelievo fiscale e solidarietà previdenziale*, in *ADL*, 2013, p. 937. Il contributo di solidarietà è stato riproposto, con diverse modalità tecniche finalizzate ad escluderne la qualificazione quale prelievo tributario, dall'art. 1, co. 486 e 487, l. n. 147/2013, in riferimento al periodo 2014-2016. Anche quest'ulteriore misura è stata rimessa al giudizio della Consulta: sulla vicenda v. CANNATA, *Contributo di solidarietà 2014: i pensionati d'oro tornano all'attacco. Alcune riflessioni in vista della pronuncia della Consulta*, 3 febbraio 2016, [www.forumquadrernicostituzionali](http://www.forumquadrernicostituzionali).

<sup>76</sup> Su cui D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche*, cit., p. 167 ss. Parla di “seguito annunciato” FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *DRI*, 2015, p. 840; sulla continuità fra le sentenze v. anche GIUBBONI, *La perequazione automatica delle pensioni tra legislatore e giudice costituzionale*, in *Politiche sociali*, 2015, p. 531.

“sulle pensioni superiori ad un limite d’importo di sicura rilevanza” (otto volte il minimo Inps) determinandosi “un trattamento differenziato di situazioni obiettivamente diverse rispetto a quelle, non incise dalla norma impugnata, dei titolari di pensioni più modeste”. Conclusivamente, la Corte indirizzava un monito al legislatore: “la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, esporrebbero il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità, perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere d’acquisto della moneta”.

Secondo l’avviso di C. Cost. n. 70/2015 tale monito “non è stato ascoltato” (punto 10 del Considerato in diritto). Il blocco della perequazione automatica sancito dal legislatore del 2011, oltre ad assumere un’inedita connotazione biennale, s’indirizza a una fascia amplissima di titolari di pensione, escludendo solo gli importi superiori a tre volte il minimo Inps e, per di più, con la certezza per i destinatari di scontare una perdita definitiva, posto che “le successive rivalutazioni saranno calcolate non sul valore reale originario, bensì sull’ultimo importo nominale, che dal mancato adeguamento è già stato intaccato” (punto 9).

3) Così disponendo, conclude la Corte, il legislatore ha intaccato un diritto fondamentale connesso al rapporto previdenziale e fondato sui parametri di proporzionalità e adeguatezza del trattamento di pensione, desumibile dal combinato degli artt. 36, co. 1 (intendendosi il trattamento di quiescenza quale retribuzione differita) e 38, co. 2, Cost., letto quest’ultimo alla luce dei principi di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.).

Numerosi commentatori hanno rilevato che il principale argomento tecnico-giuridico a fondamento della pronuncia sia costituito dal richiamo, da ultimo menzionato, al combinato disposto degli artt. 36 e 38 Cost.: argomento che ha suscitato non pochi rilievi critici.

*In primis*, il richiamo alla stretta correlazione fra le due disposizioni costituzionali rinvia a un precedente orientamento della Corte (la sentenza parla di “costante giurisprudenza”) il quale però, a ben guardare, si è formato in relazione a misure di legge concernenti le pensioni dei pubblici impiegati, con conseguente non immediata trasponibilità nel giudizio di costituzionalità in esame<sup>77</sup>. Secondariamente, la trasformazione del sistema pensionistico da

<sup>77</sup> Cfr. AVIO, *op. cit.*, p. 437.



“retributivo” in “contributivo” esclude che la logica della corrispettività/proporzionalità retributiva possa estendersi ai trattamenti previdenziali, tanto più che gli incrementi a fini perequativi ne costituiscono un elemento accessorio, sganciato dagli emolumenti che compongono la c.d. “base contributiva”<sup>78</sup>.

Su quest’assunto, autorevole dottrina ha finito per svalutare tale argomento, ritenendo invece determinante quello concernente la mancata prospettazione legislativa del “vincolo di scopo”<sup>79</sup>. Scrive infatti la Corte, in altro passaggio della motivazione, che non emerge “dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi”, ne consegue che, una volta acclarata la centralità costituzionale, in virtù del principio di adeguatezza della prestazione previdenziale, dell’interesse “dei pensionati, in particolar modo di quelli titolari di trattamenti previdenziali modesti (...) alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite”, tale diritto “risulta irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio” (punto 10 del Considerato in diritto)<sup>80</sup>.

Il punto è di fondamentale importanza, perché chiama in causa, sebbene in termini non adeguatamente approfonditi, i delicati rapporti fra il diritto alla tutela previdenziale e le garanzie di equilibrio finanziario che, attraverso la limitazione di tale tutela e in tempi di crisi, s’intendono perseguire.

Orbene, contrariamente alla dottrina poc’anzi richiamata, pare a chi scrive che l’approccio della Corte pecchi di eccessivo formalismo<sup>81</sup>. A tacere d’altro, è difficilmente superabile l’obiezione in forza della quale la Corte, aggrappandosi alla mancanza di un disegno specifico di riallocazione delle risorse derivanti dalla mancata perequazione, abbia messo in ombra un “fatto notorio” quale la crisi economico-finanziaria, che nel 2011 deflagrava in tutta la sua portata, al punto che la legislazione emergenziale di cui si discute (il “decreto Salva Italia”) verteva su una manovra di riduzione della spesa

<sup>78</sup> Cfr. MARASCO, *Considerazioni sull’atteggiamento dei giudici costituzionali circa i rapporti tra interessi individuali e interessi collettivi nella previdenza sociale*, in *ADL*, 2015, p. 901 ss.

<sup>79</sup> ALES, *op. cit.*, p. 469.

<sup>80</sup> Cfr. BOZZAO, *Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza “retributiva” o “redistributiva” della pensione?*, in questa rivista, 2015, p. 368; v. anche CINELLI, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, 2015, pp. 442 e 443.

<sup>81</sup> Sostanzialmente in tal senso FERRANTE, *Incostituzionale il blocco*, cit., 2015, p. 842; *contra* D’ONGHIA, *La Consulta ridà linfa all’effettività dei diritti previdenziali: la sentenza n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *RGL*, 2015, II, p. 380 ss.

pubblica di cui il blocco degli automatismi previdenziali costituiva, dichiaratamente, parte essenziale<sup>82</sup>.

Il richiamo alla carenza di indicazioni sulle finalità finanziarie del blocco appare pertanto come un “*escamotage* per non confrontarsi con la portata economica della questione”<sup>83</sup> e con il contrappeso dell’art. 81 Cost. sulla valenza dell’equilibrio di bilancio. L’artificio consente di spostare il *focus* del giudizio di ragionevolezza sul versante del diritto sociale “aggredito” dalla norma limitativa, in un contesto argomentativo che *bypassa* il dato (oggettivo: come detto la Corte “non poteva non sapere”<sup>84</sup>) della contingenza di grave crisi in cui la misura venne adottata.

Vi sono due *rationes* che, tuttavia, vanno opportunamente considerate per comprendere (e in qualche modo dare un senso al) la forzatura che la Corte compie nel momento in cui comprime, a favore del primo, i termini del giudizio di bilanciamento fra diritto alla tutela previdenziale e ragioni economico-finanziarie.

Anzitutto, prevale nella Corte l’esigenza (si direbbe “etica”<sup>85</sup>) di far valere la “*vis* costituzionale” del diritto alla tutela previdenziale, a costo di de-strutturare assetti gerarchici consolidati in giurisprudenza intorno al “peso” prevalente degli equilibri di bilancio di cui all’art. 81 Cost.<sup>86</sup>. Non è per nulla secondario il fatto che l’istanza di tutela si concentri sui pensionati a basso reddito, come la Corte rimarca più volte in motivazione.

Dunque, la Corte, la quale non può non avere presente lo stato di emergenza nel cui contesto le misure vennero adottate, ritiene prevalenti quei principi/valori, *in primis* di solidarietà ed eguaglianza sostanziale, incastonati nella tavola costituzionale e nel cui nome ragionevolezza e proporzionalità

<sup>82</sup> V. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l’ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, 20 maggio 2015, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); similmente GHERA F., *Il blocco della perequazione delle pensioni tra Corte Costituzionale e legislatore*, in *GCost*, 2015, p. 992.

<sup>83</sup> Cfr. ANZON DEMMIG, *Un’inedita altalena nella giurisprudenza della Corte sul principio dell’equilibrio di bilancio*, in *GCost*, 2015, p. 683.

<sup>84</sup> V. in tal senso PESSI, *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, in *MGL*, 2015, p. 402.

<sup>85</sup> MARASCO, *op. cit.*, p. 900.

<sup>86</sup> Cfr. CINELLI, *Illegittimo il blocco*, cit., p. 444; CHIECO, *op. cit.*, p. 371; D’ONGHIA, *La Consulta ridà linfa*, cit., p. 379; GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte Costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *LG*, 2015, p. 690. Circa la prevalenza in sede di giudizio di bilanciamento, nella giurisprudenza formatasi dagli anni ’90 in poi, delle compatibilità finanziarie nel contesto degli equilibri della spesa pubblica v. CINELLI, *I livelli di garanzia nel sistema previdenziale*, in *ADL*, 1999, p. 67 ss.

vanno declinati, senza che si affermino spazi di immunità per opzioni legate all'emergenza finanziaria<sup>87</sup>.

Ma v'è probabilmente dell'altro. La Corte opera una valutazione "ora per allora". Ebbene, questa non può non essere stata condizionata dall'intervenuto mutamento delle condizioni del quadro economico-finanziario. Nel momento in cui la Corte è chiamata a decidere, quella situazione si è sicuramente evoluta in meglio rispetto agli anni più bui della crisi, nei quali invece maturava il "duro" provvedimento del 2011. Ciò conferisce alla decisione un valore che è anche "politico" e che, se si vuole, annuncia il cambio di rotta, in tema di tutela dei diritti sociali in tempi di ripresa economica, che sarà poi ulteriormente assecondato da C. Cost. n. 178/2015<sup>88</sup>.

Certo, resta un ulteriore dubbio: se l'obiettivo della pronuncia è quello di tutelare, in fin dei conti, i pensionati a basso reddito perché adottare una sentenza di accoglimento totale e non fare ricorso a diverso strumento, quale l'accoglimento parziale o l'additiva di principio, al fine di limitare gli effetti solo ai percettori di redditi bassi, in linea per l'appunto con i *desiderata* della stessa Corte<sup>89</sup>?

##### 5. Notazioni conclusive

Seppure non sovrapponibili, le due sentenze rese dalla Corte Costituzionale nel 2015 manifestano un valore "politico" di primaria rilevanza. Esse sanciscono, infatti, la conclusione della stagione emergenziale connessa alla crisi degli ultimi anni, nella sua declinazione socialmente regressiva. La sentenza n. 70/2015 lo fa con una certa dose di spregiudicatezza e a costo di non lievi forzature; la n. 178/2015 in maniera più distesa e con maggiore completezza di argomenti tecnici.

Sul piano giuridico-costituzionale, si riafferma complessivamente il principio in forza del quale la crisi economico-finanziaria non può determinare la compressione *sine die* dei livelli di garanzia dei diritti sociali, scongiurandosi il rischio del *trade-off* fra diritti sociali e compatibilità economico-finanziarie,

<sup>87</sup> Cfr. GIUBBONI, *La perequazione automatica*, cit., p. 530.

<sup>88</sup> Sui nessi fra le due sentenze della Corte Costituzionale rese nel 2015 v. GRASSO G., *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 6 febbraio 2016, p. 7 ss.

<sup>89</sup> In tal senso ANZON DEMMIG, *op. cit.*, 2015, p. 681; GHERA F., *op. cit.*, pp. 994 e 995.

a vantaggio di queste ultime, paventato dalla dottrina<sup>90</sup>. Permane una sfera dei diritti che rimane “intangibile” e “sottratta ad ulteriori bilanciamenti” e che finisce per commisurarne il “nucleo essenziale”<sup>91</sup>.

Queste considerazioni non debbono però oscurare la consapevolezza degli ostacoli che si frappongono al ripristino di una “normalità” nei rapporti fra la sfera dei diritti sociali (specie quelli “che costano”) e le ragioni economico-finanziarie.

La crisi ha davvero lasciato il segno e, nel caso italiano, contrassegnato da specificità negative (*in primis* un grave problema di debito pubblico), ciò rinvia all’esigenza di rigorosa osservanza dei vincoli di spesa pubblica, nella consapevolezza per cui le risorse per il “finanziamento” dei diritti sociali andranno, a regime, oculatamente gestite.

Si guardi agli effetti *direttamente connessi* alle sentenze del 2015. Il fatto che le ragioni dell’equilibrio finanziario restino in cima alle preoccupazioni dei decisori pubblici spiega come mai la normativa che dà attuazione al *dictum* di C. Cost. n. 70/2015 sia stata congegnata secondo un criterio di rigorosa modulazione dei rimborsi previdenziali che ha soddisfatto del tutto parzialmente gli interessi dei beneficiari (al punto, com’è noto, da escludere del tutto una parte di essi, in quanto percettori di pensioni più elevate)<sup>92</sup>: del resto è lo stesso art. 1 d.l. n. 65/2015 (conv. in l. n. 109/2015) a situare espressamente le misure adottate nel quadro dei principi dell’equilibrio di bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica oltre che dei vincoli di solidarietà intergenerazionale<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> PIZZUTI, *Su economia e politica dei diritti*, in questa rivista, 2015, spec. pp. 259 e 260.

<sup>91</sup> PINO, *op. cit.*, pp. 618 e 619; v. anche CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, 2015, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it).

<sup>92</sup> E infatti l’adozione del d.l. n. 65/2015 – assai parzialmente attuativo del *dictum* giudiziale – sta generando una seconda tornata di giudizi di legittimità costituzionale: v. in tal senso Trib. Palermo, ord. 22 gennaio 2016 e Trib. Brescia, ord. 8 febbraio 2016.

<sup>93</sup> Sul punto v. specificamente GAROFALO, *op. cit.*, pp. 692 e 693; GIUBBONI, *La perequazione automatica*, cit., p. 534. A questo riguardo, vale la pena rilevare come, secondo un’autorevole opinione, C. Cost. n. 70/2015 abbia invece del tutto ignorato il principio di solidarietà intergenerazionale, attardandosi nella tutela di “diritti quesiti”, con l’effetto di penalizzare, ancora una volta, le aspettative delle giovani generazioni (v. PERSIANI, *Ancora incertezza su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *GI*, 2015, p. 1185; ma già ID., *L’irragionevole confusione*, cit., pp. 944 e 945). L’argomento, pur di indubbia rilevanza, non è però determinante: si potrebbe controbattere che la Corte, a torto o a ragione, dia del principio di solidarietà fra le generazioni una sorta di lettura “inversa”, giusta la quale è la solidarietà fra “anziani pensionati e giovani inoccupati appartenenti al medesimo nucleo familiare” a risolvere le tensioni sociali acuite dalla

Ma anche lo “sblocco” della contrattazione collettiva in funzione di determinazione dei trattamenti economici dei dipendenti pubblici non va oltre, stando al disposto della l. n. 208/2015 (l. di stabilità per l’anno 2016), a quanto consentito da uno stanziamento governativo di importo oggettivamente modesto (poche centinaia di milioni di euro), secondo un approccio prudente che, del resto, la stessa Corte dei Conti va predicando, allorquando avverte che “la fisiologica ripresa dell’attività negoziale” è da condursi “sulla base di parametri di crescita retributiva compatibili con il quadro programmatico dell’evoluzione della finanza pubblica”<sup>94</sup>.

Se dunque, tecnicamente, l’austerità regredisce al regredire della crisi, è pur vero che l’omeostasi del sistema è contrassegnata da un criterio di “ragionevole prudenza”, cui i decisori pubblici sono chiamati a rifarsi nell’operare quelle scelte che, se in futuro potranno prescindere “dall’effetto crisi”, non potranno non tenere conto, in un più ampio contesto di vincoli, “dell’effetto Paese e dell’effetto Ue”<sup>95</sup>.

crisi (così MINENNA, *Le condizionalità imposte dal Fiscal Compact e gli impatti sul sistema previdenziale italiano*, in *RDSS*, 2014, p. 33). In questa prospettiva, la difesa del valore reale dei trattamenti previdenziali assurge a strumento di attuazione dell’art. 38, co. 2, Cost., in combinato disposto con l’art. 2 Cost.

<sup>94</sup> C. CONTI, *Rapporto 2015 sul coordinamento della finanza pubblica*.

<sup>95</sup> Per dirla con FERRERA, *op. cit.*, X. In verità, per quanto riguarda i vincoli europei, qualche segnale di allentamento proviene dalla Comunicazione della Comm. UE del 13 gennaio 2015 “Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del Patto di stabilità e crescita”, nonché dal fatto che l’Italia ha ottenuto dalle istituzioni UE, per due anni consecutivi, il rinvio del c.d. “equilibrio strutturale” di bilancio.

### **Abstract**

Secondo la prospettiva accolta dal presente contributo, la crisi economico-finanziaria degli ultimi anni si configura quale “fatto emergenziale” produttivo di misure di austerità incidenti in senso regressivo sui diritti sociali, quali in particolare il diritto alla retribuzione e alla tutela previdenziale. Come già accaduto in passato, sulla legittimità di tale legislazione si è pronunciata la Corte Costituzionale, nella logica del difficile bilanciamento fra diritti sociali ed equilibri di finanza pubblica. L'autore mette in luce come la graduale transizione da una situazione di crisi ad una di ripresa economica (con la conseguente fine della fase emergenziale) induca un cambiamento nell'approccio della giurisprudenza costituzionale, in chiave di recupero della dimensione di tutela dei diritti sociali.

According to the perspective embraced in this article, the economic and financial crisis of the last few years assumes the form of a “state of emergency”, giving rise to austerity measures that regressively affect social rights, such as the right to remuneration and social protection. As happened in the past, the Constitutional Court stated with regards austerity legislation, in the perspective of a difficult balancing between social rights and public finance policies. The Author points out how the gradual transition from a context of crisis to one of economic recovery – with the consequent ending of the emergency phase – induces a shift in the approach of constitutional judges, towards a restoration of social rights protection's attitude.

### **Key words**

Crisi, austerità, diritti sociali, retribuzione, previdenza, Corte Costituzionale.

Crisis, austerity, social rights, wages, social security, Constitutional Court.

**Michele Faioli**

**Prassi e teoria delle relazioni collettive  
nelle imprese di minori dimensioni del Terziario:  
la disarmonica identità di R.ETE. Imprese Italia**

**Sommario:** **1.** La posizione del tema per le PMI e dell'indagine in materia di relazioni collettive nel terziario. **2.** Due elementi strutturali da cui muovere l'analisi: la giurisprudenza sulla dissociazione di Federdistribuzione da Confcommercio. **3.** (*Segue*) ... la legge di stabilità 2016 e il *welfare* contrattuale per le PMI. **4.** L'accordo sulla rappresentanza Confcommercio del 2015. **5.** Quali sono le opzioni ulteriori. Cosa trarre per le relazioni industriali delle PMI dalla struttura di R.ETE. Imprese Italia. Un soggetto con aspirazioni di rappresentanza delle PMI. **6.** Quale legittimità di R.ETE. Imprese Italia nell'esercizio del diritto di negoziazione. Ipotesi teoriche e futuro. Dall'auto-determinazione alla legge sulla rappresentanza.

*1. La posizione del tema per le PMI e dell'indagine in materia di relazioni collettive nel terziario*

La giurisprudenza recente e l'accordo sulla rappresentanza di Confcommercio hanno tradotto in termini problematici alcune vicende che si ritenevano, almeno sino a qualche tempo fa, prive di vere criticità.

La prospettiva di questo saggio è connessa a una visione teorica sul futuro delle relazioni collettive nel settore del terziario. L'analisi da cui muoviamo è del tutto fattuale. Essa indaga i temi dell'efficacia del contratto collettivo del terziario nell'ambito di una "dissociazione" della federazione che raccoglie la grande distribuzione organizzata (Federdistribuzione) e di Confesercenti dal contratto collettivo nazionale, stipulato da Confcommercio nella primavera del 2015 con le tre organizzazioni di settore (Filcams-Cgil, Fisascat - Cisl, UilTucs). L'analisi riguarda la giurisprudenza recente che ha gestito quei fenomeni di dissociazione, con riferimento specifico agli effetti che ricadono sui diritti di natura retributiva dei lavoratori. In particolare, in-

crementi retributivi nel rinnovo del 2015 e prestazioni di bilateralità sono ritenuti, a seconda della giurisprudenza studiata, vincolanti o meno per i datori di lavoro che aderiscono a Federdistribuzione o a Confesercenti. In queste vicende si inserisce anche il recente accordo sulla rappresentanza firmato da Confcommercio. Tale accordo è volto a creare uno schema equipollente agli accordi 2011-2014 sulla rappresentanza. Ci sono, tuttavia, una serie di problemi da indagare che riguardano la capacità rappresentativa di Confcommercio nel settore del terziario.

L'ipotesi teorica che si vuole prospettare mira a disporre un quadro di elementi da cui poter trarre un ruolo sindacale unitario per R.ETE. Imprese Italia. In questo senso R.ETE. Imprese Italia, nella visione teorica qui proposta, potrebbe aver titolo per una contrattazione collettiva c.d. unica, volta a stabilire norme dirette ad affermare il principio di competenza esclusiva delle associazioni che a essa aderiscono (Casartigiani, CNA, Confartigianato, Confcommercio, Confesercenti).

Di qui deriverebbe anche un sistema stabile di mutuo riconoscimento a cui seguirebbero norme di riserva di competenza contrattuale, norme sul dissenso e sulle maggioranze vincolanti, norme su un corretto decentramento contrattuale: lo scopo sarebbe fissare in via unitaria norme di organizzazione per lo svolgimento di procedimenti intersindacali nel settore del terziario e in tutti i settori riferiti alla contrattazione collettiva nazionale delle cinque organizzazioni istitutive di R.ETE. Imprese Italia.

Il saggio è composto di sei paragrafi, di cui i primi quattro sono volti all'analisi dei problemi, cogliendo nella giurisprudenza, nella legge di stabilità 2016 e nelle relazioni sindacali recenti spunti per inquadrare la complessità del sistema della rappresentanza delle PMI nel terziario e, in generale, nei settori in cui le associazioni aderenti a R.ETE. Imprese Italia operano. Nel quinto e nel sesto paragrafo si delinea la proposta teorica sul ruolo sindacale di R.ETE. Imprese Italia. Proposta che ovviamente è destinata a scontrarsi con la tradizionale anomia del sistema sindacale italiano.

## 2. *Due elementi strutturali da cui muovere l'analisi: la giurisprudenza sulla dissociazione di Federdistribuzione da Confcommercio*

Ci sono almeno due elementi del sistema italiano da cui deve muovere l'analisi. Da una parte, la giurisprudenza che valuta i fenomeni di dissocia-



zione dal contratto collettivo nazionale, operato da federazioni *vs.* confederazioni imprenditoriali (nel nostro caso Federdistribuzione si dissocia da Confcommercio). Dall'altra vi è la legge che impone all'articolazione aziendale o territoriale, sulla spinta della premialità e della produttività, di definire assetti e discipline a livello decentrato.

Sono questi due elementi strutturali del nostro sistema che caratterizzano, con tonalità diverse, la "normale" vicenda delle relazioni collettive di molti settori produttivi. Non sono più annoverabili, per essere più chiari, tra le casuali eccezioni di un sistema sindacale complesso: quegli elementi sono strategie deliberatamente poste in essere per dare risposte alla crisi che l'economia globale subisce e in cui la competizione dei datori di lavoro si attua.

Sulla dinamica giurisprudenziale si deve fare un quadro sintetico di introduzione. Nel mese di marzo 2015 Confcommercio ha rinnovato, separatamente da Confesercenti, il ccnl Terziario, Distribuzione e Servizi - TDS, con le tre organizzazioni sindacali di riferimento (Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e UilTucs). Questo rinnovo del ccnl TDS ricostituisce una certa unità negoziale al tavolo tra Confcommercio e le tre organizzazioni sindacali, tenendo presente che nel 2011 Filcams-Cgil, anche per i fatti che attenevano alla mancata adozione dell'accordo quadro del 2009 da parte di Cgil, non aveva sottoscritto il ccnl TDS. Allo stesso tempo questo rinnovo pone una serie di questioni di efficacia soggettiva del ccnl TDS del 2015. Confesercenti, al momento (i.e. gennaio/febbraio 2016), non ha sottoscritto il ccnl TDS del 2015, con le conseguenze note per i datori di lavori che, aderendo a Confesercenti, sebbene vi sia il ccnl TDS 2015, restano vincolati al ccnl TDS 2011. Il che determina una coesistenza, in termini certamente concorrenziali, dato l'incremento delle tariffe salariali con il rinnovo recente (circa 85 euro), tra il ccnl TDS 2015 e quello del 2011, il quale è in regime di ultrattività e *sub* fase di ulteriore negoziazione tra Confesercenti, Filcams-Cgil, Fisascat-Cisl e UilTucs. Il ccnl TDS 2011 fu sottoscritto, per parte datoriale, da Confcommercio, e successivamente da Confesercenti, nonché, dall'altra parte, da Fisascat-Cisl e UilTucs, ma non da Filcams-Cgil<sup>1</sup>. Il quadro si complica

<sup>1</sup> Sul tema si v. BAVARO, *Accordi separati ed enti bilaterali*, in *RGL*, 2010, I, pp. 109-124. In giurisprudenza si v. Trib. Monza 6 ottobre 2009 che afferma la coesistenza di due contratti nazionali qualora il contratto collettivo non sia stato sottoscritto da tutte le parti di quello precedente, che resta ultrattivo, nonché i noti casi Fiom-Cgil su cui si v. ZOPPOLI L., *Pluralità di contratti collettivi nazionali, condotta antisindacale e trattamenti discriminatori*, in *RIDL*, 2011, II, pp. 709-716, il quale si domanda "Se il sistema di contrattazione si sviluppa su una pluralità di con-

ulteriormente se si osserva che Federdistribuzione si è dissociata da Confindustria nel 2011 e dal relativo sistema contrattuale nel 2013. Alcuni datori di lavoro della grande distribuzione organizzata applicano il ccnl TDS 2011 mentre altri lo applicano solo in parte, essendosi svincolati dalle norme (e dai relativi costi) connesse a enti e fondi bilaterali. Federdistribuzione non intende sottoscrivere il ccnl TDS 2015. Dal 2015 l'assetto di rappresentanza dei lavoratori è unitario, l'assetto datoriale si appoggia, invece, su contrattazione collettiva separata e concorrenziale.

Ora, alla luce di tali vicende, la giurisprudenza che si è inizialmente sviluppata su queste tematiche è interessante perché tratta gli aspetti che attingono alla efficacia delle clausole istitutive della bilateralità ed all'estensione dei relativi obblighi contributivi nonché del regime di prestazioni di welfare contrattuale<sup>2</sup>. In seconda battuta, la giurisprudenza, e in particolare il Tribunale di Milano, con sentenza del 18 dicembre 2015, ha chiarito alcuni punti determinanti per comprendere dove sono le relazioni sindacali nel settore del terziario: “la Federdistribuzione, alla quale aderirebbe il datore di lavoro [nel caso specifico La Rinascente, *nda*], sarebbe uscita dalla Confindustria il 22 dicembre del 2011 ed avrebbe dato disdetta del ccnl Terziario Distribuzione e Servizi con la lettera del 25/1/13. Successivamente, la Federdistribuzione sarebbe stata, così, l'unico interlocutore nei confronti delle organizzazioni sindacali e, in generale, per le imprese della distribuzione

tratti nazionali (che peraltro può assumere una molteplicità di varianti qui impossibili da prendere compiutamente in esame), perché il singolo datore di lavoro dovrebbe essere tacciato di condotta antisindacale per il solo fatto che applica un contratto nazionale stipulato legittimamente con alcuni sindacati e non con altri? Quel comportamento, in linea di massima, non è né discriminatorio né antisindacale; e la cosa non cambia se lo si guarda sotto il profilo soggettivo o sotto quello oggettivo”.

<sup>2</sup> Per ciò che consta, si tratta prevalentemente di ricorsi *ex art.* 28 l. 20 maggio 1970, n. 300, proposti da UilTucs avverso datori di lavoro aderenti a Federdistribuzione. La UilTucs conviene in giudizio l'azienda, lamentando l'avvenuta disdetta ad opera della Federdistribuzione (a seguito del recesso da Confindustria) del ccnl TDS (firmato da Confindustria, Fisacat-Cisl e UilTucs ed applicato dalla convenuta sino al 31 dicembre 2013) e la conseguente condotta antisindacale dell'azienda, aderente a Federdistribuzione. Secondo l'impostazione di UilTucs, Federdistribuzione avrebbe violato i principi di libertà sindacale, cessando di applicare il vigente ccnl TDS e adottando un sistema bilaterale di assistenza integrativa (i.e. Previassll) che è sostitutivo di quello creato mediante il ccnl TDS (Fondo Est e Qu.Ass). I giudici del lavoro hanno rigettato i ricorsi UilTucs, ritenendo “facoltativa” l'obbligazione contributiva a favore della bilateralità fissata dal ccnl TDS. Tra i provvedimenti più interessanti si v. Trib. Torino 3 ottobre 2014; Trib. Milano 25 settembre 2014; Trib. Milano 24 aprile 2014.

moderna, anche con riferimento alla posizione dell'opponente" nonché "per i sindacati dei lavoratori era mutato, con tali atti, l'interlocutore con riferimento alle aziende della GDO [grande distribuzione organizzata, *nda*] associate alla Federdistribuzione (come LA RINASCENTE SPA) che, per l'appunto, avevano conferito il potere di rappresentanza a quest'ultima e non più alla Confcommercio. È chiaro come, in relazione alla scadenza del 31/12/13 del ccnl, con tale missiva, la Federdistribuzione abbia inteso dare comunicazione, con abbondante anticipo (sin dal 25/1/13), ai sindacati del mutamento di interlocutore e di come questo non intendesse rinnovare il ccnl TDS, escludendo, così, ogni eventuale dubbio circa un comportamento concludente di adesione allo stesso. Dispone, infatti, l'art. 244 del ccnl che il contratto s'intenderà rinnovato se non disdetto tre mesi prima della scadenza, con raccomandata a.r.". Il Tribunale di Milano chiude il ragionamento sul rigetto del ricorso, sottolineando che i sindacati, avrebbero dovuto, a tal punto, trattare con un nuovo soggetto, e cioè Federdistribuzione. Il giudice del lavoro ritiene che non esistono altre modalità che Federdistribuzione avrebbe dovuto seguire per informare che, dopo la scadenza, non avrebbe aderito al ccnl TDS. E ciò, leggendo la sentenza, si giustifica per il fatto che non si può "imporre alle società aderenti alla stessa, tra le quali LA RINASCENTE SPA, di mantenere il potere di rappresentanza in capo alla Confcommercio (alla quale sarebbe, dunque, rimessa ogni valutazione, anche con riferimento alla disdetta), con violazione, però, a tal punto, del principio di libertà di adesione sindacale di cui all'articolo 39 Cost.". Per il giudice di Milano non ci sarebbero problemi di comparazione tra ccnl 2011 e ccnl 2015 rispetto al principio dell'art. 36 Cost.: entrambi i contratti collettivi sono in linea con il principio costituzionale della sufficienza e della proporzionalità. Ed è questo il punto di svolta sulla legittimità della dissociazione di qualunque federazione rispetto alla confederazione che prosegue nel negoziato di un contratto collettivo. È, dunque, questa una forma di decentramento che diviene incontrollabile.

Ovviamente tale giurisprudenza potrebbe essere richiamata anche in altri ambiti del terziario, in cui altre federazioni di Confcommercio e Confeferenti operano. Insomma, tutto ciò non è un caso isolato. Esemplificativamente si osservi il sistema delle agenzie assicurative in gestione libera, nel quale si è verificato un fenomeno altrettanto interessante. Da una parte, alcune aggregazioni imprenditoriali (FNA, ANAPA e UNAPASS) hanno sottoscritto il contratto collettivo nazionale con Fisac-Cgil, Fiba-Cisl e Uilca

nel novembre 2014, e dall'altra l'organizzazione imprenditoriale più rappresentativa del settore (SNA) ha avviato le negoziazioni con Fesica/FisalsConfisal, giungendo a un ccnl, significativamente meno oneroso, nel medesimo periodo, per ambiti di applicazione totalmente coincidenti<sup>3</sup>. In questo quadro le quattro organizzazioni imprenditoriali (FNA, ANAPA, UNAPASS e SNA) si stanno ricollocando nei (o dissociando dai) sistemi contrattuali e istituzionali di Confcommercio e Confesercenti, con riflessi sulla bilateralità e sui relativi obblighi di adempimento contributivo. Il medesimo discorso potrebbe essere aperto per il settore della panificazione. Invece, guardando a esperienze positive del terziario, in linea opposta, nel campo della previdenza complementare, ci sono stati passaggi contrattuali del 2010, quando si decise di far confluire nel medesimo fondo, istituito per parte datoriale da Confcommercio, le forme pensionistiche riferibili a alcuni fondi pensione, istituiti da Confesercenti e associazioni del settore dell'artigianato, non più in linea con i limiti di adesione fissati da Covip<sup>4</sup>. Il che avvenne in questo medesimo ambito delle relazioni sindacali italiane (e cioè quello delle PMI), con accordi sindacali che gestiscono il trasferimento delle posizioni previdenziali.

In altri paesi europei i problemi di dissociazione datoriale o di federazioni da confederazioni sono a oggi ancora aperti. Si potrebbero osservare alcuni elementi dell'ordinamento francese e dell'ordinamento tedesco<sup>5</sup>. Esi-

<sup>3</sup> Sul punto si v. anche la recente nota del Ministero del Lavoro n. 32/0005623/MA001.A002 del 24 marzo 2015, mediante la quale si invitano le DTL a vigilare, nel settore delle agenzie assicurative in gestione libera, in ordine al contratto applicato al fine di garantire il pieno rispetto sia della disciplina in materia di regolarità contributiva e assicurativa che della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro.

<sup>4</sup> Nel settembre del 2010 verso il fondo pensione Fon.Te, riferibile a Confcommercio, per indicazione specifica di accordo sindacale, sono state fatte confluire le forme pensionistiche di Confesercenti (Fondo pensione Marco Polo) e degli artigiani (ArtiFond).

<sup>5</sup> Mi limito a rinviare a studi molto recenti. Sul caso francese si v. MINOLFI, *Come cambia il sistema francese di relazioni industriali: prospettive e prerogative della contrattazione aziendale*, in questa Rivista, 2015, pp. 89-113; PESKINE, *Il contratto collettivo aziendale al centro del riordino del sistema delle fonti in Francia*, in *DLRI*, 2015, pp. 315-330; sul caso tedesco si v. BORZAGA, *Il decentramento "controllato" della contrattazione collettiva nella repubblica federale tedesca come antidoto alla crisi economica: realtà o mito?*, in *DLRI*, 2015, pp. 275-293. Sia anche consentito richiamare il mio studio comparativo sui sistemi della Francia e della Germania, FAIOLI, *Oltre la continuità. La contrattazione collettiva decentrata*, in *RIDL*, 2012, I, pp. 481-519. Per la Germania, più recentemente, e in particolare sull'*OT Status*, cioè la dissociazione del datore dall'organizzazione imprenditoriale, si v. FAIOLI, HAIPETER, *Germania, relazioni industriali e condizioni di (quasi) successo. Spunti comparativi sulle strutture delle organizzazioni e della contrattazione collettiva. Il caso studio del settore energia*, in

stono risposte, forse più efficaci, rispetto alla fuga del datore di lavoro dal contratto collettivo. Ci sono elementi e prassi, che incidendo sul decentramento contrattuale, rispondono al problema della dissociazione dall'organizzazione imprenditoriale<sup>6</sup>. Con particolare riferimento al caso francese, l'art. L. 2151-1 del codice del lavoro, modificato con l. 5 marzo 2014, n. 288, ha fissato i criteri per la rappresentanza delle organizzazioni imprenditoriali “*au niveau national et interprofessionnel*”. Ciò è stato introdotto nell'ordinamento francese per permettere alle organizzazioni rappresentative alcune agibilità finanziarie, nell'ambito delle istituzioni paritetiche<sup>7</sup>. Tra i criteri di rappresentatività, oltre alla trasparenza dei bilanci, diffusione territoriale e alla conformazione ai principi costituzionali repubblicani, vi sarà, a partire dal 2017, la misurazione quadriennale, per settore industriale, della rappresentatività, con una soglia minima di accesso dell'8%.

### 3. (Segue) ... la legge di stabilità 2016 e il welfare contrattuale per le PMI

Passiamo a questo punto alla legge e alla spinta sulla contrattazione decentrata che premia la produttività. Osserviamo, in particolare, la legge di stabilità 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, co. 182-190), la quale, da un punto

CARRIERI, NEROZZI, TREU, *La partecipazione incisiva. Idee e proposte per rilanciare la democrazia nelle imprese*, il Mulino, 2015, pp. 193 ss.

<sup>6</sup> Una disamina comparativa muove necessariamente dall'analisi sul decentramento contrattuale e sulla disarticolazione del sistema italiano. Si segnalano, a tal proposito, alcuni studi sul quadro complessivo delle criticità che il diritto sindacale italiano sta affrontando in questa fase di crisi economica: ZOPPOLI L., *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un'analisi della strumentazione giuridica*, in *RGL*, 2015, I, pp. 29-48; ID., *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in *LD*, 2015, pp. 414-435. Si v. anche PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2015, pp. 411-453.

<sup>7</sup> Per il sistema francese “*La représentativité des organisations professionnelles d'employeurs est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants: Le respect des valeurs républicaines; L'indépendance; La transparence financière; Une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts; L'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience; L'audience, qui se mesure en fonction du nombre d'entreprises adhérentes et, selon les niveaux de négociation, en application du 3° des articles L. 2152-1 ou L. 2152-4*” (art. L. 2151-1 del codice del lavoro). La riforma del 2014 e del 2015 è posta, simbolicamente, nella revisione del sistema di finanziamento della bilateralità e dei fondi paritetici per assistenza/previdenza privata (si v. Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 – art. 31 e Loi n° 2015-994 du 17 août 2015 – art. 23). Si v. per una prima analisi ANTONMATTEI, *La représentativité patronale: première lecture d'une réforme attendue*, in *DS*, 2014, pp. 233-238.

di vista strategico-politico, ha collegato la produttività al *welfare* aziendale, passando per una riforma parziale del t.u.i.r. (d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917). La finalità del legislatore è evidentemente quella di promuovere il *welfare* aziendale e, contestualmente, quella contrattazione collettiva decentrata che regoli il *welfare* aziendale. Per i giuristi del lavoro non è una novità: sgravi di produttività, con meccanismi, più o meno innovativi, accelerano o supportano il perfezionamento di contratti collettivi aziendali/territoriali che fissano alcuni schemi assistenziali o prestazioni che favoriscono il benessere individuale e/o del nucleo familiare del lavoratore. Il premio di produttività, secondo una certa tempistica e per volontà del lavoratore, può essere convertito in tali schemi assistenziali o prestazioni. Si noti, però, che con la legge di stabilità 2016 si premia in modo significativo tale volontà di conversione (si v. l'art. 1, co. 189 che stabilisce che “il limite di cui al co. 182 è aumentato fino ad un importo non superiore a 2.500 euro per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, con le modalità specificate nel decreto di cui al co. 188”). Il punto nevralgico di questa disciplina è quello che attiene al c.d. coinvolgimento paritetico nell'organizzazione del lavoro per accedere all'ulteriore sconto fiscale. Nelle PMI la contrattazione aziendale con Rsa/Rsu è un fenomeno abbastanza marginale. È probabile che il legislatore nella nozione di “paritetico” inserisca anche alcune modalità arbitrali/conciliative svolte in sedi pubbliche (Ministero del Lavoro, DTL, Commissioni di certificazione) per evitare che PMI con meno di 15 dipendenti non accedano all'incentivo. “Pariteticità” rinvia, almeno per le PMI, anche all'esperienza degli enti bilaterali. La risposta su queste ipotesi muove dalla nozione di contrattazione collettiva decentrata, aziendale o territoriale, e da quella di soggetti qualificati, anche per rappresentatività, a perfezionare tale contrattazione. La legge di stabilità 2016 rinvia al *Jobs Act* e, in particolare, alla norma che nel d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 indica una via interpretativa: l'art. 1, co. 187 stabilisce che “ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui ai co. da 182 a 191, le somme e i valori di cui ai co. 182 e 184 devono essere erogati in esecuzione dei contratti aziendali o territoriali di cui all'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81”. La formula dell'art. 51 appena citato ci fa comprendere che siamo al punto di partenza (“salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”).

Ma allora il problema è capire come il sindacato e le organizzazioni imprenditoriali delle PMI intendano presidiare l'ambito di contrattazione decentrata, o ancora come intendano gestire le fughe delle federazioni dal contratto collettivo nazionale e se la regolazione *ex lege* sulla rappresentatività sia forse ora più urgente. Di qui l'idea che la norma della legge di stabilità 2016 spinge verso nuove relazioni industriali per le PMI, e – nel nostro caso – per le PMI del terziario o dei settori riferibili a R.ETE. Imprese Italia.

#### 4. *L'accordo sulla rappresentanza Confcommercio del 2015*

È da questa complessa dinamica che muove l'analisi sull'accordo interconfederale del 26 novembre 2015, perfezionato tra Confcommercio e Cgil, Cisl e Uil, il quale rientra nell'alveo dei protocolli sindacali che hanno una matrice comune nell'accordo interconfederale del 28 giugno/21 settembre 2011<sup>8</sup>.

Quell'accordo probabilmente non è sufficiente a dirimere le questioni che abbiamo riportato sopra. Osserviamo, prima, i principi dell'accordo e, poi, se ne metteranno in evidenza le criticità.

<sup>8</sup> L'accordo interconfederale del giugno/settembre 2011 è certamente l'inizio di una nuova fase delle relazioni industriali in Italia. Il 31 maggio 2013, mediante la sottoscrizione del protocollo d'intesa tra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil in materia di rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei ccnl, si è proceduto nel percorso di individuazione, almeno di primo dettaglio, della definizione dei principi sulla rappresentatività nell'ambito dell'azione di contrattazione collettiva. Il Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014, in questa direzione, ha l'ambizione di completare, mettere a sistema le regole nonché fissare sanzioni per eventuali violazioni. Quasi contestualmente, dato tale inizio cronologico, si è determinato un meccanismo di estensione della regolazione del 2013 mediante protocolli di intesa rispettivamente con Ugl (6 giugno 2013), Cisl (18 giugno 2013), Confasal (4 luglio 2013) nonché Confservizi/Cgil, Cisl e Uil (1 agosto 2013). È, invece, una regolazione ad applicazione armonizzata dell'accordo interconfederale del giugno/settembre 2011, applicata mediante successiva sottoscrizione di accordi a contenuto pressoché simile, anche quella riferibile al settore delle PMI Confapi (accordo interconfederale fra Confapi/Cgil, Cisl e Uil in materia di rappresentanza del 20 aprile 2012), al settore dei servizi pubblici locali (accordo interconfederale tra Confservizi e Cgil, Cisl e Uil del 21 dicembre 2011 con il connesso Protocollo di intesa tra le medesime parti del 1° agosto 2013) e al settore cooperativo (accordo interconfederale del 18 settembre 2013 intervenuto tra Agci, Confcooperative e Legacoop, da un lato, e dall'altro Cgil, Cisl e Uil). Figurativamente si è di fronte a due rette, ordinate all'origine, nel punto di intersezione (accordo interconfederale del giugno/settembre 2011), che creano due assi tendenti all'infinito, da una parte i modelli assimilabili/armonizzati all'accordo del 2011 e dall'altra i protocolli attuativi dei principi generali definiti dall'accordo del 2011.

Tra i principi indicati nell'accordo Confcommercio 2015 si possono qui annoverare il principio maggioritario nel sistema intersindacale e il principio maggioritario deliberativo (misurazione del consenso su ciò che viene deliberato), i limiti all'autodeterminazione della categoria contrattuale imposti alla contrattazione collettiva nazionale, con il trasferimento della relativa competenza all'accordo interconfederale, la dinamicità delle clausole di rinvio al contratto collettivo nell'ambito del contratto individuale di lavoro. La funzione assegnata alla contrattazione collettiva nazionale di garanzia della "certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale". Si riprende, in modo sintetico, la formulazione già introdotta con l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 il quale indica altresì il sovra-ordinamento gerarchico del contratto nazionale sul contratto decentrato (aziendale o territoriale), l'attribuzione delle materie connesse a informazione e consultazione, organismi paritetici e enti bilaterali, le materie della contrattazione decentrata e le tempistiche. Ci sono alcuni elementi, seguendo precedenti analisi in materia, di cui tener conto nell'accordo Confcommercio del 2015. La contrattazione collettiva decentrata si esercita nelle "materie delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge". Si fissa il sovra-ordinamento gerarchico del contratto nazionale rispetto al contratto decentrato. Si potrà altresì ricomprendere nella nozione di contrattazione collettiva decentrata la contrattazione collettiva "territoriale". Viene fissato un requisito minimo di rappresentatività nella categoria (5%) di cui i sindacati debbono disporre per poter negoziare il contratto collettivo nazionale. Confcommercio, avendo stipulato l'accordo del 2015, si obbliga a non trattare con sindacati privi di tale requisito minimo di rappresentatività. La rappresentatività è certificata e deriva dalla combinazione del dato associativo, con il dato elettorale<sup>9</sup> e elementi "spuri". La soglia del 5% è, infatti, misurata sulla base delle deleghe per le trattenute dei contributi e sul consenso ottenuti,

<sup>9</sup> Sul punto, osservando il sistema confindustriale, si tenga presente che il Testo Unico sulla Rappresentanza del 2014 specifica che il sistema di ricognizione dei dati associativi opererà mediante una convenzione con l'Inps e l'integrazione dei flussi informativi Uniemens, redatti per ogni azienda, con indicazione di due indici (uno per il sindacato nazionale di categoria, l'altro per il ccnl applicato). Il dato associativo sarà confrontato con il dato elettivo. Il dato elettivo deriverà dal consenso espresso nelle elezioni delle Rsu, tenendo presente che la rilevazione degli iscritti e delle percentuali di voto riguarderà esclusivamente le aziende con più di 15 lavoratori. Qui vi è una specie di menomazione nella rilevazione numerica.



per voti espressi per l'elezione delle Rsu, a cui si aggiungono i c.d. elementi spuri, e cioè sia il numero delle vertenze individuali e collettive (Cig, Cigs, conciliazioni, etc.) che il numero delle pratiche per la disoccupazione. Il requisito minimo di rappresentatività certificata, che si assume essere l'idoneità alla rappresentazione della base e delle relative aspirazioni/visioni, definita mediante dati/criteri ritenuti significativi, determina l'affermazione del principio maggioritario. Il contratto collettivo della maggioranza consenziente delle organizzazioni sindacali si impone, dunque, alla minoranza dissenziente delle organizzazioni sindacali. Per il contratto collettivo aziendale, al contrario, si preordina una verifica volta a assegnare a esso una efficacia generale per "tutto il personale in forza e per tutti i sindacati firmatari": qualora i lavoratori dissentano per non assoggettarsi al contratto aziendale, o qualora i lavoratori non siano stati rappresentati nella negoziazione, o ancora qualora i lavoratori siano stati mal rappresentati, il contratto collettivo aziendale è esigibile secondo l'accordo del 2015. Ciò si verifica se il contratto collettivo aziendale sia stato approvato dalla maggioranza dei componenti delle Rsu (la quale ha una competenza prevalente nella contrattazione aziendale), o, in mancanza di Rsu, qualora esso sia stato approvato dalle Rsa costituite nell'ambito di organizzazioni sindacali che in azienda abbiano il maggior numero di iscritti/deleghe ("L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti"). Con specifico riferimento alla contrattazione territoriale, si introduce la regola secondo cui il contratto è esigibile qualora esso sia stato approvato dalle organizzazioni sindacali territoriali che complessivamente abbiano il maggior numero di iscritti/deleghe. In ogni caso il contratto territoriale sarà soggetto alla consultazione certificata dei lavoratori, con necessità di approvazione a maggioranza semplice. I contratti collettivi decentrati possono introdurre clausole di deroga o di apertura. Vi sono, come è noto, due schemi regolamentativi. Il primo attiene alla possibilità di adattamento della dinamica contrattuale aziendale rispetto ai contesti produttivi, che possono essere positivi o negativi. Il che nei limiti e nelle procedure del contratto nazionale, con efficacia generale se sono rispettate gli assetti di cui al terzo corollario. Il secondo schema è riferito a situazioni transitorie e/o all'assenza di un coordinamento contrattuale mediante delega derivante dal livello nazionale. In questo caso è richiesta, ai fini dell'efficacia generale, l'intesa necessaria tra Rsu/Rsa (data la conformità al terzo corollario) e le organizzazioni sindacali territorialmente competenti. La deroga potrà concernere esclusivamente gli istituti relativi a prestazione lavorativa,

orario, organizzazione. Da ultimo si noti che tregue e forme di raffreddamento del conflitto sono regolate dall'accordo del 2015. Le clausole di tregua seguono l'impostazione degli accordi Confindustria. Esse non sono assolute e non determinano responsabilità individuali.

Ci sono alcune criticità nell'accordo Confcommercio del 2015. L'accordo non impone (e mai potrebbe imporre) ai datori di lavoro di applicare il modello di misurazione descritto sopra: probabilmente ci sarà, osservando gli accordi Confindustria, un limitato numero di datori di lavoro che si racconteranno con l'INPS per permettere l'attuazione di tale modello. E qualora si riuscisse a rendere concreto il modello, si dovrebbe pensare alle complicazioni che esistono nelle PMI per verificare il corretto adempimento delle procedure di elezione: la frastagliata realtà aziendale, le piccole dimensioni, la polverizzazione sul territorio sono elementi che non si combinano con modelli strutturati sulle dinamiche delle grandi aziende (chi controlla le elezioni? E come/dove si possono controllare?). L'accordo 2015, inoltre, non definisce il campo di applicazione: ciò significa determinare un effetto illimitato di estensione dell'ambito soggettivo dell'accordo 2015 e della contrattazione collettiva nazionale a esso vincolabile, anche in concorrenza con settori assoggettati agli accordi e protocolli Confindustria del 2011-2014<sup>10</sup>. Quell'effetto illimitato sarebbe determinato esclusivamente dalla capacità di Confcommercio di firmare contrattazione nazionale in settori produttivi oggi non ancora *sub* propria competenza. Misurare la rappresentatività significa scegliere una formula di calcolo mediante cui pervenire a percentuali utili per definire la titolarità nella negoziazione e l'efficacia del contratto collettivo. La rappresentatività, secondo l'accordo 2015, sarà calcolata nella formula matematica su un certo denominatore, e cioè sarà calcolata in relazione "all'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro di competenza". Tale definizione pone alcuni problemi con riferimento alla comprensione della nozione di categoria come effetto della contrattazione collettiva, e non come presupposto, ai fini del auto-determinazione, e mai della pre-determinazione, della categoria stessa. Sulla c.d. esigibilità del contratto collettivo si noti che la conclusione a maggioranza dei contratti ne

<sup>10</sup> Non si deve escludere, in questa prospettiva, altresì la possibile concorrenza tra Confcommercio e il sistema dell'artigianato e/o della cooperazione. Non avendo fissato il perimetro di applicazione nell'accordo 2015, se non con un mero richiamo alla contrattazione collettiva firmata (che è l'effetto, non il presupposto di una dinamica di questo tipo), Confcommercio si pone in una logica di indiretta competizione con tutte le organizzazioni datoriali.

rafforza l'autorevolezza e l'esigibilità, ma solo fra le parti stipulanti. Inoltre il paragrafo a pagina 2 ("Nuove adesioni") si basa su un presupposto di vincolo generalizzato dell'accordo 2015. Il sistema introdotto dall'accordo 2015 si pone in una logica di "predominio" su ogni altro schema di relazioni sindacali, non ancora a oggi regolamentato, creando un modello di riconoscimento discrezionale, esercitato da Confcommercio, che potrà porre veti su intese ulteriori. Paradossalmente, tale clausola, mutuata dall'insegnamento teorico del mutuo riconoscimento tra parte datoriale e parte sindacale, ha in sé il limite di escludere, potenzialmente, altri soggetti datoriali dalla stipulazione di accordi/protocolli di tal genere. Pare di essere di fronte a una clausola *ad excludendum alios*.

5. *Quali sono le opzioni ulteriori. Cosa trarre per le relazioni industriali delle PMI dalla struttura di R.ETE. Imprese Italia. Un soggetto con aspirazioni di rappresentanza delle PMI*

In questo contesto complesso si deve valutare se nuove forme di associazionismo imprenditoriale, intese nel senso di organizzazione o struttura coalizzata tra organizzazioni imprenditoriali, possano dare risposte più concrete al bisogno di rappresentanza delle PMI. R.ETE. Imprese Italia (RETE)<sup>11</sup>, in tale prospettiva, potrebbe avere un ruolo nelle relazioni inter-sindacali italiane, in termini di organizzazione o struttura coalizzata tra organizzazioni imprenditoriali, con riferimento alla dinamica in cui operano le imprese aderenti alle cinque organizzazioni datoriali istitutive di RETE (*i.e.* Casartigiani, CNA, Confartigianato, Confcommercio, Confesercenti).

È noto che le modalità di azione delle organizzazioni imprenditoriali a livello europeo siano riferite a un sistema di relazioni industriali che tende a una più incisiva de-istituzionalizzazione, dando risposte più o meno efficaci alla fuga dal contratto collettivo, nonché a una contrattazione collettiva che

<sup>11</sup> Per una analisi di rilievo socio-economico del fenomeno si v. il libro di FELTRIN, ZAN, *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali*, Carocci, 2015, ricco di informazioni e dettagli su ciascuna delle cinque organizzazioni. Ma si v. anche ZAN, *Segnali di novità nel sistema di rappresentanza degli interessi imprenditoriali in Italia*, in QRS, 2011, pp. 47-66; FELTRIN, *Rappresentatività e rappresentanza delle associazioni datoriali: dati, sfide, problemi*, in QRS, 2011, pp. 67-89; MATTINA, *Sfide e prospettive per le organizzazioni imprenditoriali in Italia*, in QRS, 2011, pp. 91-115; LEONARDI S., *Fusioni organizzative e associazionismo datoriale: quali riflessi sul sistema contrattuale*, in QRS, 2011, pp. 125-143.

si muove verso forme di decentramento. Nei sistemi tradizionali di relazioni industriali le organizzazioni imprenditoriali seguono modelli coordinati di azione. Per questa ragione la contrattazione collettiva, impostata a livello nazionale, raggiunge nella definizione delle condizioni di lavoro il momento di massima standardizzazione (o armonizzazione) secondo le logiche di contrasto alla concorrenza tra datori di lavoro. Il punto più delicato, almeno in questa prospettiva, resta il coinvolgimento delle organizzazioni imprenditoriali nella fissazione del salario a livello nazionale<sup>12</sup>. Tutto ciò, per gli studiosi di relazioni industriali, non facilita la spiegazione dell'obiettivo di ri-concettualizzare le funzioni e la struttura delle organizzazioni imprenditoriali. Ri-concettualizzare significa andare oltre la triade di ragioni della formazione delle organizzazioni imprenditoriali (1. bilanciamento del potere delle organizzazioni dei lavoratori, 2. attività lobbistica e di influenza politica per determinare l'applicazione di regimi giuslavoristici più flessibili, 3. gestione tra imprenditori delle forme improprie di concorrenza direttamente incidenti sul costo del lavoro in funzione di cartello). Qui si vede immediatamente la forza aggregante negli interessi in comune tra imprenditori, anche se si noterà che interessi diversi, spesso anche divergenti, tra imprenditori siano diventati spazi per re-inventare (o inventare) organizzazioni imprenditoriali<sup>13</sup>. Le organizzazioni dei datori di lavoro, in origine venute a costituirsi secondo una logica di sindacalismo di risposta, hanno sviluppato nel tempo una struttura che è da intendersi peculiare per la propria innegabile destinazione a ottenere vantaggi che sono in via di principio contrapposti a quelli delle organizzazioni dei lavoratori<sup>14</sup>. Non è escluso che nella sostanza delle cose, però, questi

<sup>12</sup> Studi importanti hanno dimostrato questa relazione con riferimento specifico alla struttura della retribuzione e alla variabilità di essa in ragione della contrattazione collettiva svolta dalle organizzazioni imprenditoriali (si v. in particolare l'indagine di SWENSSON, PONTUSSON, *The Swedish employer offensive against centralized bargaining*, in IVERSEN (a cura di), *Unions, Employers, and Central Banks*, Cambridge University Press, 2000.

<sup>13</sup> È il caso della Germania. Si v. in particolare SILVIA, SCHROEDER, *Why are German employers' associations declining? Arguments and evidence*, in *Comparative Political Studies*, 2007, pp. 1433-1459.

<sup>14</sup> Il dibattito sull'applicabilità dell'art. 39, co. 1, Cost. alle organizzazioni imprenditoriali, con la conseguenza di una simmetria nell'esercizio della libertà sindacale (e non dell'azione sindacale) è assai noto. Si v. per la tesi sulla non estensione dell'art. 39, co. 1, Cost. alle organizzazioni imprenditoriali (cd. dottrina della libertà sindacale unilaterale) GIUGNI, *Sub art. 39*, in *Comm. Branca*, 1979, Zanichelli-Il Foro italiano, pp. 257 ss., il quale mette in evidenza che la libertà sindacale dell'imprenditore è una proiezione dell'iniziativa economica privata (artt. 18 e

contrapposti vantaggi possano divenire anche uguali-concorrenti. Ciò detto si rileva che il problema che è stato posto sulla libertà sindacale degli imprenditori può essere oggi rovesciato<sup>15</sup>.

41 Cost.). Su questa impostazione si v. anche SANTORO PASSARELLI G., *Sulla libertà sindacale dell' imprenditore*, in *RTDPC*, 1976, pp. 170-208. Si v. su questa tesi anche PERSIANI, *Saggio sull'autonomia collettiva*, Cedam, 1972. Sulla parità o simmetria sindacale tra organizzazioni datoriali e dei lavoratori si v. invece PERA, *Libertà sindacale. Diritto vigente*, in *ED*, XXIV, 1974, Giuffrè, pp. 501 ss. Inoltre è utile richiamare, per questa seconda tesi, la giurisprudenza della Corte costituzionale (si v. la sentenza 21 gennaio 1960, n. 1 sulla dissociazione da Confindustria delle imprese a partecipazione statale nonché, in particolare, la sentenza 28 aprile 1960, n. 29 sulla serrata la quale esplica sull'art. 39 Cost. e sull'art. 40 Cost. l'idea secondo cui "sebbene enunciati in due distinte norme, il principio della libertà di sciopero e il principio della libertà sindacale non possono non considerarsi logicamente congiunti. Non senza significato, a tal proposito, è il fatto che, in qualcuna delle prime proposte presentate in seno alla Costituente, la dichiarazione dei due principi era contenuta in unico contesto. L'art. 39 e l'art. 40 sono da considerare come espressione unitaria del nuovo sistema; e pertanto il significato dell'art. 39 non può essere circoscritto entro i termini angusti di una dichiarazione di mera libertà organizzativa, mentre invece, nello spirito delle sue disposizioni e nel collegamento con l'art. 40, esso si presenta come affermazione integrale della libertà di azione sindacale [...]. La posizione innanzi delineata è però tale che immediatamente si presenta con l'aspetto di una provvisorietà che attende una soluzione". È rilevante per i fini di questo discorso anche l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che stabilisce per lavoratori, datori di lavoro e relative organizzazioni eguali diritti di negoziazione collettiva e di azioni collettive per la tutela dei propri interessi in caso di conflitto.

<sup>15</sup> Sulla qualificazione sindacale dell'attività svolta dagli imprenditori ci sono almeno cinque argomenti. Il primo argomento coincide con l'attività sindacale che è sempre riferita alla dimensione del collettivo-organizzato. È invece noto che l'imprenditore possa agire anche come singolo (serrata, contrattazione aziendale, etc.). Il secondo argomento è riferibile al fatto che l'associazionismo imprenditoriale non trovi la *sede materiae* nel Titolo III della Cost. (artt. 35-40), ma nel combinato disposto degli artt. 18 e 41 Cost. Il che permette di superare definitivamente la simmetria piatta derivante dall'ordinamento corporativo o il c.d. principio di pariteticità tra parti sociali. Il terzo argomento punta sulle caratteristiche spurie rispetto alla qualificazione sindacale dell'associazionismo imprenditoriale. Tra quelle caratteristiche vi è la combinazione tra tutela di interessi economici e tutela di interessi legati alla materia del lavoro nonché la possibilità nel tempo di dissociazione del datore di lavoro dall'organizzazione datoriale ai fini contrattuali. Il quarto argomento è rinvenibile nel fatto che, sebbene le norme internazionali e europee fissino per lavoratori, datori di lavoro e relative organizzazioni eguali diritti di negoziazione collettiva e di azioni collettive per la tutela dei propri interessi anche in caso di conflitto, appaiano più che esaustivi il concetto di libertà di associazione volta a garantire l'organizzazione imprenditoriale e il concetto di libera iniziativa privata per la garanzia dell'azione collettiva degli imprenditori (serrata). L'ultimo argomento riguarda la legislazione di sostegno dell'attività sindacale la quale esclude ogni trattamento di favore rispetto all'associazionismo imprenditoriale, ponendo invece le basi per realizzare la sostanziale eguaglianza di cui all'art. 3, co. 2, Cost. a favore delle organizzazioni dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

Appare rovesciato l'assetto dei problemi che sono stati posti dalla teoria generale della cd. libertà sindacale unilaterale. Nell'ambito delle evoluzioni strutturali delle organizzazioni imprenditoriali incide una serie di fattori rilevanti che modificano i punti da cui muovere l'analisi. Punti collegati: al mercato nella dinamica "locale", al sistema giuridico di appartenenza e ai sistemi giuridici verso cui (o da cui) convergono operazioni commerciali, al contesto socio-antropologico di formazione istituzionale in cui tali organizzazioni imprenditoriali operano<sup>16</sup>.

Il problema da risolvere, qui solo teoricamente, riguarda la possibilità di vedere in RETE un fenomeno nuovo e specifico nel panorama italiano delle relazioni industriali. RETE, sul versante della rappresentazione giuridica dei fenomeni sindacali, si presenta come un'organizzazione tra (o di) organizzazioni imprenditoriali: organizzazione che dovrebbe consentire di insinuare nel sistema italiano di relazioni industriali la peculiare estraneità di RETE rispetto al rapporto associativo con i singoli imprenditori nonché rispetto agli effetti della contrattazione collettiva riferibile alle cinque organizzazioni istitutive.

RETE è un fenomeno associativo che non presenta, almeno sotto il profilo civilistico<sup>17</sup>, alcuna qualità tipica dell'associazione complessa<sup>18</sup>. La

<sup>16</sup> Questa idea è confermata da una ricerca comparata svolta dall'associazione europea delle piccole e medie imprese (UEAPME). In particolare si v. TRAXLER (a cura di), *Small and Medium sized Enterprises and Business Interest Organisations in the European Union*, 2011, in <http://www.ueapme.com>.

<sup>17</sup> La materia è stata ampiamente studiata e analizzata in numerosi scritti. Qui si rinvia agli studi e all'impostazione di RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Giuffrè, 1952, PETTITI, *Associazioni primarie, secondarie e parallele*, in Studi in onore di Paolo Greco, Cedam, 1963, e GALGANO, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Cedam, 1996. Si v. altresì sul tema della complessità associativa INZITARI, *Associazioni dipendenti, associazioni complesse, associazioni parallele, commissariamento dell'associazione minore ed autonomia dei rispettivi rapporti obbligatori (Nota a Trib. Pavia 20 novembre 1990)*, in *GCom*, 1992, 5, pp. 883-885, GILETTA, *La soggettività negli enti associativi multilivello*, in *NLCC*, 2002, 5, pp. 563-570 e più recentemente ZOPPINI, *Associazioni, fondazioni, comitati*, in *RDC*, 1995, pp. 325-344. Tra le sentenze più esaustive dal punto di vista qualificativo del fenomeno si v. Trib. Milano 26 settembre 1988 secondo cui "sussiste una pluralità di rapporti associativi (c.d. associazioni complesse o parallele) quando, pur perseguendo un medesimo scopo, le associazioni di base o locali presentano organi indipendenti rispetto agli organi dell'associazione di vertice (in particolare propri organi rappresentativi, sia direttivi che di controllo, e un'assemblea dotata di poteri propri, capace di deliberare provvedimenti modificativi dell'originario statuto e lo scioglimento dell'associazione), nonché un patrimonio separato idoneo a costituire il fondo comune dell'associazione locale". Ma si v. anche Cass. 23 giugno 2008, n. 17028 ("le associazioni locali facenti capo ad un'associazione nazionale – nella specie,

struttura interna di RETE è composta da almeno tre elementi istituzionali. Il primo riguarda l'insieme degli organi gestori di RETE nascente dalla speciale aggregazione delle cinque organizzazioni in una associazione di/tra associazioni<sup>19</sup>. Il secondo attiene alla Fondazione RETE Imprese Italia, costituita da RETE<sup>20</sup> e di cui è soggetto servente con funzione di *cluster* per lo studio, l'indagine e la disseminazione dei risultati nonché la potenzialità di assorbire anche i patrimoni delle cinque organizzazioni istitutive (art. 4 dello Statuto della Fondazione)<sup>21</sup>. Il terzo riguarda la tecnostruttura di RETE e della relativa Fondazione. Nessuno dei tre elementi è utile per qualificare

la federazione provinciale di un partito politico – non sono articolazioni organiche di quest'ultima, con mera rilevanza interna, ma soggetti autonomi dotati di legittimazione negoziale e processuale, onde la legittimazione a resistere nella controversia riguardante la nomina e la revoca dei relativi organi spetta non già all'associazione nazionale, ma a quella locale, cui è astrattamente riferibile la titolarità della situazione soggettiva controversa”) nonché Cass. 15 novembre 2002, n. 16076 (“stabilire se una struttura organizzativa locale che fa capo ad una associazione avente carattere nazionale costituisca un organo di quest'ultima ovvero sia a sua volta una associazione munita di autonoma legittimazione negoziale e processuale, costituisce una questione di merito”).

<sup>18</sup> Nel rapporto tra RETE e ciascuna delle cinque organizzazioni istitutive si osserva: 1. presenza di organi indipendenti (direttivi e vigilanza/controllo), poteri propri di convocazione autonoma, di determinazione dell'ordine del giorno, di deliberare in via ordinaria e straordinaria nonché poteri dell'assemblea dell'associazione minore/subordinata di decidere il proprio scioglimento/estinzione, di procedere con la nomina diretta degli organi gestori-direttivi, di mantenere una certa indipendenza patrimoniale rispetto all'associazione maggiore basata sulla gestione dei contributi degli associati (contabilità separate, fonti reddituali autonome, etc.); 2. patrimoni non coincidenti, con sussistenza patrimoniale di RETE e di ciascuna organizzazione istitutiva di RETE sufficiente a realizzare i relativi scopi associativi; 3. capacità di ciascuna organizzazione istitutiva di RETE di rappresentare gli interessi dei propri componenti anche nei confronti di RETE.

<sup>19</sup> Si tratta di organi – assemblea, presidenza, presidente, comitato di direzione – che rispondono alla finalità fondativa di RETE (art. 2 dello Statuto), con la peculiarità di una turnazione semestrale del presidente, che è anche presidente di una delle cinque organizzazioni istitutive. Ciò determina una confluenza della tecnostruttura della presidenza di turno nella gestione quotidiana degli affari esterni di RETE, in cooperazione con la tecnostruttura di RETE e delle altre quattro organizzazioni.

<sup>20</sup> Si v. l'art. 6 dello Statuto della Fondazione (“Fondatrice e Promotrice è l'Associazione ‘R.ETE. Imprese Italia’ che ha costituito il patrimonio iniziale”).

<sup>21</sup> Nella Fondazione RETE Imprese Italia vi è traccia di un collegamento funzionale tra soggetto servente (Fondazione) e soggetto istitutivo (RETE) nel criterio di composizione del Comitato di gestione, il quale è retto dal Presidente della Fondazione e dai Segretari/Direttori generali delle Associazioni socie della Associazione Fondatrice (art. 11 dello Statuto della Fondazione).

giuridicamente RETE in termini di associazione complessa. Ma qui, come si è detto, ci interessa il profilo sindacale riferibile a RETE. In visione prospettica ciò significa capire se RETE possa divenire controparte del sindacato, dunque rappresentativa degli interessi delle imprese oggi riferibili a ciascuna organizzazione istitutiva di RETE, domani – forse – a RETE stessa.

Andiamo per ordine: RETE possiede certamente le caratteristiche di un soggetto collettivo che può operare nella dinamica sindacale, o c.d. strutturale; il che si traduce nel potere di partecipare alla formulazione della legge di gruppo nelle relazioni industriali. Inoltre, per ciò che qui ci interessa, legge di gruppo nelle relazioni industriali significa, per le peculiarità di RETE, rappresentatività e, dunque, misura di essa in ragione della rappresentatività delle cinque organizzazioni istitutive. La rappresentatività delle organizzazioni imprenditoriali non può più essere misurata con l'esclusivo indice della densità o quantità di aderenti. Su questo punto c'è una convergenza degli studiosi delle relazioni industriali<sup>22</sup>. Anche altri criteri quantitativi della rappresentatività delle organizzazioni imprenditoriali sono utili (si v. ad es. l'assetto delle competenze nei contenziosi collettivi affidati alle organizzazioni imprenditoriali dalla l. 11 novembre 2011, n. 180), ma non del tutto adeguati. In un contesto di relazioni industriali dove si riscontrano due elementi, e cioè da una parte una piccola e media impresa competitiva rispetto alla grande impresa e dall'altra un sindacato fortemente motivato dalla standardizzazione dei trattamenti di protezione da applicare ai lavoratori, il dato vero da cui muovere è la contrattazione collettiva negoziata, stipulata e applicata. Perciò, se trova conferma questo discorso, il punto focale del metodo di calcolo della rappresentatività deve essere spostato verso indicatori di seconda generazione<sup>23</sup>, tra i quali, oltre alla sottoscrizione di accordi quadro sulle relazioni sindacali e di contratti collettivi, nazionali e decentrati delegati, ci sarebbero alcuni elementi delle organizzazioni imprenditoriali che permettono di spostare il *focus* verso la logica del servizio/assistenza all'impresa aderente in cambio di un corrispettivo, i servizi di consulenza/assistenza sull'azienda e sulla contrattazione aziendale/decentrata, i servizi commerciali offerti dalle organizzazioni imprenditoriali (e/o dalle relative società collegate) in ambiti non tradizionali (credito, assicurazione, etc.), l'incremento delle attività più pro-

<sup>22</sup> SILVIA, SCHROEDER, *op. cit.*; e TRAXLER, *op. cit.*

<sup>23</sup> MORTIMER, STILL, BOND, *Employer Associations in the Contemporary Industrial Relations Landscape: Where to Now?*, in *Employment Relations Record*, 2004, 2, 1, pp. 53-70.



priamente lobbistiche, l'impatto della bilateralità, nel momento di adesione e di erogazione delle prestazioni, sulle aziende collegate a una determinata organizzazione imprenditoriale. Tali indicatori oggettivi si basano sul presupposto che la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni imprenditoriali riferibile esclusivamente o prevalentemente al numero (o adesione *latu sensu*) dei datori di lavoro, se è efficace in un sistema di relazioni industriali a forte struttura istituzionalizzata, con contrattazione collettiva centralizzata, non lo è in un sistema con tendenziale de-istituzionalizzazione degli attori sindacali e decentramento della contrattazione collettiva<sup>24</sup>.

La conseguenza di questo ragionamento ricade sull'esportazione di dati rappresentativi del volume finanziario da bilanci e rendiconti delle cinque organizzazioni e delle relative strutture di servizio. In questo rapporto tra rappresentatività a base di indicatori di seconda generazione e rappresentatività classica si colloca il problema riferibile alla rappresentatività di RETE. L'esame della tematica deve essere distinto su almeno due piani. Il primo riguarda la ricognizione della potenziale struttura di RETE, e cioè la capacità sindacale-negoziabile. Il secondo attiene al meccanismo giuridico mediante il quale si riconosce la legittimità all'azione sindacale-negoziabile di RETE. RETE è da considerarsi un'associazione complessa per i profili sindacali. Il punto giuridico di questa visione ha un impatto sulla gestione delle posizioni sindacali delle cinque organizzazioni istitutive di RETE in un unico quadro contrattuale relativamente alla parte obbligatoria e con variabilità/specialità in quella normativa, in ragione di esigenze del lavoro settorialmente collegato a impresa e situazioni economiche. E ciò perché il coordinamento dell'azione sindacale delle cinque organizzazioni istitutive di RETE in un'aggregazione a finalità potenzialmente negoziabile-sindacale deriva oggi da una rappresentatività riconosciuta dalla controparte sindacale. Il concetto di rappresentatività si sposta nel caso di RETE sul piano dell'interesse generale pluri-categoriale e pluri-settoriale: RETE non sarebbe portavoce di una minoranza, ma è portavoce di una collettività interessata a un certo regolamento collettivo, incidente in via orizzontale sulle clausole obbligatorie e in via verticale-specialistica sulle (tante, forse riducibili, non almeno immediatamente) parti normative del contratto collettivo. L'interesse collettivo pluri-categoriale e pluri-settoriale di RETE è già la sostanza di un interesse collettivo rilevante ai fini della rap-

<sup>24</sup> La tesi è argomentata da SULLIVAN, *Labour market or labour movement? The union density bias as a barrier to labour renewal*, in *Work, Employment and Society BSH Publications*, 2010, pp. 145-156.

presentatività. Nel nostro sistema attuale di relazioni sindacali è esclusivamente il contratto/accordo collettivo a determinare il reciproco riconoscimento e, dunque, anche la rappresentatività sindacale. La forma/procedura di autolegittimazione di RETE nei confronti di un certo gruppo di controparti passerebbe, dunque, per un accordo generale sulla rappresentatività, firmato da RETE nell'interesse delle cinque organizzazioni istitutive. Ciò, tuttavia, non basterebbe.

6. *Quale legittimità di R.ETE. Imprese Italia nell'esercizio del diritto di negoziazione. Ipotesi teoriche e futuro. Dall'auto-determinazione alla legge sulla rappresentanza*

La struttura di RETE impone la creazione di un meccanismo di legittimazione negoziale mediante il quale si determina la procedura e il tempo della competenza (anche esclusiva) di RETE a livello interconfederale, nazionale, territoriale. E ciò, appunto, permette, se non altro, di ipotizzare una proiezione delle parti in un accordo/contratto collettivo (accordo quadro) che disponga norme sulla produzione di questo tipo: norme sul reciproco riconoscimento tra RETE e controparte, norme volte a definire la competenza esclusiva di RETE rispetto alle cinque organizzazioni istitutive e alla controparte, norme di riserva di competenza e di decentramento contrattuale, con contestuale identificazione di materie, norme relative alla parte obbligatoria, rientrante nell'area armonizzata del contratto collettivo c.d. unitario, alle parti normative, variabili, specialistiche, non adatte per l'immediata integrazione o armonizzazione, norme di organizzazione su istituzioni paritetiche volte allo svolgimento di procedimenti intersindacali nella fase di avvio dell'intera operazione di armonizzazione contrattuale e nelle fasi applicative, norme su istituti di giurisdizione privata. Tale accordo-quadro diverrebbe il corpo codificato delle norme costitutive dell'ordinamento intersindacale a cui è riferibile RETE. Uno dei problemi da risolvere attiene alla controparte. Qui, a garanzia della pluralità delle organizzazioni dei lavoratori presenti oggi ai tavoli di negoziazione come controparte di ciascuna delle cinque organizzazioni istitutive, si deve assumere la distinzione tra confederazioni e federazioni in termini di criterio di successo dell'intera operazione descritta sopra. La posizione di RETE discende dal reciproco riconoscimento tra le organizzazioni confederali e i rispettivi livelli federali

dei lavoratori nonché dal loro integrarsi come esclusivi (o alternativi specializzati) rappresentanti dei pluriformi interessi collettivi in un sistema permanente di rapporti contrattuali. Per comprendere chi siano i rappresentanti alternativi specializzati si deve indagare sia il rapporto attualmente esistente tra contrattazione collettiva e federazioni afferenti a quel settore per ciascuna delle tre confederazioni più rappresentative, sia il potenziale rapporto tra contratto collettivo c.d. unitario e parti speciali normative riferibili a tali federazioni.

Si potrebbe realizzare, almeno in prima battuta, un quadro comune, o almeno armonizzato, di regole relativo alla parte obbligatoria della contrattazione collettiva, avente a oggetto: mutuo riconoscimento sindacale e rappresentatività; istituzioni bilaterali/paritetiche a gestione plurilaterale per la parte di responsabilità delle associazioni imprenditoriali (*i.e.* gli organi gestori dovrebbero essere rappresentativi di cinque identità associative); procedure negoziali (proroga e disdetta, rinnovo contratto); istituzione/funzionamento di rappresentanze sindacali e esercizio diritti sindacali; schemi di informazione, consultazione e partecipazione; procedimentalizzazione di poteri imprenditoriali; composizione di conflitti (conciliazione, arbitrato, certificazione); tregua sindacale e raffreddamento del conflitto collettivo. Da questo punto di vista, le responsabilità contrattuali di RETE tendono a moltiplicarsi sino a divenire plurali, se rivolte anche alle parti normative speciali/variabili di cui ai molteplici settori di interesse delle cinque organizzazioni istitutive. Questa contrattazione, qui definita “unica”, dovrebbe prevedere una negoziazione *ex ante*, da una parte, sulle regole della rappresentatività sindacale nei singoli comparti o settori, con soglie minime, ponderate tra dati associativi e dati di altro genere, e, dall'altra, una presa di posizione sulla rappresentatività delle cinque (o più, in futuro) organizzazioni afferenti a RETE. Ciò impone una stabilità nei rapporti tra organizzazioni che superi l'eventuale debolezza dei tavoli di contrattazione, dove la forza di una parte prevale sull'altra, a seconda delle situazioni complesse, giuridiche o non giuridiche, fattuali o economiche, in cui tali parti vengono a trovarsi.

Il percorso si concretizzerebbe in almeno tre linee direttrici: protocollo sulla rappresentatività sindacale; parte obbligatoria comune o armonizzata; più parti normative specifiche variabili. Il fondamento del dovere di attuare il contratto collettivo c.d. “unitario” sarebbe per le cinque organizzazioni istitutive di RETE il passaggio cruciale di questa intera costruzione. Dato il reciproco riconoscimento tra controparti mediante l'accordo quadro di cui

sopra, il dovere di attuare il contratto collettivo unitario è insito alla continuità delle relazioni sindacali a cui partecipano le cinque organizzazioni sindacali. Il contratto collettivo, fissando regole di gruppo, impone la conformità dei comportamenti di parte e di controparte. Se è vera la regola secondo cui il “*collective bargaining agreement must be construed, not narrowly and technically, but broadly and so as to accomplish its evident aims*”<sup>25</sup>, si dovrà comprendere con quale livello di completezza o onnicomprensività le parti normative saranno costruite nel coordinamento tra vecchio sistema e nuovo sistema, tra contrattazione nazionale e contrattazione decentrata, tra contrattazione specifica e contrattazione specifica.

I punti di emergenza del contenuto delle parti normative sarebbero mutuati dalle attuali parti normative dei contratti collettivi nazionali riferibili a ciascuna delle cinque organizzazioni istitutive. Il trasferimento dei contenuti delle clausole normative dei ccnl oggi riferibili alle cinque organizzazioni istitutive in un contenitore unitario (contratto collettivo c.d. unitario) non può essere effettuato con un mero travaso di regole<sup>26</sup>. E ciò perché, in ragione del sistema di relazioni industriali attualmente esistente in Italia, non è possibile ritenere che esista un interesse di categoria in senso stretto<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> È un principio della giurisprudenza statunitense. Si v. in particolare *Kennedy v. Westinghouse Elec. Corp.*, 16 N.J. 280, 108 A.2d 409, 35 L.R.R.M. (BNA) 2037, 26 Lab. Cas. (CCH) P 68788, 47 A.L.R.2d 1025 (1954).

<sup>26</sup> Sono state esaminate le clausole obbligatorie riferite agli ambiti dell'artigianato (ccnl alimentazione, ccnl autotrasporto, ccnl chimica – ceramica, ccnl comunicazione, ccnl costruzioni, ccnl legno – lapidei, ccnl meccanica, ccnl servizi, ccnl acconciatura ed estetica, ccnl tessile – moda) e del terziario/servizi/distribuzione e turismo (ccnl terziario, distruzione e servizi, ccnl turismo, ccnl panificatori, ccnl dirigenti terziario). Si tratta evidentemente di una selezione ragionata della plurale e ampia contrattazione collettiva che le cinque organizzazioni istitutive di RETE promuovono mediante negoziazione e successiva applicazione.

<sup>27</sup> Le clausole obbligatorie o dinamiche, essendo la forza di qualsiasi sistema di relazioni industriali, possono essere distinte nel caso di RETE e del proprio (potenziale) contratto unitario secondo tre macro-aree: (i) dovere di attuare il contratto: RETE (mediante le cinque organizzazioni istitutive) si impegna a attuare la parte obbligatoria armonizzata del c.d. contratto unitario, con speciale rinvio alla contrattazione di settore per ciò che concerne la bilateralità; (ii) dovere di influire sulla condotta degli associati, che in questo caso sono le cinque organizzazioni istitutive e successivamente le relative imprese aderenti a ciascuna delle cinque organizzazioni istitutive: RETE mediante il contratto collettivo unitario esplica la funzione organizzativa tipica della contrattazione collettiva che si attua nella richiesta ai propri associati di conformarsi a clausole collettive della parte normativa senza che venga in considerazione l'adempimento da parte del singolo di quanto imposto da legge o contratto individuale; (iii) dovere di pace sindacale: impegno a non organizzare agitazioni per modificare il contratto

In questo senso RETE avrebbe certamente titolo, in caso di contrattazione collettiva c.d. unica, per stabilire norme dirette a affermare il principio di competenza esclusiva delle associazioni che si sono tra loro riconosciute, norme di riserva di competenza, norme sul dissenso e sulle maggioranze vincolanti o norme di decentramento contrattuale o piramide delle fonti, norme di organizzazione miranti a disciplinare la costituzione di figure organizzative bilaterali o paritetiche, norme di organizzazione atte a predisporre lo svolgimento di procedimenti intersindacali, norme riguardanti istituti di giurisdizione privata. Si codificherebbe in questo modo l'ordinamento intersindacale in cui le cinque organizzazioni istitutive operano normalmente.

L'effetto più immediato sarebbe la netta polarizzazione tra Confindustria, da una parte, e RETE, dall'altra, nel sistema della rappresentanza, con spazi specifici e peculiari per l'Alleanza delle Cooperative. Ciò presuppone, in ogni caso, una forma di auto-investitura della rappresentatività, la quale deriva, stante l'attuale quadro italiano, dall'equilibrio instabile di poteri tra RETE e diversi altri soggetti (le organizzazioni istitutive, gli ulteriori soggetti di rappresentanza datoriale, le organizzazioni dei lavoratori). Quell'equilibrio instabile non determinerebbe, tuttavia, un venir meno dei fenomeni che abbiamo rappresentato nel primo paragrafo: fuga dal contratto collettivo mediante dissociazioni datoriali e/o dissociazioni di federazioni dalle confederazioni, contestuale applicazione di diversi ccnl, ccnl scaduto applicabile, ccnl rinnovato non applicabile, giurisprudenza ondivaga.

Il quadro è complesso, sempre più complesso: la contrattazione c.d. unica sarebbe efficace se quella polarizzazione di cui si è fatto cenno, con riguardo agli agenti negoziali datoriali, fosse netta. Ma ciò non accade. E allora una

*ante tempus*. È un dovere relativo di pace sindacale perché, pur essendo tale clausola convenuta espressamente tra le parti, essa non può riguardare conflitti su materie non regolate dal contratto o su cui incidono eventi esterni non previsti al momento della contrattazione collettiva. Si richiama il recente caso FIAT e la giurisprudenza relativa. In particolare, per una ricostruzione delle vicende sul dovere di pace sindacale, si v. TURSI, *Contratti collettivi 'separati', rappresentanza sindacale in azienda e condotta antisindacale: il 'caso Fiat di Pomigliano'*, in *DRI*, 2012, pp. 151-166, il quale mette in rilievo il c.d. tentativo forzato di saldare il diritto comune con la teoria dell'ordinamento intersindacale e l'utilizzo non sempre ortodosso del diritto comune e del diritto statutario, nonché BALLESTRERO, *Il caso FIAT: una crisi di sistema? Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, 2011, pp. 269-285, la quale tratta della clausola di responsabilità e del dovere relativo di pace sindacale in relazione al tema della titolarità del diritto di sciopero e della c.d. incorporazione della clausola di pace sindacale nel contratto individuale.

legge sulla rappresentanza potrebbe, a questo punto, divenire assai utile<sup>28</sup>. Il che con l'impegno di risolvere il nodo della compatibilità tra legge e art. 39 Cost.<sup>29</sup>. Quella compatibilità imporrebbe, nel terziario e nei settori delle cinque organizzazioni istitutive di RETE, una preliminare azione di riforma che, incidendo secondo una delle linee dettate dalla recente giurisprudenza costituzionale sull'art. 19, l. n. 300/70, deve decidere se includere o meno uno spazio speciale per una rappresentanza eletta di lavoratori anche nelle PMI e, qualora non includesse tale spazio, determinare cosa è e come si realizza concretamente la rappresentanza associativa dei lavoratori nelle PMI. Per entrambe le ipotesi, restano aperti i problemi della c.d. esigibilità della contrattazione decentrata e del correlato modo di agire in sede di contrattazione collettiva decentrata per attuare tale esigibilità. Si tratterebbe, in definitiva, di concretizzare subito per le PMI, mediante la via legislativa, una delle valenze normative potenzialmente assegnabili ai contratti collettivi decentrati nell'ordinamento statale: saremmo, dunque, di fronte a una delle forme di estensione dell'efficacia del contratto collettivo decentrato, ammissibili *ex co. 1* dell'art. 39. Una risposta al problema dell'esigibilità del contratto collettivo significherebbe una risposta nelle PMI all'esigenza di certezza giuridica nelle relazioni di lavoro a livello aziendale, all'esigenza di esclusività della rappresentanza in azienda, e all'esigenza di gestione delle istanze provenienti dalle minoranze di lavoratori/rappresentanti dissenzienti.

<sup>28</sup> Si v., per un confronto su alcune opzioni *de jure condendo*, che in questo periodo sono oggetto di discussione, gli studi di RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della costituzione*, in questa Rivista, 2013, pp. 263-285; ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo la 'guerra dei tre anni': verso una nuova legge sindacale?*, in questa Rivista, 2013, pp. 581-601. I progetti in campo sono essenzialmente due: uno fa capo proprio a questa Rivista – leggilo nella rubrica *Laboratorio Normativo* del n. 1/2014, p. 155 ss. – l'altro al gruppo "Freccia Rossa" (*RIDL*, 2015, III, 205 ss.). Si v. anche MARESCA, *Costituzione della RSA e sindacati legittimati*, in *ADL*, 2013, pp. 1298-1330. Recentemente, è stata presentata anche la proposta di TREU, NEROZZI e CARRIERI in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>29</sup> Richiamo sul tema alcuni spunti di D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, pp. 665 ss. il quale sottolinea che la legittimazione del criterio del consenso elettorale può essere dedotto dalla previsione relativa alla democraticità dello statuto del sindacato ai fini della registrazione. Ciò per l'A. promuove un'adeguata "apertura" del sistema di rappresentanza associativa anche verso i lavoratori non iscritti. Si v. anche VARDARO, *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene, 1984, spec. p. 122, il quale evidenzia che nel quarto comma dell'art. 39 è "sbagliato" il collegamento tra registrazione del sindacato che sottoscrive e efficacia *erga omnes* del contratto collettivo. Di qui muove l'idea che quel collegamento in ogni caso non esaurisce il contenuto normativo dell'art. 39, co. 4.

## Abstract

La disapplicazione di fatto dei contratti collettivi e la dissociazione dalle organizzazioni di rappresentanza datoriale sono segnali di crisi sempre più evidenti nel sistema delle piccole e medie imprese italiane, oggi largamente riferibile a Confcommercio, Confesercenti, CNA, Confartigianato e Casartigiani. Ci sono sviluppi recenti che debbono essere analizzati. Tra questi la dissociazione di federazioni dalle confederazioni e dissociazioni dal contratto collettivo nazionale. Il che determina un'intenzione di tali attori sociali di ridefinire le strategie di rappresentanza e di contrattazione collettiva (si v. l'Accordo sulla Rappresentanza del 2015 di Confcommercio). Il saggio disamina la giurisprudenza più recente relativi a tali problemi, muovendo da una visione di RETE IMPRESE ITALIA (associazione di associazioni datoriali) come soggetto che non è abilitato – al momento – a azioni di carattere negoziale e prospettando i presupposti di diritto sindacale per una teoria sul possibile ruolo di RETE IMPRESE ITALIA in un contratto “unico” per le PMI italiane.

The reduction in coverage and the informal derogations from collective agreements are signs of erosion of the Italian system of collective bargaining in the most representative SME's associations (Confcommercio, Confesercenti, CNA, Confartigianato, Casartigiani). New developments can be analyzed. In particular, the unbound employers associations or derogations from national collective agreements make it necessary to reassess the prospects of collective bargaining and the regime concerning the representativeness (e.g. “Accordo sulla Rappresentanza” 2015 – Frame Agreement on Representativeness of Confcommercio). The essay is aimed at carrying out an in-depth case law analysis concerning these developments, considering as starting point a sort of renewal strategy of SME's association that created RETE IMPRESE ITALIA (umbrella association) in order to give stimuli to increase the associational power of SME/employers' associations, without any strategy concerning an “united” national collective bargaining. As a preliminary conclusion, the essay builds up a theory on a possibile united national collective bargaining for the Italian SME, with RETE IMPRESE ITALIA directly involved in negotiations with the unions.

## Key words

Dissociazione del datore di lavoro dall'organizzazione imprenditoriale, vincolo al contratto collettivo nazionale, rappresentanza datoriale, Accordo sulla rappresentanza 2015 di Confcommercio, RETE IMPRESE ITALIA.

Employers stepping out from the employers association, unbound employers, collective bargaining application, employers association representativeness, 2015 Frame Agreement on Confcommercio Representativeness, RETE IMPRESE ITALIA.





**C. Cost. sentenza 1 dicembre 2015, n. 260** – Pres. Criscuolo; Rel. Sciarra. Norme impugnate: Art. 40, co. 1 bis, d. l. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 9 agosto 2013 n. 98. Atto deciso: ord. 234/2014

**Contratto a tempo determinato – Lavoratori dello spettacolo – Assunzioni a termine – Presupposti – Temporaneità e specificità dello spettacolo – Vincolo di necessità diretta – Fondazioni lirico – sinfoniche – Privatizzazione – Stabilizzazione del rapporto a termine – Successione di contratti a termine – Violazione obblighi – Deroche – Abusi – Retroattività della norma interpretativa- Illegittimità costituzionale.**

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 40, co. 1-bis del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 9 agosto 2013 n. 98, nella parte in cui prevede che l'art. 3, co. 6, primo periodo, del d.l. 30 aprile 2010 n. 64, convertito dall'art. 1, co. 1 della l. 29 giugno 2010 n. 100, si interpreta nel senso che alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine.*

**C. Giust. 26 febbraio 2015, causa C-238/14** – Ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 258 TFUE, proposto il 13 maggio 2014. Ricorrente: Commissione Europea – Convenuto: Granducato di Lussemburgo

**Inadempimento di uno Stato – Politica sociale – Dir. 1999/70/CE – Accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato**

**– Lavoratori saltuari dello spettacolo – Successione di contratti di lavoro a tempo determinato – Clausola 5, punto 1 – Misure contro abusi di successioni di contratti a termine – Ragioni obiettive – Flessibilità- Diritto alla stabilità.**

*Il Granducato di Lussemburgo, mantenendo talune deroghe alle misure volte a prevenire un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con i lavoratori saltuari dello spettacolo, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE. La Corte, pur riconoscendo l'esistenza di "ragioni obiettive" tali da giustificare, in un peculiare contesto, l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, pone in capo a ciascun Stato membro l'obbligo di prevedere misure adeguate a prevenirne e, eventualmente, a sanzionarne il ricorso abusivo.*

★ ★ ★

**Gaetano Natullo, Teresa Giornale**

**Il contratto a termine nel settore dello spettacolo: peculiarità e abusi**

**Sommario:** **1.** La "vexata quaestio" dell'utilizzo del contratto a tempo determinato nel settore artistico. La "specialità" del lavoro artistico nella vigenza della l. 230/1962. **2.** Segue. Dal vecchio al nuovo regime. La complessa disciplina dei contratti a termine nel settore dello spettacolo tra norme europee e interne. **3.** L'intervento riequilibratore della Corte Costituzionale. **4.** Una decisiva pronuncia della Corte di giustizia europea. **5.** Quali conclusioni nel nuovo regime del contratto a termine "acausale"?

**1.** *La "vexata quaestio" dell'utilizzo del contratto a tempo determinato nel settore artistico. La specialità del lavoro artistico nella vigenza della l. 230/1962*

Le due decisioni qui commentate prendono entrambe in esame la disciplina legislativa che regola il lavoro a termine nel settore dello spettacolo.

La sentenza della Corte cost. dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1-bis del decreto legislativo 21 giugno 2013, n. 69 (disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), norma interpretativa dell'art. 3, comma 6, primo periodo del d.l. n. 64/2010<sup>1</sup>. La pronuncia della CGE, richiamata dalla Corte costituzionale, condanna invece la normativa lussemburghese sul contratto a termine là dove stabilisce che i contratti a termine conclusi per i lavoratori saltuari dello spettacolo possono essere rinnovati più di due volte, anche per una durata totale superiore ai 24 mesi, senza essere considerati per questo come contratti a tempo indeterminato.

Obiettivo del presente contributo è di utilizzare le due citate pronunce per approfondire i principali profili problematici che caratterizzano, nella sua evoluzione, l'applicazione della disciplina del contratto a tempo determinato nel settore in esame. Inevitabilmente, dati gli obiettivi che si prefissa e le caratteristiche delle due sentenze, assai diverse nei presupposti e nei contenuti, il contributo sconterà una certa approssimazione nell'esame delle due decisioni, ognuna delle quali potrebbe giustificare una specifica nota di commento; approssimazione che però si ritiene comunque sufficiente ai fini specifici dell'indagine.

L'esame delle due decisioni, con particolare riferimento al nostro Paese, non può prescindere dall'inquadramento del contesto che ne costituisce lo sfondo: ossia caratteri e disciplina del lavoro a termine nel settore dello spettacolo e delle Fondazioni lirico-sinfoniche in particolare, nella sua evoluzione storica, parallela evidentemente alla evoluzione della normativa europea e nazionale regolativa del lavoro a tempo determinato.

Solo sulla base di tali premesse, del resto in parte rinvenibili anche nella sentenza della Corte costituzionale, infatti, è possibile comprendere snodi e risvolti della questione, che sconta notevoli peculiarità rispetto alla già di per sé complessa questione del lavoro a termine. Ebbene, punto di partenza non può che essere la "specialità" dei rapporti di lavoro nel settore dello spettacolo, specialità ovviamente marcata nel caso delle prestazioni di lavoro artistico (ersi corea, cantanti, musicisti) – oggetto della specifica questione che

<sup>1</sup> Il decreto, convertito con modifiche, nella l. n. 29 giugno 2010 n. 100, in materia di spettacolo e attività culturali, dispone che *"alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazioni in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l'art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977, n. 426 e successive modifiche, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del D. lgs. 368/2001"*.

si commenta – ma comunque sussistente talora anche nel caso del lavoro più tipicamente amministrativo<sup>2</sup>. Specialità peraltro da subito considerata anche dalla specifica normativa sul contratto a termine, e nella quale risiede il vero nocciolo della questione, in ragione della rilevanza del carattere fisiologicamente “temporaneo”, in determinati casi, delle esigenze aziendali sottese alle prestazioni di lavoro, specie artistico; carattere fisiologico, però, facilmente deviato ad esigenze strutturalmente permanenti, con inevitabili possibili sconfinamenti nell’abuso dell’istituto del contratto a tempo determinato.

Partendo dalla normativa del 1962, l’art. 1, comma 2 lett. e), della l. 230/1962, così come modificato dalla l. n. 266/1977, disciplinava l’ipotesi della contrattazione di lavoro a tempo determinato “*nelle assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi*”, consentendo in tal caso l’apponibilità di un termine alla durata del contratto.

Ai fini della legittimità dell’apposizione del termine, secondo la ricostruzione della dottrina e della giurisprudenza<sup>3</sup>, era però necessaria la coesistenza dei seguenti requisiti:

- la *temporaneità* dell’occasione lavorativa rappresentata dalla trasmissione o dallo spettacolo, che non devono essere necessariamente straordinari od occasionali ma di durata limitata all’arco di tempo della programmazione complessiva e quindi destinati ad esaurirsi (per cui non consentono l’utilizzazione di un lavoratore a tempo indeterminato);

- la *specificità* del programma, che deve essere quantomeno unico (anche se articolato in più puntate o ripetuto nel tempo) e presentare una connotazione sua particolare;

- la connessione reciproca tra specificità dell’apporto del lavoratore e specificità del programma o spettacolo (il *cd. vincolo di necessità diretta*), per cui il primo concorre a formare la specificità del secondo o è reso necessario da quest’ultima specificità.

E dunque, lo spettacolo può definirsi specifico solo allorquando si configuri quale momento episodico dell’attività imprenditoriale, rispondendo così al requisito della temporaneità.

Ne viene di immediata conseguenza, che l’assunzione a termine deve

<sup>2</sup> Sul tema la bibliografia è scarsissima. V. comunque LA ROSA, *Il rapporto di lavoro nello spettacolo*, Giuffrè, 1998.

<sup>3</sup> Cf. *ex pluribus*, Cass. 10 novembre 2009 n. 23760; Cass. 25 settembre 2008 n. 24049, con nota di NAIMOLI, in *RGL*, II, pp.388 ss. Quest’ultima sentenza si riferisce in particolare all’attività di programmatista regista alle dipendenze della RAI.

riguardare un lavoratore il cui apporto lavorativo si inserisca, con vincolo di necessità diretta, nello specifico spettacolo, in quanto non è sufficiente la mera qualifica artistica del personale, ma è indispensabile che l'apporto medesimo non sia sostituibile con le prestazioni del personale di ruolo dell'azienda<sup>4</sup>.

In definitiva, il singolo spettacolo – perché possa dirsi integrante i requisiti di cui innanzi e, pertanto, legittimante l'apposizione del termine al contratto di lavoro – dovrebbe essere caratterizzato da un'atipicità tale, rispetto agli altri spettacoli normalmente organizzati dall'azienda nell'ambito della propria ordinaria attività, da non consentire l'utilizzo del personale stabile dell'azienda, e giustificare l'assunzione di un'ulteriore risorsa professionale, per l'appunto a termine, ossia per la durata di quello specifico spettacolo che ne richiede la peculiare professionalità.

A tal proposito, valgono le parole utilizzate dalla Suprema Corte sul punto: *“va esclusa la liceità dell'apposizione del termine nell'ipotesi di mera individuazione nel contratto dello spettacolo o del programma per la cui realizzazione il dipendente sia stato assunto, senza alcuna specificazione circa la natura e lo scopo di essi e prescindendo dalla temporaneità delle esigenze che rendono necessaria l'assunzione”*<sup>5</sup>.

A completare siffatto quadro, l'ulteriore tassello della natura pubblica degli Enti Lirici, con la diretta conseguenza della impossibilità, come per tutti gli enti pubblici (salvo quelli economici), della conversione e stabilizzazione dei rapporti nel caso di illegittimità del termine apposto ai contratti. Diretta discendenza di tale regime era la specifica disposizione dell'art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977, n. 426, per il quale “sono altresì vietati i rinnovi dei rapporti di lavoro che, in base a disposizioni legislative e contrattuali comporterebbero la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato” e “le assunzioni attuate in violazione del divieto di cui al comma 1 precedente sono nulle di diritto”. E, come vedremo, tale norma viene successivamente ripresa dal c.d. “decreto Biondi” (decreto legge 30 aprile 2010, n. 64 conv. con l. 29 giugno 2010, n. 100).

<sup>4</sup> Cass. 24 gennaio 2006 n. 1291.

<sup>5</sup> Cass. 24 gennaio 2000 n. 774.

2. Segue. *Dal vecchio al nuovo regime. La complessa disciplina dei contratti a termine nel settore dello spettacolo tra norme europee e interne*

La successiva evoluzione normativa sui contratti a termine, di cui essenzialmente alla dir. Europea n. 99/70, d.lgs. n. 368/01 e s.m.i., fino ad arrivare da ultimo al c.d. Jobs act (per quanto qui interessa il d.lgs. n.81/2015), è fin troppo nota per poterla qui esaminare. Ai nostri fini risulta opportuno solo ricordare:

a) la clausola 5 dell'Accordo recepito nella dir. 99/70, che individua le tre alternative condizioni che devono essere previste, dalle normative nazionali, per evitare l'abuso dell'utilizzo dei contratti a termine “[...] Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, [...] dovranno introdurre [...] una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”.

b) la considerazione nel d.lgs. n. 368/01, delle specifiche esigenze del lavoro artistico e dello spettacolo, che hanno indotto il legislatore a confermare la disciplina derogatoria per i contratti a tempo determinato delle fondazioni lirico-sinfoniche e la dispensa dall'osservare le disposizioni degli articoli 4 e 5 del decreto stesso<sup>6</sup>, in uno scenario mutato rispetto alla natura giuridica dei precedenti Enti Lirici pubblici. Il legislatore con tale esclusione sembra essersi preoccupato di sanare in favore dei datori (ormai) privati al momento dell'entrata in vigore del suddetto decreto, il precedente contenzioso e di prevenire quello futuro, inserendo nella disciplina attuativa della direttiva europea l'art. 2, comma 4 la seguente previsione: “*Al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale previste dal d.lgs. 29 giugno 1996 n. 367 non si applicano le norme di cui agli artt. 4 e 5*”. Da qui traspare la chiara volontà “liberalizzatrice” mediante la restrizione dell'apparato sanzionatorio

<sup>6</sup> Alle Fondazioni non si applica la disciplina della proroga, della scadenza del termine, della successione dei contratti e delle relative conseguenze sanzionatorie in termini di maggiorazione retributiva e conversione del rapporto a tempo indeterminato. Ad esse non trova applicazione nemmeno il limite complessivo di durata di trentasei mesi e le altre disposizioni introdotte successivamente negli artt. 4 e 5 del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 da parte dell'art. 1, comma 40 della l. 24 dicembre 2007 n. 247 (cd. pacchetto welfare), compresi i diritti di precedenza nelle assunzioni.

alle sole ipotesi di violazioni legate alla mancanza di forma scritta e alla mancanza delle “ragioni obiettive”, non rilevando quelle connesse al fenomeno della successione dei contratti.

Nel vigore della nuova normativa, soprattutto nella prima fase, in cui come noto assumeva grande rilevanza la valutazione del motivo giustificativo del termine ed il suo carattere “temporaneo”, trattandosi di elemento strutturalmente connaturato alla specifica tipologia considerata, anche la Suprema Corte ha avuto modo di sottolineare coerentemente la continuità della linea interpretativa adottata con riferimento ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nel settore dello spettacolo e dei programmi radiotelevisivi ai sensi della previgente l. 230/1962<sup>7</sup>.

c) Nel 2012 con la cd. riforma Fornero il legislatore è intervenuto ancora una volta sulla disciplina generale del contratto a termine, introducendo una novità importante e sostanziale che ha indebolito ulteriormente gli argini di tutela contro un uso indiscriminato del contratto a termine. Aggiungendo il comma 1-bis all’art. 1 del d.lgs. 368/2001, si è sancito infatti l’ingresso nel nostro ordinamento del contratto cd. a-causale<sup>8</sup>, ovvero privo di giustificazione, sebbene a condizione che si tratti del primo rapporto a tempo determinato tra lavoratore e datore, nel limite di durata di dodici mesi non prorogabile. Processo riformatore che sarà concluso nei termini di una totale liberalizzazione del “termine” a distanza di soli pochi anni con l’approvazione del cd. Jobs Act<sup>9</sup>. Con il d.l. n. 34/2014<sup>10</sup> e successivamente con l’approvazione del d.lgs. n. 81/2015 la cd. “acausalità” è stata generalizzata, escludendo del tutto la necessità di una “ragione obiettiva” che legittimi il

<sup>7</sup> Cass. 10 novembre 2009 n. 23760.

<sup>8</sup> SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 99 ss.; SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT - 153/2012, pp. 1 ss.; TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT - 154/2012, pp. 1 ss.; VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, pp. 75 ss.

<sup>9</sup> Tra i più recenti cfr. TIRABOSCHI, *Il lavoro a tempo determinato*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, pp. 155 ss.

<sup>10</sup> V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il jobs Acts e la riforma dei contratti e delle altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT - 233/2014, secondo il quale la liberalizzazione dei contratti a termine nell’ottica del d.l. 20 marzo 2014 n. 34 veniva considerata come una regolazione transitoria per far fronte alla perdurante crisi occupazionale nelle more dell’approvazione di un testo unico semplificato del lavoro e del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente.

ricorso al contratto a tempo determinato. L'eliminazione dell'obbligo motivazionale ha riguardato anche le eventuali proroghe, per le quali non è richiesto più neanche che ineriscano alla medesima attività lavorativa, oggetto del contratto inizialmente stipulato. Fatta questa breve premessa, si può ben notare come le ricadute della nuova normativa sul settore dello spettacolo sono ancora più evidenti se si considera che, oltre a vedersi applicata la disciplina generale nel senso di una totale liberalizzazione del termine, il settore dello spettacolo viene escluso, al pari di altre attività, dall'applicazione del limite della durata del contratto (36 mesi) e della soglia del 20% dei lavoratori assunti a tempo indeterminato (cd. clausola di contingentamento). Deroghe ed esclusioni da quei residui baluardi di tutela rispetto ad un settore già di per sé caratterizzato da argini via via più labili.

Per comprendere al meglio il perimetro nel quale ci muoveremo nel corso della trattazione, è necessario a questo punto fare un breve *focus* sul settore di riferimento, quello delle Fondazioni<sup>11</sup>. Alla fine degli anni '90 assistiamo ad un importante passaggio istituzionale: la "privatizzazione" degli Enti lirici, che evidentemente faceva saltare un altro fondamentale baluardo del sistema (di fatto eliminando ogni ostacolo alla possibile conversione dei rapporti a termine illegittimi). Dotati di personalità giuridica di diritto pubblico<sup>12</sup> fino alla fine degli anni '90, tali enti sono diventati soggetti privati in seguito ad un intervento legislativo che prendeva le mosse principalmente dall'urgenza di arginarne il deficit strutturale, nell'ottica di una nuova gestione in grado di conciliare flessibilità e garanzie per i lavoratori con i principi di economicità di gestione. In questa direzione si è mosso il decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 (Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni diritto privato), sancendo l'assoggettamento dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese e ad una regolamentazione di matrice contrattuale. A differenza di quanto accaduto nel processo di privatizzazione del pubblico impiego, nel quale il datore di lavoro è e resta di natura pubblica sia nella forma giuridica sia nelle modalità organizzative macro, agendo la

<sup>11</sup> Per una ricostruzione storico-normativa v. MAINARDI, CASALE, *Il personale delle fondazioni lirico-sinfoniche dopo la conversione del decreto legge n. 64/2010*, in *Rivista di arti e diritto on line*, n. 3, 2010, pp. 1 ss.

<sup>12</sup> L. 14 agosto 1967, n. 800 (*Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali*); l. 22 luglio 1977, n. 426 (*Provvedimenti straordinari a sostegno delle attività musicali*).



riforma unicamente sulle fonti di disciplina dei rapporti di lavoro e delle relazioni sindacali oltre che sui poteri di gestione micro, nel settore delle Fondazioni si è trattato di una vera e propria privatizzazione del datore stesso con l'effetto di rendere da quel momento in poi inapplicabile la disciplina "speciale" pubblicistica.

Ferme restando le peculiarità relative ad alcuni aspetti del rapporto di lavoro "artistico", espressamente previste dallo stesso legislatore<sup>13</sup>, oggi i dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche (amministrativi, tecnici, artisti) sono a tutti gli effetti lavoratori privati.

Come già è stato sottolineato più volte, il settore conserva delle peculiarità insite nelle attività oggetto dei rapporti di lavoro. Ciò emerge anche e soprattutto relativamente all'applicazione della normativa sui contratti a termine. In occasione della trasformazione degli Enti pubblici non economici che operavano nel settore musicale in Fondazioni di diritto privato, il legislatore all'art. 22, co. 2, ha confermato le deroghe in tema di proroghe e rinnovi previste dalla disciplina generale all'epoca vigente (l. 230/1962), sancendo l'applicazione soltanto dell'art. 1, co. 2 con le causali tipiche e andando ad identificare la sussistenza di esigenze temporanee «nelle assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi».

Per far fronte al crescente contenzioso derivante dalle norme speciali in materia, il legislatore è intervenuto a rinforzare i sempre più deboli argini del sistema, dapprima con il cd. Decreto Bondi (decreto legge 30 aprile 2010, n. 64 - Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali), disponendo che *"alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazioni in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l'art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977, n. 426 e successive modifiche, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione in soggetti di diritto privato e al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del d.lgs. 368/2001"*. Successivamente con

<sup>13</sup> 1) L'art. 22, co. 3, in tema di professionalità dispone che l'art. 2103 c.c. si applichi al personale artistico a condizione che esso superi la verifica di idoneità professionale, nei modi disciplinati dalla contrattazione collettiva.

2) Art. 22, co. 4, prevede che i diritti di sfruttamento economico degli spettacoli prodotti, organizzati o rappresentati, e in generale delle esecuzioni musicali svolte nell'ambito del rapporto di lavoro, restano riservati alla Fondazione lirica.

2) L'art. 23 stabilisce un particolare regime di autorizzazione in ordine alla compatibilità delle attività di lavoro autonome ulteriori rispetto al rapporto alle dipendenze della Fondazione.

la norma oggetto della pronuncia qui commentata, l'art. 40, comma 1-bis, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, la quale enuncia che *“l'art. 3, comma 6, primo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, si interpreta nel senso che alle fondazioni, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti”*.

L'esigenza di introdurre una norma di interpretazione autentica all'interno di un quadro normativo così frastagliato, scaturisce principalmente dal contenzioso giudiziale prodottosi e da una “giurisprudenza estesa su tutto il territorio nazionale”, che ha inteso in senso restrittivo il divieto di stabilizzazione sancito nel 2010, limitandolo alle sole ipotesi di rinnovo. La prevalente giurisprudenza di merito<sup>14</sup> ha infatti continuato, anche dopo il 2010, ad accogliere in molti casi le istanze di accertamento della nullità del termine, ritenendo comunque decisiva la valutazione di nullità del termine apposto al primo contratto, indipendentemente dalla incidenza delle proroghe e/o dei rinnovi, nel momento in cui tale termine fosse insufficientemente “giustificato”<sup>15</sup>. Tale corposa giurisprudenza ha pertanto suggerito al legislatore,

<sup>14</sup> Trib. Napoli 2 dicembre 2012 n. 8424; Trib. Roma 17 febbraio 2012 n. 3105. Con tale pronuncia il giudice ha ritenuto che, tanto nel nuovo che nel pregresso regime dispositivo, la clausola di durata del rapporto lavorativo deve essere apposta quantomeno contestualmente alla stipulazione del relativo contratto, determinandosi in caso di inosservanza, la nullità del termine e quindi la configurazione di un rapporto lavorativo a tempo indeterminato sin dall'origine. Al vizio di nullità della clausola del termine apposta al primo contratto di lavoro, consegue la nullità derivata dei contratti stipulati in epoca successiva. Accertata la nullità del termine apposto al contratto, le conseguenze giuridiche vengono tratte dall'applicazione dell'art. 32 della l. 183/2010, secondo l'orientamento delineato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 303/2011. La violazione delle disposizioni in tema di apposizione del termine di scadenza del contratto lavorativo, comporta la conversione del contratto viziato e la conseguente costituzione di un vincolo obbligatorio riferibile agli artt 2094 ss. cc. Dal momento della conversione il lavoratore, oltre ad aver diritto, ex art. 32 co 5 l. 183/2010, al risarcimento di un'indennità omnicomprensiva compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale, ha il diritto ad essere riammesso nel proprio posto di lavoro e a vedersi corrispondere le retribuzioni anche in caso di mancata riammissione effettiva. Sulla nullità del termine e la relativa conversione v. anche Trib. Milano 2 febbraio 2012 n. 564; Trib. Milano 15 dicembre 2011 n. 6189; Trib. Palermo 18 maggio 2007.

<sup>15</sup> Un orientamento minoritario ha invece adottato un approccio estensivo del divieto di stabilizzazione anche rispetto alle altre ipotesi di nullità del termine contemplate dalla disciplina generale. V. Trib. Roma 24 giugno 2011 n. 1190. Da un lato ribadisce la competenza del giudice amministrativo nelle controversie aventi ad oggetto i rapporti di lavoro a tempo determinato

come già ricordato, l'introduzione nel 2013 di una norma "esegetica" nelle intenzioni risolutiva della questione: norma su cui è intervenuto il Giudice delle leggi con la pronuncia qui in commento.

### 3. *L'intervento riequilibratore della Corte Costituzionale*

Inquadrata la questione nel suo complesso, passiamo ora ad analizzare le decisioni adottate dalle due Corti, partendo dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1-bis del decreto legislativo 21 giugno 2013, n. 69, sulla base di una questione sollevata dalla Corte di appello di Firenze<sup>16</sup>.

Come anticipato, la dichiarazione di incostituzionalità ha censurato il divieto sancito dalla norma citata per le fondazioni lirico-sinfoniche di convertire i contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, quale conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine.

L'art. 40, comma 1-bis del cd. "Decreto del fare", bocciato dalla Corte, è stato infatti presentato come norma interpretativa dell'art. 3, comma 6, primo periodo del d.l. n. 64/2010: disposizione, quest'ultima, il cui contenuto viene "interpretato" nel senso di escludere tale settore di attività dalla stabilizzazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato viziati per violazione delle norme sulla stipulazione dei contratti, sulle proroghe e sui rinnovi.

Come si è accennato, la questione prende le mosse dalla questione sollevata dalla Corte d'Appello di Firenze nell'ambito di una controversia che

dei dipendenti di tali enti, stipulati anteriormente al 23.05.1998 (decorrenza della trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato), dall'altro precisa che, per i contratti di lavoro stipulati in data successiva, laddove ritenuti illegittimi, non si verificherà, comunque, la conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato, con riammissione in servizio. Ciò, alla luce del disposto del d.l. n. 64/2010, convertito in l. n. 100/2010. Questo, infatti, stabilisce che "alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, continua ad applicarsi l'art. 3, quarto e quinto comma, della l. 426/1977 e successive modifiche, anche con riferimento ai rapporti di lavoro instaurati dopo la trasformazione in soggetti di diritto privato". Sulla scorta di tale norma, dunque, anche successivamente alla privatizzazione, in detti enti, sono da intendersi vietati i rinnovi di contratti di lavoro che, in base a disposizioni legislative o contrattuali, comportino la trasformazione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato; App. Palermo 12 maggio 2011 n. 304.

<sup>16</sup> App. Firenze 18 settembre 2014 n. 234.

ha riguardato la Fondazione Maggio Musicale Fiorentino. La vicenda alla base è quella di una danzatrice, “*ersi corea di fila con obbligo di solista*” che, avendo stipulato diversi contratti a termine alle dipendenze della suddetta Fondazione a partire dal 3 giugno 1997 e poi reiterati nel corso degli anni, si era vista accogliere dal Tribunale di Firenze la richiesta di stabilizzazione del rapporto<sup>17</sup>; decisione impugnata dalla controparte in appello.

Invero la Corte, sulla scorta dell’esame dei contratti di lavori prodotti in atti e considerando la loro stessa cadenza e reiterazione, condivide la decisione del Tribunale di primo grado rilevando l’assenza dell’elemento della temporaneità e il dichiarato scopo di assicurare l’espletamento della ordinaria programmazione del teatro senza riferimento a specifici spettacoli e anche al di fuori dell’impegno originariamente preventivato. Con ciò contravvenendo ai principi fissati dall’art. 1, legge 18 aprile 1962, n. 230<sup>18</sup>, prima e a quelli fissati dall’art. 1, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368<sup>19</sup>, poi, per l’assenza della giustificazione del termine apposto ai contratti in questione; principi ai quali la parte appellante, a parere della Corte, avrebbe dovuto attenersi in seguito alla privatizzazione degli enti lirico-sinfonici ad opera del d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

L’intervento legislativo mediante il cd. Decreto Bondi, secondo il Collegio, non fa altro che confermare l’inapplicabilità ai rapporti in esame delle norme in tema di rinnovi, proroghe e prosecuzione oltre scadenza dei contratti a tempo determinato<sup>20</sup>. Nulla giustifica, in quanto non espressamente

<sup>17</sup> Il Tribunale di Firenze “*dichiara la nullità del termine apposto al contratto 9 gennaio 2001 e quindi instauratosi tra le parti un rapporto di lavoro a tempo indeterminato da tale data con inquadramento della ricorrente nel 6° e poi nel 5° livello del CCNL come in motivazione, rapporto tuttora in atto e in relazione al quale alla prossima scadenza la ricorrente ha diritto alla prosecuzione del servizio; condanna la convenuta al pagamento in favore di M. M. G. della indennità onnicomprensiva di cui all’art. 32, comma 5, l. n. 183/2010...*”.

<sup>18</sup> Come noto, la l. 230/1962 era incentrata su un’elencazione tassativa e rigida delle fattispecie giustificatrici della clausola temporale: il cd. sistema della lista chiusa volto a favorire la stipulazione di contratti a tempo indeterminato, considerati la regola in termini di assunzioni rispetto a quelli a termine, visti come eccezioni giustificate solo dalla temporaneità oggettiva dell’attività. Nella suddetta lista alla lettera e) il legislatore annoverava “*l’assunzione di personale per specifici spettacoli o programmi televisivi*”.

<sup>19</sup> Il d.lgs. 368/2001 supera il principio della tassatività delle ipotesi di legittima apposizione del termine, essendo ora l’apposizione del termine consentita a fronte della sussistenza di più generiche ragioni di “carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”. Il superamento dei “casi di specialità” non implica il venir meno della regola dell’eccezionalità del termine, demandando al giudice il compito di verificare la reale sussistenza delle suddette cause.

<sup>20</sup> V. Circolare di lavoro e previdenza n. 9 del 7 marzo 2014. Il Ministero del lavoro, con

previsto, un'estensione analogica e interpretativa di tale regime "speciale" al caso dei vizi afferenti alla mancanza dell'atto scritto e alla insussistenza delle ipotesi tipiche ovvero delle ragioni giustificatrici di "carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" che legittimano l'apposizione del termine al contratto<sup>21</sup>.

Nel 2013 il legislatore è intervenuto nuovamente sul tema in questione con l'art. 40, comma 1-bis, d.l. 21 giugno 2013, n. 69, oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale. Come emerge dagli stessi lavori parlamentari, il legislatore "imputa" alla giurisprudenza di aver travisato, attraverso un'interpretazione restrittiva<sup>22</sup>, il senso del d.l. 64/2010, che intendeva "evi-

risposta ad interpello n. 6 del 30 gennaio 2014, ha chiarito che gli intervalli temporali tra due contratti a termine non si applicano nei confronti sia dei dipendenti artisti e tecnici dello spettacolo che degli addetti a mansioni impiegate e operaie del medesimo settore. È necessario però che i contratti presentino alcuni requisiti riconducibili alla stagionalità dell'attività dedotta in rapporto: a) temporaneità dell'occasione lavorativa; b) specificità del programma; c) cd. vincolo di necessità diretta. Con l'introduzione del nuovo art. 1, comma 1-bis, del d.lgs. 368/2001 (post cd. Riforma Fornero) e la regola dell'*acausalità*, è possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato senza l'indicazione delle cause giustificatrici purché il contratto abbia una durata non superiore a 12 mesi e che si tratti di un primo rapporto di lavoro subordinato tra lavoratore e datore.

<sup>21</sup> Cass. n. 5748/2010; Cass. 26 maggio 2011 n. 11573.

<sup>22</sup> Cass. 30 luglio 2013 n. 18263; Cass. 26 maggio 2011 n. 11573 che inaugurato un orientamento conforme, accolto successivamente all'entrata in vigore della norma interpretativa, ripreso da alcune pronunce successive della stessa Corte tra le quali Cass. 19 maggio 2014 n. 10924; Cass. 12 maggio 2014 n. 10217; Cass. 27 marzo 2014 n. 7243; Cass. 20 marzo 2014 n. 6547; Cass. 5 febbraio 2014 n. 10124; Cass. 12 marzo 2014 n. 5748. La Suprema Corte in quest'ultima sentenza chiarisce in maniera definitiva che per effetto della trasformazione degli Enti lirici in Fondazioni lirico-sinfoniche, queste ultime "non fanno più parte del complesso delle pubbliche amministrazioni". Secondo la Cassazione "la qualità dell'ente, mutata da pubblica amministrazione a figura soggettiva privata, comporta la contestuale trasformazione della natura giuridica del rapporto di lavoro dipendente, che diventa un comune rapporto di lavoro subordinato, con salvezza di eventuali regole speciali dettate dalla normativa di trasformazione". Vengono così fissati all'interno della suddetta pronuncia dei punti fermi di cui anche la Corte Costituzionale nella sua censura di illegittimità costituzionale terrà conto: il cd. Decreto Bondi trova applicazione solo per un arco temporale che intercorre tra la trasformazione degli Enti in Fondazioni e l'entrata in vigore del d.lgs. 368/2001. Esso attiene, comunque, solo al rinnovo ed alla reiterazione dei contratti a termine ma non intacca la normativa generale sulla stipula dei contratti con i limiti previsti che impongono il ricorso a tale istituto solo in presenza di ragioni di carattere oggettivo e solo in presenza di esigenze temporanee.

«Conseguentemente ogni tentativo di estendere l'efficacia temporale del Decreto Bondi, indipendentemente dalla legittimità di una tale operazione che qualifica come norma di interpretazione autentica una norma che in realtà ha contenuti assai diversi da quelli della norma

tare la stabilizzazione dei rapporti di lavoro, disattendendo in tal modo la stessa *ratio legis*. La giurisprudenza (maggioritaria) sia di merito che di legittimità, a fronte della specialità del settore più volta ribadita, nonostante le deroghe legislative in merito, ha tenuto fermi i capisaldi posti alla base della disciplina generale regolante il contratto a tempo determinato nel settore privato: confermando il principio secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la *forma comune*<sup>23</sup> dei rapporti di lavoro, in un rapporto regola/eccezione ovvero norma/deroga, si è ribadita la necessità che venga soddisfatto l'onere di specificazione per iscritto delle ragioni giustificatrici del ricorso al contratto a termine; nonché la reale sussistenza di causali, vanificando la *ratio* della normativa il ricorso a vuote clausole di stile.

La Corte d'Appello di Firenze aveva ravvisato una portata retroattiva della disciplina, celata dietro lo schermo della natura interpretativa<sup>24</sup>, rilevando pertanto il contrasto con i principi di ragionevolezza ed eguaglianza, traducendosi la norma impugnata, da un lato, in un'arbitraria ingerenza nel-

che si vorrebbe "interpretata", non può che avere il medesimo oggetto della norma "interpretata" quindi non può che riguardare esclusivamente l'istituto del rinnovo dei contratti». V. CONTE, *Fondazioni liriche, la Cassazione cala il sipario?*, in *Bollettino Diritti e lavori*, 2014, n. 5, p. 2.

<sup>23</sup> Con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (in particolare l'art. 30 della Carta che sancisce il diritto alla giustificazione del licenziamento, e pertanto il diritto alla stabilità del lavoro traslabile al contratto a termine) il concetto della forma comune può essere considerato non più un "principio riflessivo" ma ad un principio *tout court*, nel senso del divieto di libero arbitrio per le scelte del datore, attraverso lo strumento della giustificazione (mediante indicazione della causale) del termine. V. SARACINI, *op. cit.*, pp. 75 e ss.

<sup>24</sup> Più in generale sulla portata dell'interpretazione autentica della legge cfr. C. Cost. n. 271 del 2011, in cui si chiarisce che "il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze nell'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore (*ex plurimis*: sentenze n. 209 del 2010, n. 24 del 2009, n. 170 del 2008 e n. 234 del 2007)". La Corte, tuttavia, a fronte di tali circostanze giustificative dell'adozione di tali norme, sottolinea anche la sussistenza di una serie di limiti all'efficacia retroattiva delle suddette leggi, limiti che il giudice di legittimità costituzionale definisce come "valori di civiltà giuridica", quali "il rispetto del principio di ragionevolezza che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario" (C. Cost. n. 397 del 1994). Nello stesso senso, più di recente, C. Cost. nn. 69 del 2014, 308 e 103 del 2013.

l'esercizio della funzione giurisdizionale e, dall'altro lato, nella discriminazione dei lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche rispetto agli altri lavoratori del settore privato.

La Corte Costituzionale con la sentenza qui commentata ha riconosciuto la fondatezza della questione sollevata, accogliendo i rilievi del Giudice *a quo*, rilevando la lesione di un duplice interesse: quello dell'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e quello delle attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria.

L'affidamento, nel caso di specie, risulta corroborato da un assetto normativo risalente, basato sulla distinzione tra le vicende relative ai "rinnovi" dei contratti e quelle invece pertinenti la (il)legittimità originaria del contratto e da una giurisprudenza che gli stessi lavori parlamentari menzionano e che la legge interpretativa ribalta, ripercuotendosi sui giudizi in corso.

Secondo un'interpretazione letterale dei termini, infatti, il vocabolo "rinnovo" con tutta evidenza evoca un concetto diverso rispetto a quello dell'illegittimità del termine apposto al primo contratto. Nel primo caso ci si riferisce alla successione dei contratti e all'aspetto dinamico del rapporto negoziale; nella seconda fattispecie, che corrisponde alla questione scrutinata nel giudizio principale, trattasi di un vizio genetico che inficia il contratto sin dall'origine. Attraverso una "prospettiva diacronica" l'intero assetto normativo nel corso della sua complessa evoluzione ha da sempre recepito tale differenza, tenendo fermo il regime derogatorio sulle proroghe e sui rinnovi anche nel processo riformatore che più volte ha investito la disciplina del contratto a termine. La Corte ha altresì precisato che sul giudizio non ha inciso neanche la nuova disciplina in tema di contratti a tempo determinato delle fondazioni di produzione musicale, di cui al d.lgs. 81/2015, il quale all'art. 29 si limita a ribadire, con riguardo alle proroghe e ai rinnovi dei contratti, la disciplina derogatoria dei contratti a tempo determinato nelle fondazioni lirico-sinfoniche.

La rilevanza della pronuncia del Giudice delle leggi è indubbia, là dove censura severamente il tentativo del legislatore italiano di risolvere l'esistente contenzioso una norma sostanzialmente di applicazione retroattiva, sebbene celata dietro un'apparente diversa veste, – nel nostro caso di norma di interpretazione –, con ciò indirettamente anche censurando una generale propensione del nostro legislatore in tal senso.

Infine, la Corte conferma l'importanza dell'indicazione della "ragione obiettiva" come mezzo adeguato a prevenire gli abusi nella stipulazione dei

contratti a tempo determinato, nonché elemento di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità dell'impiego e le irriducibili peculiarità del settore.

#### 4. Una decisiva pronuncia della Corte di giustizia europea

Sul punto da ultimo richiamato, la Corte Costituzionale richiama la recente pronuncia della Corte di giustizia<sup>25</sup> intervenuta su vicenda e fattispecie sostanzialmente analoga a quella italiana, sia pure con riguardo alla normativa lussemburghese<sup>26</sup>. In estrema sintesi, nella citata pronuncia, la Corte europea si è mossa in linea di continuità con la consolidata giurisprudenza comunitaria che, chiamata a più riprese a pronunciarsi sulla questione dell'“obiettività”<sup>27</sup> delle ragioni, pur accogliendone una definizione alquanto estensiva<sup>28</sup>,

<sup>25</sup> C. Giust. 26 febbraio 2015, C-238/14, Commissione contro Granducato di Lussemburgo, che riprende le affermazioni della sentenza della C. Giust. 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13).

<sup>26</sup> Il diritto lussemburghese prevede che la durata dei contratti a tempo determinato non può, per un medesimo dipendente, superare i 24 mesi, inclusi i rinnovi. Un'altra disposizione stabilisce, tuttavia, che i contratti a termine conclusi per i lavoratori saltuari dello spettacolo possono essere rinnovati più di due volte, anche per una durata totale superiore ai 24 mesi, senza essere considerati per questo come contratti a tempo indeterminato. A parere della Commissione il diritto lussemburghese non prevede alcuna ragione obiettiva che consenta di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con i lavoratori saltuari dello spettacolo. Essa ha, dunque, proposto un ricorso per inadempimento contro il Lussemburgo dinanzi alla Corte di giustizia.

<sup>27</sup> L'obiettività può ben essere ricostruita alla luce del carattere provvisorio delle esigenze poste alla base della stipulazione di un contratto a termine. V. C. Giust. *Angelidaki punto 102*.

<sup>28</sup> Sulla nozione di “ragioni obiettive” si è pronunciata dichiarando che quest'ultima deve essere riferita a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Dette circostanze possono risultare, segnatamente dalla particolare natura dei compiti per l'espletamento dei quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad essi inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. V. C. Giust. 4 luglio 2006, C-2121/04 *Adelener*, ord. *Vassillakis* 12 giugno 2008 C 364/07, C. Giust. 13 settembre 2007, C-307/05 *Del Cerro Alonso*. Il giudice europeo, mediante un approccio teleologico, ha più volte ribadito che, indipendentemente dalla misura in concreto adottata dal singolo Stato membro, ciò che deve essere garantito è l'effettività della prevenzione in ordine all'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, trattandosi di misure alternative ma complementari tra loro. Ora, come si è detto, è evidente che uno Stato membro nel normare un settore particolare



ha da sempre tenuto conto del rischio che il contratto a termine possa essere utilizzato non quale mezzo giuridico per far fronte a fabbisogni di carattere esclusivamente temporaneo, bensì per soddisfare di fatto esigenze permanenti e durevoli<sup>29</sup>. Ebbene, condivisibilmente, la Corte, giudicando sulla normativa lussemburghese regolativa del lavoro a termine del settore dello spettacolo, e caratterizzata da un complesso di deroghe assai simile a quella italiana, ne ha dovuto rilevare l'incompatibilità con la direttiva europea sul contratto a termine, constatando la mancata previsione di tutte e tre le "contromisure" previste dalla clausola 5 dell'Accordo Quadro recepito dalla direttiva, come detto funzionalmente preposte ad evitare "abusi" ed un utilizzo indiscriminato, e come tale *contra legem*, del contratto a tempo determinato. Nelle legge lussemburghese, in relazione ai lavoratori dello spettacolo, viene consentita l'assunzione con contratti a tempo determinato in successione, senza prevederne la durata massima totale, né limitarne il numero di rinnovi. Con la sentenza in oggetto, la Corte considera che il rinnovo di contratti successivi con i lavoratori saltuari dello spettacolo non è giustificato, nel diritto lussemburghese, da una "ragione obiettiva": infatti, la normativa lussemburghese, non chiarendo che la condizione di "lavoratori saltuari dello spettacolo" deve essere legata a progetti individuali e circoscritti nel tempo e non collegando la loro situazione ad esigenze di natura temporanea, risulta in contrasto con la Direttiva 99/70/CE.

In particolare, la legge censurata non specifica perché ed in che modo i lavoratori saltuari dello spettacolo esercitino "fisiologicamente" attività di natura temporanea. Né tantomeno la durata massima si può evincere dalla partecipazione dei lavoratori a progetti individuali e circoscritti nel tempo, non specificando come i dipendenti in questione esercitino le loro attività nell'ambito dei progetti. A ciò consegue che i datori di lavoro possono concludere una successione di contratti con i lavoratori saltuari dello spettacolo per soddisfare non solo esigenze temporanee, ma anche esigenze permanenti e durevoli in materia di personale.

Pertanto, l'obiettivo, dichiarato da parte del Lussemburgo, di assicurare

quale può considerarsi quello dello spettacolo, possa prevedere una disciplina che tenga conto delle peculiarità insite nell'attività oggetto del contratto o rapporto di lavoro. Parallelamente però tale facoltà non consente, a parere della Corte, di non rispettare l'obbligo di prevedere una misura adeguata a prevenire e, eventualmente, sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a termine.

<sup>29</sup> C. Giust. *Angelidaki*, cit.

una certa flessibilità nonché vantaggi sociali ai lavoratori saltuari dello spettacolo, consentendo ai datori di lavoro di assumere tali lavoratori in modo frequente e senza limiti, non vale a dimostrare la sussistenza di circostanze precise e concrete che contraddistinguono l'attività dei lavoratori saltuari dello spettacolo e, quindi, tali da giustificare in tale contesto particolare l'utilizzo di una indiscriminata successione di tali contratti.

La pronuncia è con tutta evidenza assai significativa, in generale e con particolare riferimento alla questione che qui ci occupa. La stessa Corte Costituzionale, nella commentata decisione, trova un decisivo avallo fondamento nel motivare la bocciatura della norma interna di "presunta natura interpretativa autentica" in grado di violare un obbligo del nostro Stato, anch'esso firmatario dell'accordo e quindi obbligato ad adottare strumenti preventivi, prima ancora che sanzionatori. Invero, e proprio attraverso il richiamo alla Corte Europea, il Giudice delle leggi pare implicitamente esprimere un giudizio svalutativo non solo della norma sottoposta al suo vaglio, ma anche più in generale al complessivo assetto normativo nazionale che regola il contratto a termine nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

##### 5. *Quali conclusioni nel nuovo regime del contratto a termine "acausale"?*

L'affermazione appena espressa, del resto, si giustifica se si considera l'attuale normativa sui contratti a tempo determinato, su cui è opportuna qualche riflessione conclusiva.

Premesso che paiono da condividersi in toto sia le conclusioni cui giunge la Corte Costituzionale sia quelle cui perviene la Corte Europea; premesso dunque che nel previgente assetto legislativo non risultano colmati (dal legislatore) i varchi aperti dal quadro normativo così come interpretato ed applicato dalla prevalente giurisprudenza, non si può non riflettere sulle modifiche apportate di recente dal legislatore, dapprima come noto dalla l. n. 92/12, poi dal d.l. n. 34/2014, infine consolidate nel d.lgs. 81/2015<sup>30</sup>.

Invero, in considerazione di quanto emerso, e particolarmente a seguito della citata sentenza della Corte Europea, sembra inevitabile dover giungere

<sup>30</sup> Art. 29, co. 3. Al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al d.lgs. 367/1996, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21.

alla conclusione che, *mutatis mutandis*, anche la disciplina italiana del contratto a termine nel settore dello spettacolo – già precedentemente (alle riforme 2012-2015) a nostro avviso in forte odore di incompatibilità con la normativa europea – alla luce delle modifiche introdotte sia decisamente in violazione della direttiva europea, proprio per l’insanabile contraddizione con la più volte menzionata “clausola 5”.

Nel previgente assetto, la permanenza dell’obbligo di giustificazione causale del primo contratto, e dunque la necessità di “ragioni obiettive” che giustificassero l’apposizione del termine, oltre a fondare, come illustrato, il sindacato del Giudice, in qualche modo salvava la compatibilità della normativa rispetto alla direttiva europea (clausola 5): ciò perché, deve ritenersi, il profilo causale del primo contratto inevitabilmente si riverberava sui successivi, in sede di proroghe e rinnovi, potendosi pertanto concludere per la sostanziale sussistenza, in quell’assetto normativo, del primo dei tre limiti previsti dalla clausola della direttiva (rectius dall’Accordo Quadro), ossia le “ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo”.

Orbene, quella condizione, che nella precedente disciplina di fatto poteva “salvare” la legge italiana, nella nuova normativa è venuta meno, per l’eliminazione della necessaria giustificazione dell’apposizione del termine, permanendo invariate tuttavia le ulteriori deroghe già previste nel settore specifico (relative alla durata massima, alle proroghe ed ai rinnovi).

In buona sostanza, nessuno dei tre alternativi limiti imposti dalla richiamata clausola 5 viene imposto, venendo meno qualsiasi onere di motivazione. Dal che, non pare revocabile in dubbio la radicale violazione della direttiva europea. Ciò, a meno di non ritenere, in via di interpretazione adeguatrice, che comunque sia necessario conservare un obbligo di motivazione in sede di proroghe del termine o di rinnovi dei contratti, con l’esigenza di specificare dunque le “ragioni obiettive” degli stessi. Ed è evidente che nel settore in esame la legittimità di tali “ragioni” non potrà che essere valutata alla stregua del principio di “specificità” e “stretta necessità” elaborato e consolidato nel tempo dalla giurisprudenza.

**Key words**

Contratto a tempo determinato, lavoratori dello spettacolo, normativa nazionale, normativa europea, deroghe, illegittimità.

Fixed term contract, workers in the entertainment sector, national legislation, EU legislation, derogations, unlawfulness.

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Prima Sezione) – 4 dicembre 2014, C-413/13 – Rel. Antonio Tizzano – FNV Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden**

**Concorrenza – Articolo 101 TFUE – Ambito di applicazione *ratione materiae* – Contratto collettivo di lavoro – Disposizione contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi – Nozione di “impresa” – Nozione di “lavoratore” – Disciplina dei c.d. “falsi autonomi”.**

*La disposizione di un contratto collettivo di lavoro contenente tariffe minime per i prestatori autonomi di servizi, affiliati a una delle organizzazioni di lavoratori subordinati parti del contratto, che svolgono per un datore di lavoro, in forza di un contratto d'opera, la stessa attività dei lavoratori subordinati di tale datore di lavoro, esula dal divieto di accordi restrittivi della concorrenza, di cui all'articolo 101, paragrafo 1, TFUE, se tali prestatori sono “falsi autonomi”, ossia si trovano in una situazione paragonabile a quella di detti lavoratori subordinati.*

\*\*\*

## Amedeo Arena

### La *labor antitrust exemption* al vaglio della Corte di giustizia: quale contrattazione collettiva per i lavoratori c.d. falsi autonomi?\*

**Sommario:** **1.** La *labor antitrust exemption*: genesi ed evoluzione nel diritto dell'Unione europea. **2.** Le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl. **3.** La sentenza della Corte di giustizia. **4.** Commento: labor exemption e approccio funzionale. **5.** L'illusoria centralità della dicotomia lavoratore/impresa. **6.** Il silenzio "assordante" della Corte di giustizia sul diritto di associazione sindacale. **7.** Conclusioni.

#### 1. *La labor antitrust exemption: genesi ed evoluzione nel diritto dell'Unione europea*

Con la sentenza in epigrafe<sup>1</sup>, la Corte di giustizia ha fornito alcuni importanti chiarimenti sulla portata della *labor antitrust exemption* nel diritto dell'Unione europea, con particolare riferimento ad una fattispecie sempre più diffusa in vari Paesi europei: quella dei c.d. "falsi autonomi", ossia prestatori d'opera che si trovano, nei confronti del loro committente, in una situazione di fatto del tutto analoga a quella dei lavoratori subordinati rispetto al loro datore<sup>2</sup>.

Con il sintagma "*labor antitrust exemption*" (o "*labor exemption*") s'individua la deroga, comune a vari ordinamenti nazionali e sovranazionali, che sottrae alcune attività proprie delle organizzazioni sindacali – tra le quali, in

\* La presente nota riprende ed elabora il contenuto dell'intervento dell'autore al seminario di studio "Politiche internazionali, trasformazioni sociali e lavoro: il ruolo degli Stati Uniti al tempo di Obama", tenuto il 29 aprile 2015 presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II", nonché della relazione presentata il 24 ottobre 2015 alla conferenza "*Public/Private: Unlocking the Boundaries of Legal Thought*", organizzata dall'*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* presso la *Queen's University Belfast School of Law*. L'autore è grato ai partecipanti ad entrambi gli eventi, nonché al *referee* anonimo della presente Rivista, per i preziosi suggerimenti e gli utili spunti d'approfondimento.

<sup>1</sup> In prosieguo: la "sentenza *FNV*".

<sup>2</sup> Per ragioni di spazio, il presente commento non si soffermerà sulla nozione di "falso autonomo" delineata dalla sentenza *FNV*. Sul punto, si rimanda ai commenti di BABIRAD, *Case comment: FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, in *ECLR*, 2015, pp. 181-186; ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in *RIDL*, 2015, Vol. 34, fasc. 2, pp. 573-580.

particolare, la contrattazione collettiva – all’ambito applicativo delle norme a tutela della concorrenza e del mercato (c.d. norme *antitrust*)<sup>3</sup>.

Sotto il profilo economico, l’azione collettiva dei lavoratori nell’ambito della contrattazione collettiva si fonda sul medesimo artificio alla base dei cartelli anticoncorrenziali fra imprese: sostituire alla concorrenza la collusione, al fine di incrementare il prezzo delle prestazioni offerte attraverso l’aggregazione del potere di mercato<sup>4</sup>.

Peraltro, il miglioramento delle condizioni di lavoro, scopo della contrattazione collettiva, comporta una riduzione dei margini di profitto del datore suscettibile di propagarsi per l’intera catena distributiva, con eventuale incremento dei prezzi al consumo<sup>5</sup>. Ciò è antitetico rispetto all’obiettivo perseguito dal diritto *antitrust*, il quale si prefigge di massimizzare il benessere dei consumatori, innanzitutto attraverso la riduzione dei prezzi al dettaglio<sup>6</sup>.

Peraltro, in considerazione delle particolari esigenze di tutela connesse al lavoro dell’essere umano, del frequente squilibrio di potere contrattuale fra lavoratori e datori, nonché dei potenziali effetti deleteri dei conflitti sociali, vari ordinamenti hanno ritenuto opportuno sottrarre la contrattazione collettiva ed altri aspetti dell’attività sindacale all’applicazione del diritto *antitrust*, dando così luogo alla *labor exemption*.

<sup>3</sup> Per una breve panoramica, si veda OCSE, *Competition Law and Responsible Business Conduct*, 2015, pp. 19–20 (reperibile presso il sito <https://mneguidelines.oecd.org/globalforumon-responsiblebusinessconduct/2015GFRBC-Competition-Law-RBC.pdf>).

<sup>4</sup> Cfr. DIVIA, *Antitrust e diritti sociali: contributo ad una teoria dell’abuso del diritto*, ESI, 2004, p. 45, che paragona i contratti collettivi alle intese verticali ai fini del diritto *antitrust*. Per un’analisi più approfondita degli effetti negativi dell’azione sindacale sull’efficienza allocativa si veda MARKS, *Labor and antitrust: striking a balance without balancing*, in *AULR*, vol. 35, pp. 714–715.

<sup>5</sup> Ivi, p. 714 (“Fundamentally, a union might affect the product market by cartelizing workers, raising wages, and elevating prices in consequence. Such union activity is analogous to any other input or “upstream” cartel; it causes elevated prices and reduced output in ‘downstream’ markets”).

<sup>6</sup> La letteratura, al riguardo, è sterminata. Per la prospettiva europea, v. per tutti MONTI, *The future for competition policy in the European Union*, discorso tenuto presso la Merchant Taylor’s Hall, Londra, il 9 luglio 2001: “Actually, the goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interest of the consumer”; per la prospettiva statunitense v. per tutti JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, in *NCLR*, vol. 74, 1995, p. 242 (“Despite their differences [...] scholars [...] agree that wealth maximization should be the exclusive goal of antitrust policy, and antitrust enforcement should strive to achieve the highest practicable level of consumer welfare”).

Tale deroga fa la sua prima comparsa all'inizio del secolo scorso negli Stati Uniti d'America<sup>7</sup>. Il *Clayton Act*, del 1914, all'art. 6 afferma enfaticamente che “il lavoro dell'essere umano non è una merce”<sup>8</sup> e che la costituzione e la partecipazione dei lavoratori alle organizzazioni sindacali non costituisce un “contratto restrittivo del commercio” vietato dall'art. 1 dello *Sherman Act*, la prima legge federale in materia *antitrust*, adottata nel 1890<sup>9</sup>. Inoltre, l'art. 20 del *Clayton Act* prevede che certe azioni collettive – tra cui gli scioperi, i picchetti ed il boicottaggio – non possono essere oggetto di inibitoria giudiziaria in base al diritto *antitrust* se poste in essere “nel contesto di una vertenza relativa alle condizioni di lavoro”<sup>10</sup>. Con l'approvazione del *Norris-LaGuardia Act* nel 1932, il Congresso ha esteso il novero delle attività sindacali protette dall'applicazione del diritto *antitrust*<sup>11</sup>.

Tale deroga, di origine legislativa (perciò detta “*statutory exemption*”), si limitava a escludere dall'ambito applicativo delle norme di concorrenza le attività delle organizzazioni sindacali di natura unilaterale<sup>12</sup>, lasciando impregiudicata l'applicazione delle norme *antitrust* alla contrattazione collettiva, la cui importanza si andava affermando proprio in quegli anni<sup>13</sup>. Per questo

<sup>7</sup> In dottrina, v. *ex multis*, FROST, *Labor's Antitrust Exemption*, in *CLR*, 1967; vol. 55, fasc. 1, p. 254 ss.; GIFFORD, *Redefining the Antitrust Labor Exemption*, in *MLR*, 1988, vol. 72, p. 1379 ss.; SCHWOCHAU, *The labor exemptions to antitrust law: An overview*, in *JLR*, vol. 21, 2000, fasc. 4, pp. 535-555; WINTER, *Collective Bargaining and Competition: The Application of Antitrust Standards to Union Activities*, 73, in *YLJ*, 1963, vol. 14, pp. 16-30.

<sup>8</sup> Congresso degli Stati Uniti, 15 ottobre 1914, *An act to supplement existing laws against unlawful restraints and monopolies, and for other purposes (Clayton Antitrust Act)*, in *United States Statutes at Large*, vol. 38, cap. 323.

<sup>9</sup> Congresso degli Stati Uniti, 2 luglio 1890, *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies (Sherman Antitrust Act)*, in *United States Statutes at Large*, vol. 26, cap. 323.

<sup>10</sup> “No restraining order or injunction shall be granted by any court of the United States [...] in any case [...] involving, or growing out of, a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property, or to a property right, of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney”.

<sup>11</sup> Congresso degli Stati Uniti, 23 marzo 1932, *An Act to amend the Judicial Code and to define and limit the jurisdiction of courts sitting in equity, and for other purposes (Norris-La Guardia Act)*, in *United States Statutes at Large*, vol. 47, cap. 90.

<sup>12</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti, *United States v. Hutcheson* 312 U.S. 219 (1941); *United Mine Workers v. Pennington*, 381 U.S. 657, 663 (1965).

<sup>13</sup> Si vedano, in particolare, Congresso degli Stati Uniti, 5 luglio 1935, *An Act to diminish*



motivo, i giudici federali statunitensi affiancarono alla predetta *statutory exemption*, una *non-statutory exemption* per gli accordi conclusi tra le organizzazioni sindacali ed i datori di lavoro<sup>14</sup>.

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, la questione dell'applicabilità del divieto d'intese anticoncorrenziali (attualmente previsto dall'art. 101, par. 1, TFUE) agli accordi collettivi conclusi dalle organizzazioni sindacali con i rappresentanti dei datori di lavoro è stata risolta con la sentenza 21 settembre 1999, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*<sup>15</sup>.

Nell'ambito di una controversia tra un'impresa olandese e un fondo pensione circa il versamento di alcuni contributi previdenziali, la Corte di giustizia era stata chiamata ad accertare, attraverso una pronuncia pregiudiziale, se l'iscrizione obbligatoria a detto fondo, prevista dalla normativa olandese, doveva ritenersi compatibile con le norme in materia di concorrenza contenute nell'(allora) Trattato CE.

Innanzitutto, la Corte di giustizia osservò che il Trattato, da un lato, vie-

*the causes of labor disputes burdening or obstructing interstate and foreign commerce, to create a National Labor Relations Board, and for other purposes (National Labor Relations Act o Wagner Act), in United States Statutes at Large, vol. 49, cap. 372; legge 23 giugno 1947, An act to amend the National Labor Relations Act, to provide additional facilities for the mediation of labor disputes affecting commerce, to equalize legal responsibilities of labor organizations and employers, and for other purposes (Labor Management Relations Act o Taft-Hartley Act), in United States Statutes at Large, vol. 61, cap. 120.*

<sup>14</sup> Sebbene la *non-statutory labor exemption* sia già *in nuce* nella sentenza della Corte Suprema *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469 (1940), tale deroga è stata compiutamente enunciata soltanto con le sentenze della Corte Suprema *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965) 85 e *Local Union No. 189, Amalgamated Meat Cutters and Butcher Workmen of North America, AFL-CIO v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676 (1965). Il primo riferimento espresso ad una "limited non-statutory exemption from antitrust sanctions" si rinviene nella sentenza della Corte Suprema *Connell Const. Co., Inc. v. Plumbers and Steamfitters Local Union No. 100*, 421 U.S. 616, 622 (1975).

<sup>15</sup> Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, *Albany International BV contro Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, EU:C:1999:430. Si vedano, in particolare, i commenti di BERCUSSON, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, in *ELJ*, 2007, vol. 13, fasc. 3 pp. 279-308; CINELLI, GIUBBONI, MASTRANGELI, NICOLINI, "Tempi" di lavoro e previdenza; contraddizioni vecchie e nuove dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro; i fondi pensione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in *RIDL*, 2000, III, pp. 177-188; DI VIA, in *FI*, 1999, IV, Col. 489-492; GYSELEN, in *CMLR*, 2000, pp. 425-448; PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *RIDL*, 2000, II, pp. 225-244; RIZZO, *Fondi-pensione integrativi e regole di concorrenza*, in *EDP*, 2000, pp. 171-188; VAN DEN BERGH, CAMESACA, *Irreconcilable Principles? The Court of Justice Exempts Collective Labour Agreements from the Wrath of Antitrust*, in *ELR*, 2000, p. 492 ss.

tava gli accordi tra imprese suscettibili di pregiudicare l'obiettivo di una "concorrenza non falsata", dall'altro, prevedeva una "politica nel settore sociale" suscettibile di dare vita ad accordi fra le parti sociali<sup>16</sup>. Quindi, la Corte rilevò che gli "obiettivi di politica sociale" perseguiti dagli accordi collettivi sarebbero "gravemente compromessi" se le parti sociali fossero soggette al divieto di accordi anticoncorrenziali "nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro"<sup>17</sup>. Per questo motivo, la Corte pervenne alla conclusione che, in base ad "un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato", gli "accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi" dovevano ritenersi "per la loro natura ed il loro oggetto" estranei al divieto di intese anticoncorrenziali di cui all'(attuale) art. 101, par. 1, TFUE<sup>18</sup>.

Nella specie, la Corte di giustizia ritenne che l'accordo alla base della normativa olandese controversa soddisfacesse entrambi i requisiti di cui sopra: quanto alla sua *natura*, era certo si trattasse di un accordo collettivo all'esito di una trattativa tra le parti sociali; quanto al suo *oggetto*, istituendo un regime pensionistico integrativo, esso contribuiva direttamente al miglioramento delle condizioni di lavoro<sup>19</sup>. L'accordo doveva quindi ritenersi estraneo al divieto d'intese anticoncorrenziali, con la conseguenza che i Paesi Bassi erano liberi di attribuire ad esso efficacia *erga omnes*<sup>20</sup>.

## 2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl

La sentenza in commento trae origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale formulata nell'ambito di una controversia tra la *FNV Kunsten Informatie en Media* (in prosieguo: la "FNV"), una confederazione sindacale rappresentativa di lavoratori subordinati e di lavoratori autonomi, e, dall'altro, lo Stato dei Paesi Bassi, in ordine all'applicabilità delle norme di concorrenza un contratto collettivo di lavoro, concluso dalla FNV con un'associazione di datori di lavoro, contenente tariffe minime per i musicisti che, tanto nell'am-

<sup>16</sup> Sentenza *Albany*, cit., punto 54.

<sup>17</sup> Ivi, punto 59.

<sup>18</sup> Ivi, punto 60.

<sup>19</sup> Ivi, punti 62-64.

<sup>20</sup> Ivi, punto 66.

bito di un contratto di lavoro, quanto in forza di un contratto d'opera, sostituivano i membri effettivi di un'orchestra (in prosieguo: i "supplenti").

Prima di esaminare la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, occorre analizzare la soluzione che l'Avvocato Generale Wahl, nelle proprie conclusioni dell'11 settembre 2014, ha offerto al quesito proposto dal giudice remittente<sup>21</sup>. Dette conclusioni si soffermano quasi esclusivamente sulla seconda condizione indicata nella sentenza *Albany*, ossia se l'accordo collettivo avesse per oggetto il "miglioramento delle condizioni di lavoro dei lavoratori subordinati"<sup>22</sup>. Secondo l'Avvocato generale, la clausola dell'accordo collettivo relativa ai supplenti lavoratori autonomi non soddisfaceva tale condizione, in quanto tali lavoratori si trovano in una situazione fondamentalmente diversa rispetto a quella dei lavoratori subordinati, tanto nella prospettiva delle norme in materia di concorrenza, quanto, più in generale, ai sensi del sistema dei Trattati dell'Unione<sup>23</sup>.

Quanto al primo profilo, l'Avvocato generale ha rilevato che, mentre i contratti collettivi relativi alla retribuzione dei lavoratori subordinati hanno effetti restrittivi sulla concorrenza generalmente piuttosto ridotti, gli accordi fra i lavoratori autonomi che fissano i prezzi delle loro prestazioni producono di norma significativi effetti anticompetitivi e sono, per questo motivo, annoverati tra le restrizioni più gravi secondo il diritto *antitrust*<sup>24</sup>.

Quanto al secondo profilo, l'Avvocato generale ha evidenziato che, mentre diverse disposizioni dei Trattati fanno riferimento al dialogo sociale tra datori di lavoro e lavoratori subordinati, non si rinvencono previsioni equivalenti che promuovono il dialogo sociale con i lavoratori autonomi. Nel caso di questi ultimi non si pone, pertanto, la necessità, evidenziata nella sentenza *Albany* con riferimento ai lavoratori dipendenti, di ricomporre un contrasto tra le norme del Trattato relative al dialogo sociale e quelle in materia di concorrenza<sup>25</sup>.

L'Avvocato generale ha poi esaminato l'argomentazione dell'FNV se-

<sup>21</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 11 settembre 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media contro Staat der Nederlanden*, causa C-413/13, EU:C:2014:2215 (in prosieguo: "le conclusioni FNV").

<sup>22</sup> Ivi, punto 27 (ove si afferma che non è necessario approfondire la sussistenza del primo requisito posto che, ad avviso dell'Avvocato generale, "la seconda condizione chiaramente non [era] soddisfatta").

<sup>23</sup> Ivi, punto 38.

<sup>24</sup> Ivi, punti 36-37.

<sup>25</sup> Ivi, punti 40-48.

condo la quale la deroga *Albany* doveva applicarsi alla clausola contrattuale controversa nella misura in cui riguardava lavoratori autonomi che versavano, di fatto, nella medesima situazione dei lavoratori subordinati<sup>26</sup>.

Al riguardo, l'Avvocato generale ha osservato che i lavoratori autonomi, a differenza di quelli subordinati, costituiscono un gruppo estremamente eterogeneo quanto al loro potere contrattuale nei confronti del committente<sup>27</sup>. Di conseguenza, l'esclusione dall'ambito applicativo del diritto *antitrust* di clausole contrattuali riguardanti tutti i lavoratori autonomi, anche quelli che non versano nelle medesime condizioni dei lavoratori subordinati, sarebbe stata non solo distonica rispetto alle norme del Trattato in materia di concorrenza e politica sociale, ma avrebbe introdotto un elemento d'incertezza ed imprevedibilità nell'ambito dei rapporti di lavoro<sup>28</sup>.

Infine, l'Avvocato generale ha esaminato l'argomentazione della FNV secondo la quale la clausola relativa ai supplenti autonomi sarebbe stata inserita nel contratto collettivo non tanto per migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi, quanto per proteggere i lavoratori subordinati dal rischio di *dumping* sociale, eliminando l'incentivo per i datori a sostituire i lavoratori dipendenti vincolati dal contratto collettivo con lavoratori autonomi disposti a svolgere le stesse mansioni per un compenso inferiore<sup>29</sup>.

Al riguardo, l'Avvocato generale ha osservato che le clausole contrattuali in questione possono contribuire direttamente al miglioramento delle condizioni di lavoro dei supplenti dipendenti, garantendo le loro attuali e future possibilità di occupazione e rafforzando la loro posizione contrattuale nei confronti dei datori di lavoro<sup>30</sup>. Peraltro, l'Avvocato generale ha demandato al giudice rimettente il compito di verificare se, nel caso di specie, la clausola contrattuale controversa potesse ritenersi stipulata nell'interesse dei lavoratori subordinati<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Ivi, punto 50.

<sup>27</sup> Ivi, punto 55.

<sup>28</sup> Ivi, punto 62.

<sup>29</sup> Ivi, punti 66-67.

<sup>30</sup> Ivi, punti 75-78.

<sup>31</sup> Ivi, punti 84-85.

### 3. *La pronuncia della Corte di giustizia*

La Corte di giustizia, a differenza dell'Avvocato generale, si è soffermata prevalentemente sull'interpretazione del primo requisito della giurisprudenza *Albany*, vale a dire se una clausola, inserita nell'ambito di un contratto collettivo, relativa alle condizioni di lavoro di lavoratori autonomi, potesse ritenersi il frutto di una trattativa collettiva tra le parti sociali<sup>32</sup>.

Al riguardo, la Corte di giustizia ha, innanzitutto, osservato che i lavoratori autonomi devono ritenersi "imprese" ai fini del diritto della concorrenza e che, di conseguenza, quando un'organizzazione rappresentativa dei lavoratori procede a trattative per conto di tali lavoratori agisce come "associazione d'imprese", piuttosto che come "parte sociale"<sup>33</sup>. Di conseguenza, le clausole contrattuali in questione, pur se contenute in accordi stipulati sotto forma di contratto collettivo di lavoro, non potevano ritenersi il frutto di una trattativa collettiva tra parti sociali<sup>34</sup>.

La Corte di giustizia, peraltro, ha aggiunto che tali clausole possono invece ritenersi il risultato di un dialogo sociale nell'ipotesi in cui i lavoratori autonomi interessati siano, in realtà, dei "falsi autonomi"<sup>35</sup>, in quanto la loro indipendenza è "solamente fittizia" e "nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro" di natura subordinata<sup>36</sup>. La Corte di giustizia, peraltro, ha demandato al giudice remittente l'accertamento della natura reale ovvero fittizia dell'indipendenza dei supplenti autonomi al centro della controversia<sup>37</sup>.

Quanto al secondo requisito della giurisprudenza *Albany*, vale a dire l'idoneità del contratto collettivo a contribuire al miglioramento delle condizioni di lavoro, la Corte di giustizia si è limitata ad affermare che, ove fosse accertato che i supplenti autonomi in questione sono in realtà dei "falsi autonomi", la clausola contrattuale soddisfaceva senz'altro tale requisito, in quanto garantiva a detti lavoratori una retribuzione più elevata e la possibilità di beneficiare, in futuro, di un certo livello di pensione<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Sentenza *FNV*, punto 25.

<sup>33</sup> *Ivi*, punti 27-28.

<sup>34</sup> *Ivi*, punto 30.

<sup>35</sup> *Ivi*, punto 31.

<sup>36</sup> *Ivi*, punto 35.

<sup>37</sup> *Ivi*, punto 36.

<sup>38</sup> *Ivi*, punti 38-40.

La Corte di giustizia ha pertanto risposto al quesito pregiudiziale affermando che una clausola di un contratto collettivo contenente tariffe minime per dei prestatori di lavoro autonomo può ritenersi estranea all'ambito applicativo del divieto di intese anticoncorrenziali, di cui all'art. 101, par. 1, TFUE, solo se tali prestatori sono "falsi autonomi" ossia – cosa che spetta al giudice remittente accertare – se versano in una condizione paragonabile a quella dei lavoratori subordinati<sup>39</sup>.

#### 4. *Commento: labor antitrust exemption e approccio funzionale*

Dalla lettura congiunta delle conclusioni e della sentenza in commento risulta che l'Avvocato generale e la Corte di giustizia hanno seguito percorsi argomentativi molto diversi per pervenire al risultato di ammettere l'estensione della deroga *Albany* a una clausola di un accordo collettivo relativa alle condizioni di lavoro di taluni lavoratori autonomi.

L'Avvocato generale ha ritenuto che la clausola in questione potesse beneficiare della *labor antitrust exemption* solo "di riflesso", ossia nella misura in cui fosse funzionale alla protezione dei lavoratori subordinati dal rischio di *social dumping* rappresentato dalla pressione concorrenziale esercitata dai lavoratori autonomi. La Corte di giustizia, invece, ha considerato la clausola in questione estranea al divieto d'intese anticoncorrenziali perché riguardava dei "falsi autonomi", ossia prestatori d'opera assimilabili, di fatto, ai lavoratori dipendenti. Inoltre, mentre l'Avvocato generale ha posto a fondamento del proprio *iter* logico una rigida dicotomia tra la nozione di lavoratore e quella d'impresa, la Corte di giustizia ha interpretato tale distinzione in modo evolutivo e flessibile, tenendo conto della particolarità della fattispecie sottoposta al suo esame.

Quest'ultima impostazione appare del tutto coerente con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, nell'interpretare le nozioni di diritto dell'Unione, ha fatto ricorso al c.d. approccio funzionale, ossia ha operato direttamente l'inquadramento della fattispecie concreta oggetto del procedimento principale, prescindendo dalla qualificazione giuridica ad essa attribuita dal diritto nazionale<sup>40</sup>. Tale impostazione, che affonda le sue radici

<sup>39</sup> Ivi, punto 42 e dispositivo.

<sup>40</sup> Sul punto *BABIRAD*, *Case comment: FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, in *ECLR*, 2015, pp.185-186.

nel diritto internazionale<sup>41</sup>, risponde alla duplice esigenza di affermare l'autonomia del diritto dell'Unione dagli ordinamenti dei suoi Stati membri e di precludere a questi ultimi di sottrarsi all'applicazione delle norme sovranazionali attraverso il sapiente impiego delle classificazioni giuridiche interne.

Con particolare riferimento alla nazione di “lavoratore”, la Corte di giustizia aveva già accolto tale approccio nel contesto dell'applicazione delle norme del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori<sup>42</sup> e di parità di retribuzione tra uomini e donne<sup>43</sup>. Analogamente, per quanto riguarda la nozione di “impresa”, la Corte di giustizia aveva impiegato l'approccio funzionale per assoggettare alla normativa *antitrust*, a prescindere dalle qualificazioni giuridiche nazionali, le attività di professionisti quali i medici e gli avvocati<sup>44</sup>.

Pertanto, se la Corte di giustizia, in passato, aveva impiegato un approccio funzionale per definire l'ambito applicativo delle nozioni di “impresa” e di “lavoratore” in passato, non si vede per quale motivo, nel caso di specie, avrebbe dovuto attribuire rilievo – come suggerito dall'Avvocato generale –

<sup>41</sup> Cfr. l'art. 27 della Convenzione sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969 e resa esecutiva in Italia con legge 12 febbraio 1974, n. 112, in *G.U.* 30 aprile 1974, n. 111: “A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”; l'art. 3 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, parte seconda, p. 36: “The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law”; Corte internazionale di giustizia, sentenza 20 luglio 1989, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, in *I.C.J. Reports 1989*, p. 51, punto 73: “Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision”.

<sup>42</sup> V. sentenze 31 maggio 1989, causa 344/87, *Betray*, Racc. p. 1621, punto 16, e 26 febbraio 1992, causa C-357/89, *Raulin*, Racc. p. I-1027, punto 10.

<sup>43</sup> V., in tal senso, sentenza *Allonby*, C-256/01, EU:C:2004:18, punto 71. In dottrina, v. NOVITZ, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective Participation in Protection of Future Interests?*, in *IJCL*, 2015, vol. 31, fasc. 3, p. 252, secondo il quale la nozione di “lavoratore” accolta dalla sentenza *FNV* sarebbe più ampia di quella delineata nella citata sentenza *Allonby*; BELL, *Disability, rehabilitation and the status of worker in EU Law: Fenoll*, in *CMLR*, 2016, fasc. 1, vol. 53, pp. 207-208, secondo il quale la nozione di “lavoratore” fornita nella sentenza *FNV* contribuisce ad integrare il *corpus* giurisprudenziale esistente.

<sup>44</sup> V., rispettivamente, sentenza 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e a., Racc. p. I-6451, punto 77; sentenza 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savellbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, causa C-309/99, EU:C:2002:98, punto 49.

all'inquadramento secondo il diritto nazionale. E ciò *a fortiori* se si considera che quest'ultima impostazione avrebbe condotto a trattare in modo potenzialmente diverso categorie sostanzialmente simili di lavoratori, dando luogo a un contrasto con il principio generale di non discriminazione, codificato dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Pienamente condivisibile risulta, quindi, la scelta della Corte di giustizia di considerare i “falsi autonomi” alla stregua di lavoratori e non di imprese ai fini del diritto della concorrenza, attribuendo alle clausole contrattuali relative a tale particolare categoria di lavoratori una protezione autonoma dalle norme *antitrust*, piuttosto che una tutela esclusivamente “di riflesso” rispetto alla salvaguardia dei lavoratori subordinati.

La Corte di giustizia ha altresì fatto ricorso all'approccio funzionale nel qualificare le organizzazioni che tutelano gli interessi dei lavoratori in questione. Piuttosto che attenersi alla loro classificazione come sindacati in base al diritto olandese, la Corte di giustizia ha precisato che, nella misura in cui tali organizzazioni perseguono altresì gli interessi di soggetti assimilabili ad imprese per il diritto della concorrenza, esse devono ritenersi non già parti sociali, ma associazioni d'impresa.

Dalla lettura combinata delle statuizioni illustrate nei due capoversi precedenti deriva un corollario, di significativo rilievo per l'azione collettiva, non esplicitamente enunciato dalla Corte di giustizia: le organizzazioni che tutelano gli interessi dei lavoratori “falsi autonomi” costituiscono parti sociali e non associazioni d'impresa ai sensi dell'art. 101 TFUE, risultando quindi sottratte all'applicazione del diritto della concorrenza.

A fronte delle significative implicazioni di tali statuizioni, sorprende che la Corte di giustizia si sia limitata ad enunciare dei criteri interpretativi demandandone l'applicazione al giudice remittente (*guidance ruling*)<sup>45</sup>, piuttosto che fornire essa stessa indicazioni circa l'applicazione di tali criteri alla controversia principale (*outcome ruling*)<sup>46</sup>. Difatti, l'impostazione prescelta dalla

<sup>45</sup> Sul punto TRIDIMAS, *Constitutional Review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, p. 737, secondo il quale, nel rispondere ai quesiti pregiudiziali, la Corte di giustizia “may give an answer so specific that it leaves the referring court no margin for maneuver and provides it with a ready-made solution to the dispute (outcome cases); it may, alternatively, provide the referring court with guidelines as to how to resolve the dispute (guidance cases); finally, it may answer the question in such general terms that, in effect, it defers to the national judiciary (deference cases)”.

<sup>46</sup> Più concrete appaiono invece le indicazioni dell'Avvocato generale di cui ai punti 61 e 62 delle conclusioni *FNV*.



Corte di giustizia, sebbene appaia più rispettosa del “naturale” riparto di competenze nell’ambito del rinvio pregiudiziale, demanda ai giudici nazionali un compito tutt’altro che agevole, vale a dire l’individuazione, in concreto, dei lavoratori “falsi autonomi” sulla base dei criteri enucleati, in astratto, dalla Corte di giustizia. Non è perciò da escludere che, nel prossimo futuro, la Corte di giustizia sarà nuovamente chiamata a fornire chiarimenti *in subiecta materia*.

##### 5. *L’illusoria centralità della dicotomia lavoratore/impresa*

Il principale limite del ragionamento dell’Avvocato generale consiste nel porre alla base dell’esenzione per i contratti collettivi la distinzione tra la nozione di lavoratore e quella d’impresa e concepire tale dicotomia in termini rigidi ed immutabili<sup>47</sup>. L’evoluzione della *labor exemption* nel diritto *antitrust* statunitense e dell’Unione europea dimostra, invece, che tale deroga si fonda sul contemperamento tra le finalità sociali della contrattazione collettiva e la tutela della concorrenza, un bilanciamento d’interessi intrinsecamente mutevole, rispetto al quale la distinzione tra lavoratori ed imprese costituisce un mero corollario.

La dicotomia lavoratore/impresa era del tutto sconosciuta al diritto *antitrust* americano delle origini. L’art. 1 dello *Sherman Act* (1890), a differenza dell’art. 101, par. 1, TFUE, vietava ad ogni “persona”, ivi comprese le società e le associazioni, la conclusione di contratti restrittivi del commercio<sup>48</sup>. I giudici federali, di conseguenza, ritennero lo *Sherman Act* applicabile non solo agli accordi anticoncorrenziali conclusi tra le imprese, ma anche ai contratti collettivi conclusi dai sindacati con i datori di lavoro o con i loro rappresentanti<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Cfr. Conclusioni *FNV*, punto 48 (“le ragioni giuridiche ed economiche che giustificano l’eccezione Albany non si applicano nel caso di lavoratori autonomi. Questo è il motivo per cui ritengo inconcepibile escludere completamente e *a priori* dall’ambito di applicazione dell’articolo 101 TFUE i contratti collettivi negoziati per conto e nell’interesse di lavoratori autonomi”).

<sup>48</sup> Congresso degli Stati Uniti, 2 luglio 1890, *An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies (Sherman Antitrust Act)*, in *United States Statutes at Large*, vol. 26, cap. 323, art. 7: “The word ‘person’ [...] shall be deemed to include corporations and associations”.

<sup>49</sup> V., ad esempio, le sentenze della Corte Suprema, *Gompers v. Buck’s Stove & Range Co.*, 221 U.S. 418 (1911); *Loewe v. Lamlor*, 208 U.S. 274 (1908).

L'esclusione dei lavoratori dall'ambito applicativo delle norme di concorrenza ad opera del *Clayton Act*<sup>50</sup> non mutò le sorti degli accordi collettivi, che continuarono ad essere considerati alla stregua di contratti restrittivi del commercio per diversi anni. Un sostanziale mutamento di prospettiva si verificò soltanto quando iniziò a prendere corpo la legislazione federale in materia di contrattazione collettiva<sup>51</sup>. Posto che il Congresso non poteva, da un lato, promuovere il dialogo tra le parti sociali e, dall'altro, vietare gli accordi collettivi frutto di tale dialogo considerandoli restrittivi del commercio, le corti federali dedussero che i contratti collettivi conclusi tra le parti sociali, ancorché suscettibili di produrre effetti anticoncorrenziali, dovessero ritenersi implicitamente sottratti all'applicazione dello *Sherman Act*<sup>52</sup>.

Tale evoluzione suggerisce che, alla base della *labor exemption* statunitense per gli accordi collettivi, vi sia non già la distinzione tra lavoratori ed imprese, bensì un'interpretazione sistematica della legislazione federale in funzione del bilanciamento tra i diversi obiettivi – sociali ed economici – da essa perseguiti<sup>53</sup>.

Analogamente, nel diritto dell'Unione europea, l'esenzione di cui alla giurisprudenza *Albany* per i contratti collettivi poggia su “un'interpretazione utile e coerente” delle norme del Trattato in materia di concorrenza e delle norme relative al dialogo sociale<sup>54</sup>, i cui obiettivi sarebbero stati “gravemente compromessi” se le parti sociali fossero assoggettate al divieto di accordi anticoncorrenziali “nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro”<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Sul punto HOFFMANN, *Labor and Antitrust Policy: Drawing a Line of Demarcation*, in *BLR*, vol. 50, 1983, p. 20–25 (secondo la quale la ragione alla base dell'introduzione della *statutory labor exemption* fu l'eccessivo attivismo dei giudici federali nell'applicare il diritto antitrust contro le organizzazioni e le attività sindacali).

<sup>51</sup> V. *supra* nota 13.

<sup>52</sup> Corte Suprema, *Local Union No. 189, Amalgamated Meat Cutters and Butcher Workmen of North America, AFL-CIO v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676, 689 (1965) (“We pointed out in Pennington that exemption for union-employer agreements is very much a matter of accommodating the coverage of the Sherman Act to the policy of the labor laws. Employers and unions are required to bargain about wages, hours and working conditions, and this fact weighs heavily in favor of antitrust exemption for agreements on these subjects”).

<sup>53</sup> V. Corte Suprema *Connell Const. Co., Inc. v. Plumbers and Steamfitters Local Union No. 100*, 421 U.S. 616, 622 (1975) (“a proper accommodation between the congressional policy favoring collective bargaining under the [National Labor Relations Act] and the congressional policy favoring free competition in business markets requires that some union-employer agreements be accorded a limited nonstatutory exemption from antitrust sanctions”).

<sup>54</sup> Sentenza *Albany*, cit., punto 60.

<sup>55</sup> Ivi, punto 59.

La possibilità di porre a fondamento di tale esenzione la circostanza che i lavoratori non sono “imprese” ai fini del diritto *antitrust* (ed i sindacati non costituiscono, di riflesso, “associazioni d’imprese”)<sup>56</sup>, pur sostenuta dai governi olandese, francese, svedese e dalla Commissione, fu del tutto ignorata dalla Corte di giustizia<sup>57</sup> e palesemente scartata dall’Avvocato Generale Jacobs nelle sue conclusioni in tale causa<sup>58</sup>.

In particolare, l’Avvocato generale Jacobs, pur concordando nel ritenere i lavoratori e le organizzazioni sindacali soggetti estranei all’ambito di applicazione delle norme *antitrust*, rilevò che i contratti collettivi rientrano comunque nel divieto di intese anticoncorrenziali in quanto presuppongono un accordo implicito – o quantomeno una pratica concordata – tra i datori di lavoro riguardo alla volontà di negoziare congiuntamente e di conformarsi al risultato della trattativa con i sindacati<sup>59</sup>. Peraltro, sebbene tali accordi siano suscettibili di produrre effetti restrittivi sulla concorrenza<sup>60</sup>, l’Avvocato generale, al pari della Corte, affermò che le finalità sociali da essi perseguite ne giustificano, alla luce di una lettura sistematica delle previsioni del Trattato, l’esclusione dall’ambito applicativo delle norme *antitrust*<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Cfr. NIHOUL, *Do workers constitute undertakings for the purpose of the competition rules?*, in *ELR*, 2000, pp. 408-414.

<sup>57</sup> Sul punto, EVJU, *Collective Agreements and Competition Law. The Albany Puzzle, and van der Woude*, in *IJCL*, 2001, vol. 17, fasc. 2, p. 174: “More importantly, by the compound approach it employed the ECJ in effect bypassed the whole issue of the scope of Article 85(1) *ratione personae*. By taking Treaty provisions on ‘social dialogue’ as its point of departure, the Court’s analysis is centred on the *ratione materiae* aspects, of collective agreements as well as of Article 85(1)”.

<sup>58</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Jacobs del 28 gennaio 1999, *Albany International BV contro Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, EU:C:1999:28.

<sup>59</sup> Ivi, punti 242 e 244 (“Concludo pertanto nel senso che ogni accordo collettivo tra le parti sociali presuppone un accordo implicito tra le imprese della parte datoriale”). Cfr. Corte EFTA, sentenza 22 marzo 2002, *Norwegian Federation of Trade Unions and Others v Norwegian Association of Local and Regional Authorities and Others*, causa E-8/00, punto 70 “a collective agreement entered into by an organisation of municipal employers may be regarded as an agreement between undertakings or a decision by an association of undertakings”.

<sup>60</sup> *Contra* GYSELEN, Case C-67/96, *Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; Joined Cases C-115-117/97, *Brentjens’ Handelonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de handel in bouwmaterialen*; and Case C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds voor de vervoer- en haven- bedrijven*. Judgments of the Full Court of 21 September 1999, not yet reported, in *CMLR*, vol. 37, 2000, pp. 425-448, p. 442, secondo il quale fino a quando non si raggiunge un accordo fra le parti sociali, l’accordo implicito fra i datori di lavoro resta privo di oggetto e non è pertanto suscettibile di alterare o falsare il gioco della concorrenza.

<sup>61</sup> Conclusioni *Albany*, cit., punti 190-194.

Pertanto, nella sentenza in commento appare del tutto coerente con la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia la scelta di non circoscrivere la portata della *labor exemption* in funzione di una preconcepita dicotomia lavoratore/impresa, bensì di modellarla in ragione dell'esito di un giudizio di bilanciamento tra gli imperativi della concorrenza non falsata e gli obiettivi di politica sociale perseguiti dal TFUE – bilanciamento che, nel caso di specie, si è risolto in favore delle politiche sociali, comportando l'estensione dell'eccezione *Albany* ai contratti collettivi conclusi per conto dei lavoratori “falsi autonomi”.

#### 6. Il silenzio “assordante” della Corte di giustizia sul diritto di associazione sindacale

Nell'ambito del giudizio di bilanciamento poc'anzi illustrato, la Corte di giustizia sembra non aver tenuto conto di un'altra coordinata normativa: il diritto di costituire sindacati per la difesa dei propri interessi, riconosciuto dall'art. 12 della Carta dei diritti fondamentali, nonché da varie costituzioni nazionali e convenzioni internazionali<sup>62</sup>.

È lecito ipotizzare che, se la Corte di giustizia avesse avuto riguardo a tale ulteriore parametro normativo, avrebbe coniugato il rapporto fra gli obiettivi di politica sociale e quelli perseguiti dalle norme in materia di concorrenza non già in termini di bilanciamento, bensì di automatica prevalenza della dimensione sociale su quella economica<sup>63</sup>?

<sup>62</sup> Si vedano, in particolare, gli artt. 11 e 12 della Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori, adottata dal Consiglio europeo nel 1989; si vedano inoltre, nell'ambito del Consiglio d'Europa, l'art. 11 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950) e gli artt. 5 e 6 della Carta sociale europea (1961); nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), si vedano poi la Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale (1948), la Convenzione n. 98 sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva (1949) e la Convenzione n. 141 sulle organizzazioni di lavoratori agricoli (1975).

<sup>63</sup> Per una più approfondita disamina dei concetti di “bilanciamento” e “prevalenza” nella declinazione dei rapporti tra norme *antitrust* e discipline di settori differenti, sia consentito il rinvio a ARENA, *I conflitti “diagonali” tra antitrust e regolamentazione nell'Unione Europea: il ruolo ordinatore della Corte di Giustizia*, in TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed effettività della tutela giurisdizionale tra ordinamento dell'Unione Europea e ordinamento italiano*, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 155-157. In particolare, per “prevalenza” s'intende l'invariabile ed incondizionata supremazia

A tale interrogativo sembra doversi fornire una risposta negativa, posto che tanto il diritto di associazione sindacale (principio generale di diritto dell'Unione europea riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali), quanto l'obiettivo di assicurare che la concorrenza nel mercato interno non sia falsata (previsto dal protocollo n. 27), assumono rango primario nella gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione<sup>64</sup>. In assenza di un conclamato rapporto di specialità tra tali fonti o di espressi criteri ordinatori contenuti nel diritto primario, non si rinviene alcun fondamento per affermare la prevalenza del diritto di associazione sindacale sulle norme *antitrust*<sup>65</sup>.

In molteplici occasioni, difatti, la Corte di giustizia ha affermato che i diritti fondamentali – categoria in cui è ricompreso il diritto di associazione sindacale – “non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni”<sup>66</sup>, e che, in ogni caso, la loro tutela deve essere assicurata “entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”<sup>67</sup>. La circostanza che il diritto di associazione sindacale sia riconosciuto e garantito da diverse costituzioni nazionali non sembra condurre ad un risultato diverso, posto che, per costante giurisprudenza, l'eventuale menomazione dei principi di una costituzione nazionale non può sminuire la validità del diritto dell'Unione né la sua efficacia nel territorio di tale Stato membro<sup>68</sup>.

di un gruppo di norme su un altro, senza alcun contemperamento tra gli obiettivi da esse perseguiti.

<sup>64</sup> L'art. 6, par. 1, TUE prevede espressamente che la Carta, il cui art. 12 codifica il diritto di associazione, ha “lo stesso valore giuridico dei Trattati”. L'art. 51 TUE, dal canto suo, dispone che i “protocolli e gli allegati ai Trattati ne costituiscono parte integrante”.

<sup>65</sup> Sul punto, si veda CANNIZZARO, *Tecniche di soluzione di conflitti fra politiche dell'Unione: liberismo e solidarismo nel processo di integrazione europea*, in *DUE*, 2013, n. 4, pp. 689 ss. Si veda inoltre GERADIN, LAYNE-FARRAR, PETIT, *EU Competition Law and Economics*, OUP, 2012, punto 1.92.

<sup>66</sup> Si vedano, *ex multis*, C. Giust. 17 ottobre 1995, *The Queen contro Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: National Federation of Fishermen's Organisations e altri, Federation of Highlands and Islands Fishermen e altri*, causa C-44/94, EU:C:1995:325, punto 55; sentenza 15 giugno 2006, *G. J. Dokter, Maatschap Van den Top e W. Boekhout contro Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*, causa C-28/05, EU:C:2006:408, punto 75; sentenza 10 settembre 2013, *M. G. e N. R. contro Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, causa C-383/14 PPU, EU:C:2013:533, punto 33.

<sup>67</sup> Il *leading case*, in questo caso, è la sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70 EU:C:1970:114, punto 4. Si vedano inoltre le conclusioni dell'Avvocato generale Bot del 2 ottobre 2012, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*, causa C-399/11, EU:C:2012:600, punto 107.

<sup>68</sup> Ivi, punto 3. Si veda inoltre C. Giust. 8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH contro Bür-*

Inoltre, a voler diversamente argomentare, si perverrebbe alla conclusione di estendere la *labor exemption* anche ai lavoratori autonomi in senso proprio – anch’essi “persone” legittimate ad invocare il diritto di associazione sindacale – quali gli avvocati, gli esperti contabili ed altri liberi professionisti. Al contrario, la Corte di giustizia ha sempre ritenuto l’art. 101, par. 1, TFUE applicabile agli accordi promossi da associazioni rappresentative di tali categorie professionali, fatta però salva la possibilità di considerare tali accordi compatibili con il diritto *antitrust* in virtù delle finalità pubblicistiche da essi perseguiti<sup>69</sup>.

La sentenza in commento, sotto tale profilo, *probat regulam in casibus non exceptis*: nell’affermare l’estensione della *labor exemption* agli accordi collettivi conclusi per conto dei lavoratori “falsi autonomi”<sup>70</sup>, detta pronuncia riafferma l’applicazione del diritto della concorrenza alle intese concluse per conto dei lavoratori autonomi propriamente detti<sup>71</sup>.

Pertanto, sebbene la sentenza *FNV* si caratterizzi per un silenzio tanto inspiegabile quanto “assordante”<sup>72</sup> in ordine al diritto di associazione sindacale, sembra potersi affermare che l’espressa menzione di tale diritto non avrebbe sancito l’automatica prevalenza della politica sociale rispetto a quella di concorrenza, né avrebbe influito sul bilanciamento tra gli obiettivi economici e quelli di politica sociale, comunque risoltosi a vantaggio di questi ultimi.

*germeisterin der Stadt Bergheim*, causa C-409/06, EU:C:2010:503, punto 61; sentenza 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministero Fiscal*, causa C-399/11, EU:C:2013:107, punto 59.

<sup>69</sup> Sul punto C. Giust. 19 febbraio 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, con l’intervento di: *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, causa C-309/99, EU:C:2002:98, punto 110; sentenza 28 febbraio 2013, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contro Autoridade da Concorrência*, causa C-1/12, EU:C:2013:127, punto 59.

<sup>70</sup> Sentenza *FNV*, punto 31.

<sup>71</sup> *Ivi*, punto 30.

<sup>72</sup> Il riferimento è all’analogia espressione utilizzata da TESAURO, *La Corte di giustizia e i diritti fondamentali*, in BRONZINI, GUARRIELLO, PICCONE (a cura di) *Le scommesse dell’Europa: diritti, istituzioni e politiche*, Ediesse, 2009, p. 63 in ordine all’assenza di espressi riferimenti ai diritti fondamentali nel Trattato di Roma.

## 7. Conclusioni

L'Avvocato generale Jacobs, nelle conclusioni del 28 gennaio 1999 rese nell'ambito della causa *Albany*, affermò che solo il tempo avrebbe rivelato se l'esclusione degli accordi collettivi relativi ai lavoratori subordinati dall'ambito di applicazione *ratione personae* del divieto d'intese anticoncorrenziali avrebbe serbato intatta la propria ragion d'essere "in certi settori di confine"<sup>73</sup>.

La pronuncia in commento, depositata oltre quindici anni dopo, ha ad oggetto proprio una di tali fattispecie *borderline*: quella dei contratti collettivi stipulati per conto dei lavoratori c.d. "falsi autonomi", ossia dei prestatori d'opera che, rispetto al proprio committente, versano in una situazione del tutto analoga a quella dei lavoratori subordinati. Discostandosi dal ragionamento dell'Avvocato generale Wahl, secondo il quale tali lavoratori avrebbero potuto essere tutelati dalla contrattazione collettiva soltanto "di riflesso" (ossia al fine di proteggere i lavoratori subordinati dal *social dumping*), la Corte di giustizia ha statuito che la *labor exemption* enunciata dalla sentenza *Albany* può estendersi anche alle clausole di contratti collettivi negoziate per conto di lavoratori "falsi autonomi"<sup>74</sup>.

Sebbene le disposizioni del Trattato relative alla politica sociale non contengano riferimenti espressi ai lavoratori autonomi<sup>75</sup>, la scelta dei giudici europei di considerare anche le clausole contrattuali relative ai "falsi autonomi" espressione di un dialogo sociale appare un diretto corollario del principio di uguaglianza, che impone di trattare allo stesso modo i lavoratori che versano in condizioni analoghe.

<sup>73</sup> Conclusioni *Albany*, cit., punto 217 ("Di conseguenza, a mio parere, in linea di principio i lavoratori subordinati esulano dall'ambito di applicazione *ratione personae* del divieto contenuto all'art. 85, n. 1. Il tempo probabilmente dirà se tale principio valga anche in certi settori di confine quale, ad esempio, quello dello sport professionistico").

<sup>74</sup> Sentenza *FNV*, punto 31 ("Tale affermazione non può però impedire che una simile disposizione di un contratto collettivo di lavoro possa essere considerata anche il risultato di un dialogo sociale nell'ipotesi in cui detti prestatori di servizi, in nome e per conto dei quali il sindacato ha trattato, siano in realtà dei «falsi autonomi», ossia dei prestatori che si trovano in una situazione paragonabile a quella dei lavoratori").

<sup>75</sup> Sentenza *FNV*, punto 29 ("Occorre anche aggiungere che il Trattato, sebbene prenda in considerazione un dialogo sociale, non prevede alcuna disposizione che [...] incoraggi i prestatori autonomi a instaurare un simile dialogo con i datori di lavoro presso i quali forniscono prestazioni di servizi").

Tale impostazione offre ai “falsi autonomi” una protezione più ampia rispetto a quella che i tribunali statunitensi hanno riconosciuto a determinati *independent contractors* (es. camionisti<sup>76</sup>, musicisti<sup>77</sup> e registi<sup>78</sup>), la cui partecipazione alla contrattazione collettiva è stata finora ritenuta esente dal diritto *antitrust* soltanto in funzione della protezione dei lavoratori subordinati con i quali tali *contractors* si pongono in concorrenza<sup>79</sup>.

La soluzione cui è pervenuta la Corte di giustizia, inoltre, appare pienamente coerente con la disciplina pattizia contenuta nell’art. 2 della convenzione OIL n. 87 sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, che tutela il diritto di associazione di tutti i lavoratori “senza alcuna distinzione”<sup>80</sup>, e nell’art. 3, par. 1, della convenzione OIL n. 141 sulle organizzazioni di lavoratori agricoli, che espressamente estende tale diritto a “tutte le categorie di lavoratori agricoli, siano essi stipendiati o persone che lavorano in proprio”<sup>81</sup>.

La pronuncia in commento, in definitiva, rappresenta una misurata apertura del diritto della concorrenza ad obiettivi di carattere sociale e si pone, pertanto, a pieno titolo nel solco tracciato dalla giurisprudenza *Albany*, adeguandone la portata ad un contesto economico che mette a dura prova le classificazioni giuridiche tradizionali.

<sup>76</sup> Corte Suprema, *Local 24 of the Int'l Brotherhood of Teamsters v. Oliver*, 358 U.S. 283, 294-95 (1959).

<sup>77</sup> Corte Suprema, *American Fed'n of Musicians v. Carroll*, 391 U.S. 99, 113 (1968).

<sup>78</sup> Corte del distretto meridionale di New York, *Home Box Office, Inc. v. Directors Guild of Am., Inc.*, 531 F. Supp. 578, 597 (S.D.N.Y.1982), *affd.*, 708F.2d95 (2dCir.1983).

<sup>79</sup> Sul punto, HIRSHFELD, *Physicians, Unions, and Antitrust*, in *JHL*, 1999, vol. 32, pp. 43-73 (“The reason that this is permitted is to preserve the integrity of collective bargaining on behalf of the employed workers. If the independent contractors, who are in competition with the employed workers, were excluded from the collective bargaining process, that could undermine the bargaining agreements reached about pay and terms of employment”). V. inoltre KENNEDY, *Freedom from Independence: Collective Bargaining Rights for “Dependent Contractors”*, in *BJELL*, vol. 26, 2005, p. 171 (“Independent contractors may be members of a union only when the purpose of their membership is to eliminate unfair competition between themselves and regular employees in order to obtain better wages and working conditions for all union members”).

<sup>80</sup> “Workers and employers, *without distinction whatsoever*, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation” (corsivo aggiunto).

<sup>81</sup> “All categories of rural workers, *whether they are wage earners or self-employed*, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations, of their own choosing without previous authorisation” (corsivo aggiunto).



### **Key words**

Accordi anticoncorrenziali, contratti collettivi, esenzione in materia lavoristica, nozione d'impresa, lavoratori autonomi, "falsi autonomi".

Anticompetitive agreements, collective agreements, labor antitrust exemption, notion of "undertaking", self-employed workers, "false self-employed".



**Cassazione 25 novembre 2015, n. 24157 – Pres. Stile – Est. Manna – P.M. Celeste – Consorzio ASI (avv. Costanzo) v. CS. (avv. Rubino)**

**Lavoro pubblico – Licenziamento disciplinare – Illegittimità – Regime applicabile – Art. 18 l. n. 300/1970 nuovo testo.**

*Il nuovo testo dell'art. 18 l. n. 300/1970, come novellato dall'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012, in ragione dell'inequivocabile tenore dell'art. 51 d.lgs. n. 165/2001 che estende all'impiego pubblico contrattualizzato la legge n. 300/1970 "e successive modificazioni e integrazioni", si applica al licenziamento disciplinare e ciò a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione previste dall'art. 1, commi 7 e 8, della stessa legge n. 92/2012.*

**Trib. Roma 1 dicembre 2015 – Giud. Sordi – LS (avv.ti Antonini e Persi) v. ENAC (avv. Stato)**

**Lavoro pubblico – Licenziamento disciplinare – Illegittimità – Regime applicabile – Art. 18 l. n. 300/1970 vecchio testo.**

*Il potere delle pubbliche amministrazioni di recedere dal rapporto di lavoro è oggetto di una disciplina profondamente diversa rispetto a quella che regola l'analogo istituto nel settore privato, disciplina alla quale mal si attagliano le previsioni della art. 18 l. n. 300/1970 così come introdotte dal legislatore del 2012. Nessuna rilevanza riveste in materia l'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 che prevede la diretta applicazione della legge n. 300/1970 e successive modifiche e integrazioni al lavoro pubblico contrattualizzato in quanto la legge n. 92/2012 a mezzo dei commi 7 e 8 dell'art. 1 ha espressamente escluso l'applicabilità delle modifiche dalla stessa apportate all'art. 18 l. n. 300/1970 che continua ad applicarsi ai di-*

*pendenti pubblici contrattualizzati nel testo vigente prima delle suddette modifiche.*

★ ★ ★

## Luigi Fiorillo

### Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l'art. 18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente

**Sommario:** **1.** Il nuovo art. 18 l. n. 300/1970 e la sua applicabilità al lavoro pubblico: la posizione della dottrina. **2.** (*Continua*) L'interpretazione giurisprudenziale. **3.** La recente tesi della giurisprudenza di legittimità e la diversa opinione di una sentenza di merito. **4.** La necessità di una soluzione: le ragioni dell'applicabilità del nuovo testo della disposizione statutaria. **5.** Una breve considerazione finale in attesa dell'intervento del legislatore.

#### 1. *Il nuovo art. 18 l. n. 300/1970 e la sua applicabilità al lavoro pubblico: la posizione della dottrina*

La legge n. 92/2012 ha riscritto l'art. 18 l. n. 300/1970 rivisitando sostanzialmente il modello sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo con un sensibile ridimensionamento dell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria ed una contestuale estensione di quella indennitaria<sup>1</sup>.

La legge in questione, pur rivestendo un'importanza fondamentale nell'ordinamento giuslavoristico in quanto mette mano ad una complessiva

<sup>1</sup> Per un'analisi sul nuovo testo dell'art. 18 l. n. 300/1970 v. FIORILLO, PERULLI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. IV, *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014; CESTER (a cura di), *I licenziamenti (dopo la legge n. 92 del 2012)*, Cedam, 2013; CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla nuova legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013; CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013; CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012): licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Ipsoa, 2012; MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012; PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012. Da ultimo per una riflessione che si raffronta anche con le nuove regole introdotte dal d.lgs. n. 23/2015 v. DI PAOLA (a cura di), *Il licenziamento - Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, 2016.

riforma del mercato del lavoro, mantiene sostanzialmente fuori dal suo campo di applicazione il lavoro pubblico contrattualizzato, utilizzando una formulazione decisamente infelice che si presta ad interpretazioni non univoche proprio con riferimento alla richiamata normativa statutaria<sup>2</sup>.

Il legislatore dedica al tema due commi: nel primo si precisa che “le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall’articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo” (art. 1, comma 7); nel secondo si dà mandato al Ministro per la pubblica amministrazione di individuare e definire “ambiti, modalità e tempi” per armonizzare le disposizioni in questione con la disciplina relativa ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 8).

La centralità dei temi affrontati dalla legge, soprattutto con riferimento alle nuove regole in materia di flessibilità in entrata e in uscita, e la breve durata del Governo Monti, ispiratore della legge n. 92/12, hanno determinato la mancata “armonizzazione” delle discipline con conseguente estraneità delle regole fissate dal legislatore del 2012 al rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato.

Ed infatti, alcun valore precettivo può avere in materia il comma 7 cit. se non quello di rinviare a futuri provvedimenti amministrativi o legislativi (vedi in tal senso il comma 8 cit.) l’eventuale applicazione delle regole fissate esclusivamente per il lavoro privato dalla legge n. 92/12.

Il comma in questione, tuttavia, contiene un inciso che non consente di generalizzare la regola sopra riportata in quanto si condiziona l’operatività del comma 7 cit. alla circostanza che non sia la stessa legge a prevedere diversamente.

Circostanza questa riscontrabile nello stesso art. 1, l. n. 92/12, che, ad esempio, nel comma 32 riscrive l’art. 70 d.lgs. n. 276/2003 che disciplina il lavoro accessorio e ne dispone la immediata applicazione anche al lavoro pubblico o, in senso opposto, nell’art. 2, comma 29, della stessa legge che

<sup>2</sup> A questo proposito è stato osservato che la scelta di varare disposizioni criptiche è stata voluta da un legislatore che certamente ha inteso applicare la riforma del mercato del lavoro al solo settore privato ma che, nel contempo ha voluto “mantenere un legame con il lavoro pubblico privatizzato per non vanificare il principio della tendenziale uniformità di disciplina”, BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, p. 1001.

esclude l'applicazione al contratto a termine stipulato dalle pubbliche amministrazioni della maggiorazione contributiva pari all'1,4%.

Sempre il comma 7 cit., al fine di orientare il processo di armonizzazione tra le due discipline, richiama anche l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/01, norma di fondamentale importanza nel definire la disciplina applicabile al lavoro pubblico contrattualizzato in quanto fissa la regola di carattere generale per la quale a questa tipologia di lavoro si applicano le disposizioni previste dal libro V (capo I, titolo II) del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

L'inciso sopra richiamato e il riferimento all'art. 2, comma 2 cit., impongono all'interprete di vagliare caso per caso l'applicabilità o meno al lavoro pubblico della disciplina contenuta nella legge n. 92/12 per verificare la presenza di disposizioni della stessa legge, o alla stessa estranee, ma che, comunque, consentono l'applicazione di singole norme e ciò anche "in coerenza" con quanto prevede, in generale, il sistema delle fonti di questa tipologia di rapporto di lavoro, tracciato dall'art. 2, comma 2 cit.

In quest'opera ermeneutica una decisa rilevanza riveste l'art. 51 d.lgs. n. 165/01, così come l'art. 36 dello stesso decreto, che prevedono, entrambi, la diretta applicazione al lavoro pubblico contrattualizzato di leggi che regolano il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa quali, nel primo caso, le norme dello Statuto dei lavoratori e, nel secondo, quelle che disciplinano i contratti temporanei, con la formula per la quale il rinvio vale anche con riferimento a "successive modifiche e integrazioni"<sup>3</sup> (c.d. rinvio mobile).

Ebbene, per quel che interessa in questa sede, lo Statuto contiene una norma riscritta dall'art. 1, comma 42, legge n. 92/12 che modifica la rubrica e i primi sei commi dell'art. 18 cit. sostituendoli con dieci nuovi commi che cambiano radicalmente le tecniche di tutela in caso di licenziamento individuale.

In questo contesto l'art. 1, comma 7 cit., per come formulato, non è in grado di evitare l'applicazione al lavoro pubblico contrattualizzato di norme, contenute nella stessa legge n. 92, che a loro volta intervengono a modificare istituti del rapporto di lavoro privato presenti in provvedimenti legislativi

<sup>3</sup> Con specifico riferimento all'art. 36 d.lgs. n. 165/01 si è anche espresso il Dipartimento della Funzione pubblica con nota del 19.9.2012, n. 37561 nella quale da atto che, inattuato il meccanismo di armonizzazione previsto dall'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/12, "a normativa vigente (...) trova applicazione il d.lgs. n. 368/2001, ivi compresa la disciplina del comma 3 dell'art. 5 sulla successione dei contratti a termine" nel testo modificato dalla legge stessa legge n. 92.

che trovano diretta ed esplicita applicazione a questa tipologia di lavoro pubblico non solo in virtù del generale rinvio operato dall'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/01, ma in forza di una specifica disposizione, contenuta nell'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/01, per la quale “la legge 20 maggio n. 300 e successive modifiche ed integrazioni si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”<sup>4</sup>.

Ciò nonostante sono state avanzate interpretazioni che, valorizzando la finalità sostanziale della norma di raccordo del 2012 (comma 7 cit.) volta ad impedire comunque il travaso automatico delle regole della legge n. 92/12 nella disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato, ritengono, sulla base di argomentazioni che badano più alla sostanza che alla forma, che “il sistema di licenziamenti nell'impiego pubblico è del tutto peculiare, auto-concluso ed auto-sufficiente” con la conseguente estraneità complessiva della sua disciplina rispetto a quella prevista per il settore privato<sup>5</sup>. Secondo altri la clausola di salvaguardia contenuta nel comma 7 dell'art. 1 cit. consente solo alla stessa l. 92/12 di prevedere disposizioni derogatorie alla direttiva della non immediata applicazione della riforma al pubblico impiego privatizzato, liquidando la presenza nell'ordinamento dell'art. 51 cit., con la considerazione, non priva di qualche forzatura, per la quale la formula del rinvio alla legge n. 300/70 riferita anche a “successive modifiche ed integrazioni”, “non possa riguardare anche le recenti e radicali modifiche come quelle di cui alla legge

<sup>4</sup> In questo senso si sono espressi TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *op. cit.*, p. 35; CAVALLARO, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, p. 1019; DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *RIDL*, 2013, II, p. 416; GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 228. BOSCATI, *op. cit.*, p. 999 e DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, 2013, I, p. 1, ritengono che debba applicarsi il nuovo testo dell'art. 18 ma, in ragione della natura imperativa dell'intera disciplina legale prevista per il licenziamento nel settore pubblico, sostengono che si applica sempre la tutela reintegratoria piena dallo stesso prevista. Tesi quest'ultima avallata dalla Cassazione che in questa sede si commenta che ha ravvisato la nullità del licenziamento disciplinare in quanto irrogato in violazione di norme imperative di legge, quali quelle che disciplinano, nel settore pubblico, il procedimento disciplinare, applicando così la tutela reale secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 18, comma 1, cit.

<sup>5</sup> CARINCI F., *Art. 18 st. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, I, p. 257, tra i primi a ritenere che ragioni complessive di ordine sistematico impongono la coesistenza dei due testi dell'art. 18 cit. senza risparmiare pesanti critiche alla tecnica legislativa utilizzata.

n. 92/12, attesa l'impossibilità di una valenza *ex post* contenuta in una norma (...) in vigore nel lontano 2001"<sup>6</sup>.

Un dato comune alle tesi sopra riportate è costituito dal tipo di conseguenza scaturente dalla mancata applicazione del nuovo testo dell'art. 18 cit.: è pacificamente prospettata la soluzione per la quale al licenziamento del pubblico dipendente, risultato illegittimo, si applica l'art. 18 nella sua vecchia formulazione ricorrendo ad interpretazioni per le quali si ritiene o che la norma abrogata, nella sostanza, sia stata disapplicata con riferimento al lavoro privato<sup>7</sup> o che costituisca, per il solo settore pubblico, una sorta di deroga alla regola di portata generale dell'abrogazione<sup>8</sup> o, ancora, che la stessa continua a trovare applicazione e ciò anche se si tratta di norme che la nuova legge "intendeva abrogare"<sup>9</sup>, ritenendo che, nella sostanza, la legge del 2012 "limitando il proprio campo applicativo, ha impedito si producesse un completo e definitivo fenomeno abrogativo"<sup>10</sup>.

## 2. (Continua) *L'interpretazione giurisprudenziale*

La criptica disposizione normativa contenuta nell'art. 1, comma 7, cit. non poteva rimanere estranea alla valutazione della giurisprudenza.

Il dato giurisprudenziale si caratterizza, prevalentemente, per un approccio al tema che rimane strettamente legato all'applicazione delle norme di diritto positivo presenti in materia giungendo alla conclusione che il nuovo testo dell'art. 18 debba necessariamente applicarsi al lavoro pubblico contrattualizzato in forza di quanto previsto dall'art. 51 d.lgs. n. 165/01 che

<sup>6</sup> ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, p. 720. Escludono l'applicazione al lavoro pubblico contrattualizzato dell'art. 18 riformulato anche PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *op. cit.*, p. 52; SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *op. cit.*, p. 844; GERARDO, MUTARELLI A., *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *LPA*, 2013, III, p. 191; LUCIANI V., *Il licenziamento del dipendente pubblico: un mito che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del Lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 64 e, da ultimo, SORDI, *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato*, in DI PAOLA (a cura di), *op. cit.*, p. 510.

<sup>7</sup> CARINCI F., *op. cit.*, p. 256.

<sup>8</sup> ROMEO, *op. cit.*, p. 723.

<sup>9</sup> PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 58.

<sup>10</sup> LUCIANI V., *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, 2012, p. 767.



estende al settore pubblico l'intera normativa contenuta nello Statuto, ivi comprese le modifiche che dovessero intervenire per il futuro (c.d. rinvio mobile).

Le prime decisioni intervenute in materia<sup>11</sup>, con una serie di stringenti argomentazioni tecniche, dimostrano come non si possa fare a meno di considerare la rilevanza dell'art. 51 cit. che, per come è stato strutturato, impone la diretta applicazione al lavoro pubblico contrattualizzato dell'intera legge n. 300/70 ivi comprese tutte le modifiche via via intervenute nel tempo. Aggiungendo poi che per impedire ciò "si dovrebbe postulare una abrogazione tacita parziale del richiamo alle modifiche del solo art. 18, fermo restando il rinvio mobile alle altre parti dello Statuto dei lavoratori" per poi mettere in evidenza non solo che tale abrogazione è priva di qualsivoglia appiglio testuale, ma anche come non sia presente, nella legge n. 92/12, alcuna disposizione transitoria che consenta una sopravvivenza del vecchio testo dell'art. 18 abrogato dalla stessa legge.

Nello stesso senso si è pronunciato il Tribunale di Bari<sup>12</sup> osservando che vi sono una serie di casi in cui "la riforma modifica taluni istituti la cui applicazione al pubblico impiego contrattualizzato (...) risulta estesa per effetto di norme estranee alla l. n. 92/2012 e preesistenti alla stessa" e che in tali ipotesi le novità si applicano al lavoro pubblico "proprio perché (e solo quando) esistano preesistenti disposizioni di legge che estendano espressamente al pubblico impiego gli istituti interessati dalle modifiche" per concludere che in questo contesto "spicca l'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 che estende l'integrale applicazione dello Statuto dei lavoratori ed in particolare dell'art. 18, alla p.a."

Merita di essere segnalata anche l'ordinanza 17 marzo 2014 del Tribunale di Palermo che sottolinea come "una lettura logico-sistematica dell'art. 1, 7°-8° comma, l. n. 92, da un lato e degli art. 2, comma 2 e 51 comma 2, d.lgs. n. 165/2001, dall'altro, suggerisce (...) che le modifiche apportate all'art. 18 Statuto dei lavoratori, in quanto relative ad una norma già applicata al pubblico impiego, rappresentano giust'appunto un caso in cui le disposizioni della l. n. 92/2012 trovano immediata operatività nei confronti dei pubblici dipendenti senza alcuna necessità di previa armonizzazione"<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012 e ord. 15 gennaio 2013, in *LPA*, 2012, p. 1117 e p. 1122.

<sup>12</sup> Trib. Bari, 14 gennaio 2013, in *RIDL*, 2013, II, p. 410.

<sup>13</sup> Leggila in *FI*, 2014, p.1478 che riporta in motivazione, oltre alle sentenze sopra menzionate, altri precedenti in termini alcuni allo stato inediti e segnatamente Trib. Ancona 31

Si evidenzia, infine, una decisione del Tribunale di Torino che, ripercorre le stesse argomentazioni utilizzate dalle sentenze sopra riportate precisando che “non diversamente da quanto avviene in ogni caso di intervento legislativo modificativo, l’unico art. 18 in vigore da quel momento è dunque quello che risulta da tali modificazioni” e, ancora, una sentenza del Tribunale di Pavia che, valorizzando la tecnica del rinvio mobile contenuta nell’art. 51 cit., applica il nuovo testo dell’art. 18 cit. “a prescindere dalle iniziative di armonizzazione (...) riferibili a quegli istituti che ancora presentano parziali divergenze nel rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato tra i quali non è annoverabile l’art. 18 st. lav.”<sup>14</sup>.

Non mancano sentenze di diverso avviso che comunque costituiscono, a quanto consta, un orientamento minoritario. Si sostiene che in mancanza di interventi finalizzati ad armonizzare l’impianto normativo della legge n. 92/12 continua ad applicarsi il vecchio testo dell’art. 18 cit.<sup>15</sup>.

### 3. *La recente tesi della giurisprudenza di legittimità e la diversa opinione di una sentenza di merito*

In questo contesto si inseriscono le due sentenze che in questa sede si annotano. La prima (Cass. n. 24157/2015) – investita di una fattispecie che riguarda il licenziamento disciplinare nel settore del lavoro pubblico contrattualizzato – non si dilunga nella motivazione e si limita a sottolineare il dato di diritto positivo: partendo dall’“inequivocabile tenore” dell’art. 51 cit., che “prevede l’applicazione anche al pubblico impiego c.d. contrattualizzato della legge n. 300/1970 e successive modificazioni e integrazioni”, afferma che “è innegabile che il nuovo testo dell’art. 18 legge n. 300/1970 (...) trovi applicazione al licenziamento per cui è processo e ciò a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione previste dalla legge c.d. Fornero”<sup>16</sup>.

gennaio 2013, Trib. Teramo 20 settembre 2013; vedi anche Trib. Terni, 14 dicembre 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 aprile 2013, in *LG*, 2013, p. 624.

<sup>14</sup> Trib. Torino, 14 febbraio 2014 in *FI*, 2014, p. 1478 e Trib. Pavia, 6 novembre 2015, in *DRI*, 2016, p. 247.

<sup>15</sup> Vedi Trib. Roma, 23 gennaio 2013, in *GC*, 2013, I, p. 1255; Trib. Como, ord. 16 giugno 2015, est. Mancini, citata da BULGARINI D’ELCI, *La tutela dell’art. 18 post Fornero si applica anche ai dipendenti pubblici*, in *GL*, 2015, 48, p. 46; Trib. Venezia, 2 dicembre 2014, in *LG*, 2015, p. 609 con nota di DALLACASA.

<sup>16</sup> Per un commento della sentenza che tiene conto anche della valutazione operata dal

La seconda (Trib. Roma n. 25908/2015) affronta una fattispecie caratterizzata da un licenziamento disciplinare ritenuto illegittimo per violazione di regole procedurali e assoggettato alla tutela indennitaria secondo quanto disposto dal nuovo testo dell'art. 18 cit. con ordinanza emessa ai sensi dell'art. 1, comma 48, l. n. 92/12.

Il giudice, in sede di opposizione, ribalta l'esito della prima fase cautelare e, con una articolata motivazione, supporta le ragioni che non consentono di applicare il nuovo testo dell'art. 18 cit. affermando che "la norma che tuttora disciplina le conseguenze dell'illegittimità dei licenziamenti dei dipendenti pubblici contrattualizzati è rappresentata dall'art. 18 l. n. 300 del 1970 nel testo vigente prima delle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012".

La sentenza, mostrando piena consapevolezza della *querelle* dottrinarie e di quanto statuito dalla Cassazione con la sentenza n. 24157/2015, si muove nel solco di quelle riflessioni di sistema che evidenziano come, nel settore pubblico, si sia oramai in presenza di una disciplina sul licenziamento profondamente diversa da quella esistente per il settore privato.

A questo fine si evidenzia la "massiccia legificazione del potere disciplinare", "l'inesistenza del licenziamento collettivo (le eccedenze di personale essendo disciplinate da una procedura di mobilità collettiva che non prevede alcun atto unilaterale di parte datoriale diretto a risolvere il rapporto...)" l'inesistenza del licenziamento individuale per ragioni organizzative, attratto nell'alveo della mobilità sopra richiamata, la particolare tutela per il dirigente pubblico per il quale la regola, di derivazione giurisprudenziale, del ripristino del rapporto di lavoro sostituisce quella indennitaria, in caso di licenziamento illegittimo.

La decisione, sul presupposto che nulla impedisce al legislatore di modificare il disposto dell'art. 51 cit., specificando che modificazioni successive apportate allo Statuto dei lavoratori siano inapplicabili al rapporto di lavoro pubblico, ritiene che nel concreto ciò "ha fatto la legge del 2012 per mezzo dei commi 7 e 8 dell'art. 1".

giudice di legittimità in ordine alle conseguenze di un licenziamento disciplinare disposto in violazione della normativa prevista in materia dal d.lgs. n. 165/01 (nel caso di specie la Corte ha ritenuto che al licenziamento nullo per violazione dell'art. 55-bis, comma 4, d.lgs. n. 165/01 si applica la tutela reintegratoria di cui al primo comma dell'art. 18, modificato dalla legge n. 92/12, vertendosi in un caso di licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge) vedi BOSCATI, *Art. 18 e lavoro pubblico nella giurisprudenza di merito e nella prima pronuncia di legittimità*, in *DRI*, 2016, p. 247.

A questo proposito viene precisato che l'inciso contenuto nel comma 7 cit. "sta semplicemente a significare che il meccanismo di adeguamento (...) non riguarda disposizioni della legge per le quali la questione della loro applicabilità al lavoro pubblico sia "espressamente" risolta dalla medesima legge" indicando a titolo di esempio l'art. 2, comma 2, che esclude espressamente i dipendenti pubblici dall'ambito di operatività dell'Aspi oppure il comma 29, lett. d) dello stesso articolo che esonera il contratto a termine pubblico dal contributo addizionale.

Sulla base di questo presupposto interpretativo le modifiche all'art. 18 cit. restano estranee alla disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato "perché la questione della loro applicabilità/inapplicabilità (...) non è affatto destinataria di una espressa previsione da parte della stessa legge n. 92".

4. *La necessità di una soluzione: le ragioni dell'applicabilità del nuovo testo della disposizione statutaria*

Le divergenze interpretative sull'applicazione o meno del nuovo testo dell'art. 18 cit. al lavoro pubblico contrattualizzato sono destinate a produrre conseguenze pratiche non indifferenti.

Il dato si ricava con immediatezza proprio dall'esame della vicenda processuale sottesa alla sentenza del Tribunale di Roma che in questa sede si commenta: in prima battuta il giudice ha accertato una violazione di tipo procedurale nell'irrogazione del licenziamento disciplinare avvenuta in data 3.6.2014 e, applicando l'attuale sesto comma dell'art. 18 cit., ha dichiarato risolto il rapporto di lavoro e condannato l'amministrazione al pagamento di sei mensilità della retribuzione globale di fatto (quantificate dalla stessa ordinanza in euro 51.288,66), il giudice dell'opposizione, con sentenza depositata in data 1.12.2015, ha ritenuto applicabile il vecchio testo della normativa statutaria ed ha reintegrato il dipendente pubblico nel posto di lavoro ordinando all'amministrazione di corrispondergli le retribuzioni globali di fatto maturate a partire dal 3 giugno 2014 fino all'effettiva reintegrazione. In base alla seconda decisione il dipendente avrà diritto ad un ristoro patrimoniale nella misura di n. 18 mensilità (3.6.2014-1.12.2015) che in base al calcolo effettuato dal giudice di prime cure sarà pari a euro 153.867,00 con il diritto del dipendente a rinunciare al posto di lavoro previa la richiesta di ulteriori 15 mensilità per un ammontare di euro 128.222,00. Se poi si pone mente al

fatto che l'amministrazione sarà tenuta a corrispondere sulle 18 mensilità anche la contribuzione previdenziale, nella misura pari a circa 50.000,00 euro ci si avvede che, con la seconda decisione, la somma a carico dell'amministrazione pubblica (e quindi della collettività) può arrivare ad oltre 332.000 euro, il tutto a fronte di un licenziamento che, a prescindere dal tipo di comportamento osservato dal dipendente, è stato dichiarato illegittimo ai sensi dell'art. 7, comma 2, l. n. 300/1970 per una irregolarità procedurale verificatasi nell'iter del procedimento disciplinare.

A fronte dell'evidente imperizia del legislatore ragioni di ordine gestionale, non prive di ricadute anche sul piano economico, rendono quanto mai opportuno che l'interprete contribuisca a fornire parametri che consentano di determinare con certezza il tipo di tutela applicabile al licenziamento del dipendente pubblico contrattualizzato.

L'obiettivo è perseguibile con un approccio ermeneutico rigoroso finalizzato a "dare alle norme (in quanto frutto dell'interpretazioni delle disposizioni) il massimo possibile di ragionevolezza e coerenza sistematica"<sup>17</sup> e che, nel contempo, sia rispettoso delle regole sull'applicazione delle leggi così come disciplinate dal codice civile nelle disposizioni sulla legge in generale (Capo II, artt. 11, 12 e 15).

Sotto questo profilo sono più che mai condivisibili le riflessioni di chi, pur dando atto delle intenzioni del legislatore che, nel caso di specie, avrebbe voluto evitare una diretta applicazione al lavoro pubblico contrattualizzato delle nuove regole previste per il lavoro privato dalla legge n. 92/12, evidenzia che "l'intenzione del legislatore rileva in quanto volontà oggettiva della norma, non come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo"<sup>18</sup>.

Tanto premesso non può che convenirsi con quella giurisprudenza che ritiene applicabile al lavoro pubblico contrattualizzato il nuovo testo dell'art. 18 e ciò per le sintetiche quanto efficaci affermazioni contenute nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione, che in questa sede si commenta, nella parte in cui evidenzia che in ragione dell'"inequivocabile tenore

<sup>17</sup> DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 423.

<sup>18</sup> Così CAVALLARO, *op. cit.*, p. 1024 il quale, a supporto delle sue affermazioni cita, per tutte, Cass. 21 maggio 1988 n. 3550 che riflette un orientamento costante della giurisprudenza di legittimità per il quale, nell'interpretazione di una norma di legge, bisogna attenersi "alla volontà obiettiva della legge quale risulta dal dato letterale e dalla intenzione del legislatore intesa come volontà oggettiva della norma (*voluntas legis*) da tenersi distinta dalla volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa" ne *Il sole 24 ore, Mass. Rep. Lex 24*.

dell'art. 51 (...) è innegabile che il nuovo testo dell'art. 18 legge n. 300/70 come novellato dall'art. 1 legge n. 92/12 trovi applicazione *ratione temporis* al licenziamento per cui è causa e ciò a prescindere dalle iniziative di armonizzazione previste dalla legge c.d. Fornero”.

Il giudice di legittimità non fa altro che applicare la normativa esistente avallando in tal modo la lettura logico-sistematica dell'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/12, da un lato, e degli art. 2, comma 2 e 51 comma 2, d.lgs. n. 165/01 dall'altro, proposta dalla giurisprudenza di merito (vedi in particolare Trib. Palermo, ord. cit. n. 13).

La sentenza coglie decisamente nel segno anche nella parte in cui specifica che il giudice deve operare le sue valutazioni “a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione” previste dalla legge n. 92/12 con ciò lasciando intendere che, fino a quando non ci sarà un organico intervento normativo in materia, la disciplina applicabile è costituita necessariamente dal nuovo testo dell'art. 18 cit., unica norma vigente nell'ordinamento giuridico a far data dall'entrata in vigore della legge n. 92/12 (18 luglio 2012).

Questa ultima considerazione introduce il secondo elemento che dovrebbe indurre l'interprete a sostenere con decisione l'estensione anche nel settore pubblico delle nuove forme di tutela in caso di licenziamento illegittimo e ciò per l'impossibilità di ritenere applicabile il vecchio testo dell'art. 18 cit. formalmente ed inequivocabilmente abrogato dal nuovo testo.

Sul punto sia la dottrina che la (poca) giurisprudenza che escludono l'applicazione della nuovo testo dell'art. 18 cit. all'impiego pubblico contrattualizzato non affrontano la questione sotto il profilo strettamente tecnico quasi dando per scontato che sia possibile nel nostro ordinamento la contemporanea presenza di due testi della stessa norma con differenti campi di applicazione, pur in assenza di specifiche disposizioni in tal senso da parte del legislatore<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Una spiegazione tecnico-giuridica di come sia possibile mantenere in vita entrambi i testi è presente nel saggio di CARINCI F., *op. cit.*, p. 256 che ricorre alla meccanismo della disapplicazione sostenendo che il vecchio testo della norma è limitato al settore pubblico, mentre, a sua volta, il nuovo testo dello stesso articolo si applica al solo lavoro privato. Alcuni autori vorrebbero introdurre nel nostro ordinamento una nuova tipologia di diritto positivo costituito da norme il cui testo è quello “storicizzato” cioè presente nell'ordinamento prima delle modifiche abrogative, ma tuttora valevole per il futuro così GERARDO, MUTARELLI A., *op. cit.*, p. 198. Altri ancora propendono per uno sdoppiamento delle fonti: accanto ad un “diritto del lavoro vec-

Per offrire una soluzione al problema in linea con il nostro sistema delle fonti è necessario riportare la questione nel solco tracciato dall'ordinamento ed in particolare dall'art. 15 delle preleggi che disciplina l'abrogazione, letta congiuntamente all'art. 11, sempre delle preleggi, sull'efficacia della legge nel tempo.

In base all'art. 15 cit., esistono due tipologie di abrogazione, la prima qualificata come abrogazione espressa o "nominata" si verifica "allorché la disposizione abrogatrice identifica con precisione il suo oggetto", la seconda, qualificata come tacita in quanto manca un atto abrogativo espresso di una determinata norma, si verifica "mediante l'emanazione di disposizioni di altra natura" e si sostanzia in due sotto tipi: abrogazione "per incompatibilità" e abrogazione per "nuova disciplina"; il primo dei due si verifica a seguito dell'emanazione di "una disposizione che, per una determinata fattispecie, detta una disciplina che sia incompatibile con la disciplina dettata, per quella stessa fattispecie, da una disposizione cronologicamente antecedente; il secondo si ha quando "viene emanata una serie di disposizioni che (...) dettano una disciplina nuova (...) rispetto a quella dettata da una o più disposizioni cronologicamente antecedenti, talché le disposizioni precedenti (...) vengono considerate abrogate pur in mancanza di un atto abrogativo espresso in tal senso"<sup>20</sup>.

In quest'ultima fattispecie rientrano le modifiche apportate all'art. 18 cit. riscritto nel testo e nella sua stessa rubrica dall'art. 1, co. 42, l. 92/12.

In base all'art. 11 cit. le nuove disposizioni contenute nell'art. 18 cit. sono valide per il futuro e segnatamente a far data dal 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della legge n. 92/12) in poi, mentre le vecchie disposizioni contenute nell'art. 18 cit. prima della nuova disciplina, se pur abrogate, continuano ad essere presenti nell'ordinamento ma valgono solo ed esclusivamente per il passato (cioè per il periodo antecedente alla data del 18 luglio 2012).

Il sistema brevemente descritto è quello che, nel nostro ordinamento, regola la successione delle leggi e la loro efficacia in caso di abrogazione

chio" si aggiunge "un diritto del lavoro nuovo" e in tal senso invitano "giuristi ed operatori del diritto (...) ad attrezzarsi per gestire la problematica coesistenza" così PASQUALETTO, *op. cit.*, p. 58.

<sup>20</sup> Le parole virgolettate nel testo sono riprese da GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, 1990, pp. 246-247.

espressa o tacita e che non consente alle norme abrogate di conservare una validità per il futuro<sup>21</sup>.

Del resto il legislatore ha gli strumenti che gli consentono di perseguire l'obiettivo di conservare temporaneamente, in attesa della ridefinizione sistematica di una determinata disciplina, la contemporanea vigenza, in settori diversi, di testi differenti di una stessa legge. In questo caso le disposizioni non devono essere abrogate ma se ne deve indicare il circoscritto campo di applicazione: nella fattispecie di cui si discute il legislatore, dopo attenta ricognizione del sistema normativo che caratterizza la disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato costruito dal d.lgs. n. 165/01, avrebbe dovuto specificare che, in virtù dei rinvii operati sia dall'art. 51 che dall'art. 36 del richiamato decreto, a questa tipologia di lavoro continuavano ad applicarsi il testo dell'art. 18 l. n. 300/70 e quello contenuto nel d.lgs. n. 368/2001 senza le modifiche apportate dalla legge n. 92/12.

Del resto tecniche legislative del genere sono già state utilizzate proprio in occasione del passaggio di una rilevante parte dell'impiego pubblico dalla disciplina del diritto pubblico a quelle del diritto privato. In occasione della riforma del rapporto di impiego pubblico attuata, prima con il d.lgs. n. 29/1993 (art. 72) e poi con il d.lgs. n. 80/1998 (artt. 69, 71 e 72), è stato predisposto un sofisticato sistema di norme transitorie, di disposizioni inapplicabili e di norme abrogate che ha consentito non solo il graduale passaggio di discipline (da pubbliche a private) nella regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato, ma ha conservato la piena validità, anche per il futuro, dell'intero impianto normativo, una volta previsto per la generalità dell'impiego pubblico, per i soli dipendenti il cui rapporto è rimasto assoggettato alla disciplina di diritto pubblico<sup>22</sup>.

Sulla base delle considerazioni appena esposte non può ritenersi convincente la sentenza del Tribunale di Roma che, sempre in questa sede, si commenta.

<sup>21</sup> Sulla questione vedi anche DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 419 che considera questa possibilità "un vero e proprio *monstrum*" sottolineando che "neppure gli studiosi dell'abrogazione (...) ne hanno immaginato la possibile verifica" ed *ivi* il rinvio per un approfondimento sul tema a MODUGNO, *Abrogazione*, in *EGT*, vol. I, 1988 e GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1988.

<sup>22</sup> Per un esame della normativa sopra richiamata nel testo all'epoca vigente vedi i commenti agli artt. 69, 71 e 72 in FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, a sua volta in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol. III, Giuffrè, 2004.



Le argomentazioni poste a base della motivazione, tutte ineccepibili sotto il profilo della diversità di regolamentazione dell'istituto del licenziamento previsto per il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato e il rapporto di lavoro privato, non sembrano idonee a supportare una diversità del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo fino al punto di arrivare a forzare il significato letterale delle disposizioni che, nel loro insieme, estendono anche al lavoro pubblico contrattualizzato il nuovo testo dell'art. 18 cit.

Né sembra sostenibile la tesi, di fondamentale importanza per la tenuta dell'intera motivazione, finalizzata a neutralizzare la portata dell'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/01, per la quale il legislatore, per mezzo dei commi 7 e 8 dell'art. 1 l. n. 92/12, nell'introdurre le modifiche allo Statuto dei lavoratori, avrebbe "espressamente (previsto – ndr) la loro inapplicabilità al rapporto di lavoro pubblico".

A questo proposito deve osservarsi che sicuramente il legislatore avrebbe potuto procedere nel modo auspicato dalla sentenza, ma ciò non è avvenuto né esplicitamente né implicitamente, piuttosto è convinzione di chi scrive che il legislatore si sia dimenticato dell'esistenza di quella norma, generando così il dibattito dottrinario e giurisprudenziale che si è cercato di ricostruire.

##### 5. *Una breve considerazione finale in attesa dell'intervento del legislatore*

La materia necessita più che mai di un intervento del legislatore vista la sua palese responsabilità nell'aver creato una situazione a dir poco ingarbugliata che offre il fianco a tesi interpretative fortemente divergenti con ricadute non indifferenti sulla concreta gestione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti contrattualizzati.

Intervento indispensabile se si considera l'inammissibile silenzio fino ad ora osservato anche in occasione dell'emanazione del d.lgs. n. 23/2015 che ha rivoluzionato le tecniche di tutela in materia di licenziamento del lavoratore privato con la sostanziale scomparsa della tutela reintegratoria per tutti i dipendenti assunti a far data dal 7 marzo 2015. In quest'ultima occasione, in particolare, il legislatore sembra dimenticarsi del lavoro pubblico contrattualizzato e, nello specifico, dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/01, per il quale questo tipo di rapporto di lavoro oltre che da una parte significativa libro V del codice civile è disciplinato "dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato

nell'impresa" con salvezza delle disposizioni contenute nello stesso decreto che, è opportuno sottolinearlo, nulla dicono in tema di licenziamento.

Non è possibile in questa sede soffermarsi su questa ulteriore problematica anche se è condivisibile la tesi di quanti sostengono che il richiamo espressamente operato, nella norma dedicata al campo di applicazione, alle categorie degli "operai impiegati e quadri" e "la presenza di disposizioni normative destinate alla disciplina di istituti in concreto sconosciuti all'ordinamento del pubblico impiego come i licenziamenti economici, individuali e collettivi"<sup>23</sup> non consente di applicare nel suo insieme quest'ultimo provvedimento al lavoro pubblico.

Sul futuro intervento del legislatore è più che mai condivisibile il monito di un attento studioso della materia che, pur mantenendo un giudizio fortemente critico sull'intero processo di revisione della c.d. tutela reale, sin dall'inizio del processo di riforma del mercato del lavoro ha messo in guardia il legislatore sul fatto che l'applicabilità alle pubbliche amministrazioni "non può costituire un problema da affrontare in un'ottica specifica o "solitaria" del Ministro della Pubblica Amministrazione" e, ancora, che "non paiono possibili distinzioni più o meno pretestuose" tra lavoro privato e pubblico "se (...) ridimensionare l'art. 18 serve davvero alla crescita perché eleva la produttività del lavoro" concludendo, provocatoriamente, che se la disciplina del licenziamento resta diversificata nel settore pubblico "o i licenziamenti più facili centrano poco con la produttività; oppure che nel settore pubblico questa leva non si sa o non si può utilizzare; o che il settore pubblico viene ancora concepito come un serbatoio per politiche assistenziali"<sup>24</sup>.

In ogni caso, una disciplina nettamente diversificata in tema di licenziamento tra settore privato e pubblico difficilmente potrebbe reggere il vaglio di costituzionalità sotto il profilo dell'art. 3 Cost. trattandosi di una materia che non rientra espressamente nel campo di applicazione dell'art. 97 Cost.<sup>25</sup>,

<sup>23</sup> GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, 2015, p. 66 e, da ultimo, BOSCATI, *Art. 18 e, cit.*, p. 257 ed *ivi* ampi riferimenti alla dottrina intervenuta in materia.

<sup>24</sup> ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 75-76.

<sup>25</sup> A questo proposito è opportuno sottolineare che non possono trovare applicazione, per la generalità dei pubblici dipendenti contrattualizzati, i precetti costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità sanciti dall'art. 97 Cost., co. 1, utilizzati dalla Corte costituzionale per contrastare norme di legge, del tutto peculiari, che hanno previsto l'automatica cessazione degli incarichi dirigenziali di vertice senza il rispetto del giusto procedimento o la rimozione

al contrario di quella riguardante la tutela in caso di uso illegittimo dei contratti temporanei per i quali la diversificazione tra il lavoro privato (trasformazione del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato) e quello pubblico (risarcimento del danno con esplicito divieto di conversione) è stata da sempre avallata dalla Corte costituzionale richiamandosi alla regola costituzionale, fissata dal comma 3 dell'art. 97 Cost., che consente l'accesso nella pubblica amministrazione solo a seguito di un pubblico concorso.

di dirigenti apicali (*spoils system*) consentendo alla stessa di affermare che “il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto è circondato da garanzie e limiti posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi” la cui salvaguardia impone una tutela reale e non di tipo indennitario (C. Cost. 22 ottobre 2008 n. 351).

**Key words**

Lavoro pubblico, licenziamento disciplinare, illegittimità, regime applicabile, art. 18 l. n. 300/1970.

Public employment, disciplinary dismissal, unlawfulness, applicable regime, Article 18 Law n. 300/1970.

**Trib. Nola, decr. 4 giugno 2015 n. 18203, Dott.ssa D'Antonio**

*È legittimo il licenziamento per giusta causa irrogato a fronte di condotte che travalichino i limiti formali e sostanziali di un corretto esercizio del diritto di critica, connotandosi come lesive del decoro e della reputazione del datore di lavoro in violazione dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., cui va assegnato un contenuto più ampio rispetto al dato testuale della norma.*

*È legittimo il secondo licenziamento irrogato ad un lavoratore sulla base di motivi diversi rispetto a quelli posti a fondamento di un precedente recesso, essendo le due fattispecie autonome, con la precisazione che il secondo licenziamento produce i propri effetti solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente.*

(massime a cura dell'autrice della nota)

★ ★ ★

## Claudia Murena (Doppio) licenziamento e diritto di critica del lavoratore

**Sommario:** **1.** Un breve riepilogo dei fatti: la protesta dei lavoratori Fiat e il “suicidio” di Marchionne. **2.** Il diritto di critica tra fiducia e sfera privata del lavoratore. **3.** Il “doppio licenziamento”.

### 1. *Un breve riepilogo dei fatti: la protesta dei lavoratori Fiat e il “suicidio” di Marchionne*

Il 20 giugno 2014 cinque lavoratori della FCA Italy s.p.a. (precedentemente, Fiat Group Automobiles s.p.a.) venivano licenziati per giusta causa ai sensi dell’art. 2119 c.c. e dell’art. 32, lett. b (sezione *Licenziamenti per mancanze*) del contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre 2010, che prevede il licenziamento senza preavviso per il lavoratore che, tra l’altro, “*provochi all’azienda grave nocumento morale o materiale*”.

I fatti che avevano dato luogo al provvedimento espulsivo, balzati agli onori della cronaca, erano riferiti ad episodi avvenuti tra il 5 e il 10 giugno del medesimo anno. Più nello specifico, le condotte contestate riguardavano l’allestimento di due ‘rappresentazioni scenografiche’, riguardanti, l’una, il suicidio<sup>1</sup>, mediante impiccagione, dell’amministratore delegato Sergio Marchionne, raffigurato da un manichino avente le sue sembianze; l’altra, il successivo funerale del medesimo<sup>2</sup>.

Nelle lettere di licenziamento la società giustificava il provvedimento espulsivo ponendo in rilievo la gravità degli episodi contestati, ritenuti non

<sup>1</sup> Circostanza precisata dai ricorrenti, e non contestata dalla difesa di parte resistente.

<sup>2</sup> Il suicidio veniva inscenato, nell’arco della stessa giornata, prima nell’area antistante lo stabilimento Giambattista Vico Logistic di Nola, e, successivamente, al fine di un maggior risalto mediatico, all’ingresso della sede regionale della RAI, a Napoli; il funerale, invece, veniva allestito cinque giorni più tardi presso lo stabilimento Giambattista Vico di Pomigliano D’Arco. Le rappresentazioni erano espressione di un veemente attacco alla politica aziendale, definita “fallimentare”, ed esplicitavano una duplice responsabilità in capo ai vertici aziendali: per la “deportazione” – evidentemente ritenuta arbitraria – di dipendenti dallo stabilimento di Pomigliano D’Arco a quello di Nola, nonché per il suicidio di due cassintegrati appartenenti allo stabilimento di Pomigliano, rappresentato simbolicamente da alcune divise di lavoro cosparse di vernice rossa, che comparivano in tutte le scene.

solo “una palese violazione dei più elementari doveri discendenti dal rapporto di lavoro”, atti a provocare un “gravissimo nocumento morale all’azienda e al suo vertice societario”, ma anche integranti “un intollerabile incitamento alla violenza”, tali da ledere, in via irreversibile, il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro.

Nel solco della pressoché unanime giurisprudenza di merito<sup>3</sup>, il Tribunale sposa – correttamente, a parere di chi scrive – la prospettiva c.d. “giuridica” del fatto contestato, ritenendo di dover verificare, ai fini del giudizio sulla sua sussistenza, se le condotte addebitate, nell’ottica di una valutazione complessiva<sup>4</sup>, possano configurare un inadempimento “di non scarsa importanza”<sup>5</sup>, ai sensi dell’art. 1455 c.c., idoneo, in ultima analisi, ad integrare gli estremi di una “grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro”<sup>6</sup>, tale, quindi, da giustificare la massima sanzione disciplinare<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> A partire dalla celeberrima ordinanza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012, sino a pronunce più recenti quali, ad esempio, Trib. Palmi 24 aprile 2013, Trib. Taranto 3 giugno 2013, Trib. Bari 19 novembre 2013, Trib. Roma 17 dicembre 2013, Trib. Brescia 16 gennaio 2015. In dottrina, fra i molti sostenitori della teoria del “fatto giuridico” – anche dopo l’approvazione del d.lgs. n. 23/15 – pur con diverse sfumature, CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *ADL*, 2012, I, sp. pp. 1115-1117; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 246/2015, in <http://csdle.lex.unict.it>; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, I, p. 310 ss.; MARTELLONI, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra Riforma Fornero e Jobs Act*, in *RIDL*, 2015, II, p. 41; MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 st. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, sp. p. 248; NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, I, p. 507 ss.; PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, I, sp. p. 794 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014, I (parte I), sp. p. 369 ss.; TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *DRI*, 2012, sp. p. 1141; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 136.

<sup>4</sup> Che, per costante giurisprudenza, deve riferirsi alla “portata oggettiva e soggettiva” dei fatti, alle “circostanze nelle quali sono stati commessi e all’intensità dell’elemento intenzionale”: cfr., *ex multis*, Cass. 16 ottobre 2015 n. 21017; 3 aprile 2015 n. 6869; 18 settembre 2012 n. 15654; 30 maggio 2012 n. 8651, consultabili in *Dejure*.

<sup>5</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. n. 21017/15; 9 luglio 2015 n. 14320; 21 maggio 2015 n. 10468; 12 giugno 2013 n. 14758; 22 marzo 2010 n. 6848, *ivi*.

<sup>6</sup> V., fra le altre, Cass. n. 21017/15; 1 settembre 2015 n. 17370; 9 luglio 2015 n. 14311; 14 maggio 2015 n. 9900; 3 aprile 2015 n. 6869; 17 febbraio 2015 n. 3122; 7 ottobre 2013 n. 22791; 25 marzo 2013 n. 7398; 26 aprile 2012 n. 6498, *ivi*.

<sup>7</sup> Precisa il Tribunale, espressamente richiamando l’ormai ben nota pronuncia della Cassa-

Il giudicante evidenzia la necessità di distinguere, alla luce dei commi 4 e 5 dell'articolo 18, tra una "proporzionalità tipica", al cui mancato riscontro, parametrato alla previsione di una sanzione conservativa da parte della contrattazione collettiva, consegue la tutela reintegratoria (art. 18, co. 4), ed una "proporzionalità atipica", rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che si ricollega, in caso di esito negativo, ad una tutela meramente risarcitoria (art. 18, co. 5).

Sulla base di tali presupposti, preliminarmente il Tribunale verifica che "l'esame della contrattazione collettiva non rende di per sé inidonei, in termini generali ed astratti, i fatti contestati a sorreggere la sanzione espulsiva disciplinare", soffermandosi, successivamente, sui contenuti e le modalità attraverso i quali i lavoratori hanno espresso il proprio dissenso nei confronti dell'azienda.

La fattispecie sottoposta all'attenzione del giudice nolano offre lo spunto, innanzitutto, per alcune riflessioni attinenti al diritto di critica del lavoratore. In seconda battuta, ci si soffermerà brevemente anche su un'ulteriore questione affrontata dal Tribunale, concernente il c.d. "doppio licenziamento": uno dei cinque ricorrenti, infatti, era già stato licenziato nel 2007, e viene reintegrato nel luglio 2014, con una pronuncia successiva alla data del licenziamento oggetto di causa, del quale è dunque necessario verificare i presupposti di legittimità ed efficacia.

## 2. *Il diritto di critica tra fiducia e vita privata del lavoratore*

Il percorso argomentativo seguito dal Tribunale di Nola fa emergere chiaramente due questioni complesse, concernenti, da un lato, la contrapposizione tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero – garantito a livello costituzionale dall'art. 21<sup>8</sup>, oltre che, nello specifico caso del rapporto

zione n. 23669 del 6 novembre 2014 – dalla quale si discosta – che "il termine 'fatto materiale', utilizzato dalla Suprema Corte, (ma non dal quarto comma dell'art. 18, che parla di 'fatto contestato'), non deve essere inteso, come nel linguaggio corrente, quale mero accadimento di un fatto, bensì come condotta inadempiente (del lavoratore) idonea in quanto tale ad essere posta alla base di un licenziamento disciplinare"; dunque, se il datore addebita al lavoratore, "come ipotesi astratta, un fatto che non costituisce inadempimento, viene meno in radice (nel senso che non è proprio configurabile) il licenziamento disciplinare. Vi deve pertanto essere, in termini generali ed astratti, una idoneità sub specie di inadempimento, del fatto contestato a fondare il licenziamento disciplinare", nel senso che "il fatto 'contestato' [sia] anche astrattamente 'contestabile'".

<sup>8</sup> Senza dimenticare la copertura garantita dall'art. 39 alla critica ricollegata alle prerogative



di lavoro, dall'art. 1 St. lav. – e la tutela di altri beni di pari rango (onore, decoro, reputazione); dall'altro, la relazione tra condotte extralavorative e irrogazione della massima sanzione disciplinare.

Partendo dal secondo punto, la casistica giurisprudenziale rende agevole rilevare come il legame tra le condotte del prestatore e la loro incidenza sulle esigenze aziendali possa riguardare, in linea generale, due ordini di ipotesi, non di rado sovrapponibili: da un lato, il comportamento contestato può riverberarsi su una sopravvenuta *inidoneità professionale* alle mansioni svolte, da intendersi anche “con riferimento a determinate qualità morali e di immagine della persona richieste per quel determinato tipo di prestazione”<sup>9</sup>; dall'altro, esso può incidere negativamente sull'andamento economico dell'impresa, intaccandone l'immagine, la credibilità, e, di conseguenza, la sua capacità concorrenziale<sup>10</sup>. È a tale ampia gamma di ipotesi che si riferiscono quelle pronunce che riconducono le “cause” di cui all'art. 2119 c.c. a *tutti quei comportamenti* “suscettibili di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali”<sup>11</sup>.

Del resto, è nota l'estensione dell'area debitoria del prestatore ben al di là del dettato normativo di cui agli articoli 2104 e 2105 c.c., in virtù della lettura combinata con le clausole generali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.<sup>12</sup>,

sindacali (sul punto, cfr. la nota 26). La libera manifestazione del pensiero è espressamente riconosciuta, come noto, anche a livello europeo, dalla carta di Nizza, all'art. 11, e dalla Cedu, all'art. 10. V., in argomento, tra gli altri, BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1975; CHIOLA, voce *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, in *EGT*, XIX, 1990; ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1958; FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1957; GRISOLIA, *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale della riservatezza e dell'onore*, Cedam, 1992.

<sup>9</sup> PISANI, *La hostess “allegra”: licenziamento per inidoneità morale*, in *MGL*, 2009, p. 326. È, anzi, sotto gli occhi di tutti l'inesorabile passaggio – di cui v'è chiara traccia nelle pronunce giurisprudenziali aventi ad oggetto un licenziamento per giusta causa per fatti extralavorativi – da un'inidoneità di tipo “professionale” ad una inidoneità di tipo “morale” (cfr. in argomento AVONDOLA, *Il licenziamento per motivi soggettivi nel settore pubblico e privato. Sulla rilevanza della “inidoneità morale” del lavoratore*, in *DRI*, 2010, p. 1031 ss.), nell'ambito del quale i ruoli di *fiducia* ed *intuitus*, nel senso di *scelta* del contraente in base alle sue caratteristiche/qualità personali, sembrano spesso confondersi.

<sup>10</sup> PISANI, *op. ult. cit.*

<sup>11</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass. 5 novembre 2015 n. 22611; 1 settembre 2015 n. 17366; 7 luglio 2015 n. 13955; 25 giugno 2015 n. 13158; 21 gennaio 2015 n. 1026; 21 ottobre 2014 n. 22292; 8 novembre 2013 n. 25203; 26 giugno 2013 n. 16095; 13 marzo 2013 n. 6354; n. 15654/12; 26 luglio 2010 n. 17514, tutte consultabili in *Dejure*.

<sup>12</sup> V., di recente, in argomento, BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, 2014, p. 389 ss.; ancora, BELLOMO, *Autonomia collettiva e*

sino al punto di delineare un “lavoratore modello”<sup>13</sup> che ha l’obbligo di astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dal dettato normativo – in particolare, dell’art. 2105 – ma anche da “qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell’organizzazione dell’impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno”<sup>14</sup>.

Non stupisce, dunque, la lettura delle condotte dei ricorrenti proposta dal Tribunale, che, nuovamente sulla scorta dell’orientamento assolutamente prevalente, in giurisprudenza, ribadisce la possibile rilevanza, ai fini della giusta causa di licenziamento, delle condotte inerenti alla vita privata del lavoratore ogni volta in cui “fatti e comportamenti estranei alla sfera del contratto siano tali, per la loro gravità e natura, da far venir meno quella fiducia che integra il presupposto essenziale della collaborazione fra datore di lavoro e lavoratore”<sup>15</sup>.

Con riguardo al diritto di critica<sup>16</sup>, il menzionato art. 21 Cost., al comma

*clausole generali*, CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro* e LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, tutti in *DLRI*, 2015, rispettivamente a p. 45 ss.; p. 89 ss.; p. 3 ss., nonché CALCATERRA, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *ADL*, 2014, I, p. 1286 ss.

<sup>13</sup> CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 106.

<sup>14</sup> In tali termini, fra le altre, Cass. 17 febbraio 2015 n. 3136; 10 febbraio 2015 n. 2550; 9 gennaio 2015 n. 144; 19 agosto 2013 n. 19183; 16 febbraio 2011 n. 3822; 21 febbraio 2008 n. 2474, in *Dejure*. Numerose sono le sentenze che espressamente assegnano al dovere di fedeltà “un contenuto più ampio di quello risultante dal testo dell’art. 2105 c.c.” (*ex multis*, Cass. 9 luglio 2015 n. 14304; n. 2550/15; n. 144/15; 26 novembre 2014 n. 25161; e, ancora, n. 3822/11; 18 giugno 2009 n. 14176; 7 aprile 2004 n. 12528; 26 agosto 2003 n. 12489; 4 maggio 2002 n. 6420, *ivi*).

<sup>15</sup> Così Cass. 22 agosto 1997 n. 7884, *ivi*. V., ancora, tra le altre, sul rilievo delle condotte extralavorative ai fini della lesione del vincolo fiduciario, Cass. 29 maggio 2008 n. 14452; 25 marzo 2005 n. 6466; 7 ottobre 2004 n. 20009; 9 agosto 2004 n. 15373; 21 luglio 2004 n. 13526; 10 settembre 2003 n. 13294; 13 aprile 2002 n. 5332; 14 luglio 2001 n. 9590; 19 dicembre 2000 n. 15919; 30 agosto 2000 n. 11430, *ivi*. L’eccessiva estensione dell’area debitoria del prestatore, come noto, è stata avvertita da quella parte della dottrina che ritiene di dover circoscrivere la nozione di “giusta causa” all’inadempimento contrattuale, a maggior ragione dopo l’entrata in vigore della l. n. 604/66: tra i tanti, MONTUSCHI, *Il licenziamento è una pena privata?*, in *RTDPC*, 1972, sp. p. 238; NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, sp. p. 593; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, p. 63 ss.; PERSIANI, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971, sp. p. 593; ZOPPOLI L., *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, 2005, vol. I, sp. p. 864.

<sup>16</sup> Tra i molti contributi in argomento, cfr. AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di la-*

6, pone quale unico limite al suo esercizio la contrarietà al buon costume. È alla giurisprudenza, dunque, che si deve l'elaborazione dei limiti entro i quali la critica può considerarsi legittima, perché svolta nel rispetto dei valori della persona costituzionalmente tutelati<sup>17</sup>.

La carenza di una specifica regolamentazione ha consentito un – non raro – aprioristico parallelismo tra diritto di critica e di cronaca<sup>18</sup>, conseguenza della trasposizione dei canoni propri dello *ius narrandi* – *verità, pertinenza e continenza* – al diritto di critica<sup>19</sup>, senza tenere in debito conto la circostanza che la critica, presupponendo l'osservazione della realtà, con conseguente elaborazione di un giudizio personale, non può che basarsi su un'in-

voro, Jovene, 2003; EAD., *Appunti sul diritto di critica del lavoratore*, in RGL, 1999, II, p. 464 ss.; BETTINI, *Il diritto di critica del lavoratore nella giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, p. 141 ss.; CAFIERO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro subordinato e diritto di critica*, in D&L, 2007, p. 510 ss.; CAROPPOLI, *Limiti del diritto di critica del lavoratore e rottura del rapporto fiduciario*, in DG, 2004, p. 37 ss.; DE LUCA, *Diritto di critica del lavoratore*, in LG, 2008, p. 983 ss.; DE SIMONE, *Libertà di espressione e subordinazione*, in RP, 1999, p. 83 ss.; DESSI, *Il diritto di critica del lavoratore*, in RIDL, 2013, I, p. 395 ss.; FAILLA, *Diritto di critica e rapporto di lavoro: una importante presa di posizione della Corte di Cassazione*, in MGL, 1998, p. 663 ss.; FRANZA, *Veri e falsi limiti al diritto di critica del lavoratore*, in MGL, 2007, p. 787 ss.; GRIVET-FETÀ, *Presupposti e limiti del diritto di critica del lavoratore*, *ivi*, 2013, II, p. 86; INGLESE, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, 2014; LEVI, *La critica della persona nel diritto del lavoro*, in RGL, 2003, p. 519 ss.; MAZZOTTA, *Diritto di critica e contratto di lavoro*, in FI, 1986, I, c. 1877 ss.; NUZZO, *Diritto di critica del dipendente e presunta violazione del vincolo di fiducia*, in MGL, 2004, p. 817 ss.; SANTINI, *Il diritto di critica del lavoratore alla luce della più recente ricostruzione dell'obbligo di fedeltà*, in RIDL, 2009, II, p. 921 ss.; TULLINI, *Il diritto di critica civile del sindacalista*, *ivi*, 1999, II, p. 349 ss.; VECA, *Osservazioni in merito al diritto di critica del dipendente e rapporto di lavoro subordinato*, in RCP, 2005, p. 453 ss.

<sup>17</sup> Alcuni di essi, peraltro, garantiti anche in sede penale: si pensi ad esempio all'onore ed alla reputazione, con riguardo ai reati di ingiuria (art. 594 c.p.) e diffamazione (art. 595 c.p.). A tal proposito è opportuno ricordare che il d.lgs. n. 7 del 15 gennaio 2016, entrato in vigore lo scorso 6 febbraio, attuativo della l.d. 28 aprile 2014 n. 67, ha coinvolto, tra le altre fattispecie, nell'ambito di un processo di depenalizzazione, anche l'ingiuria, che attualmente rileva esclusivamente alla stregua di illecito civile, punito, in caso di dolo, oltre che con il risarcimento del danno, mediante irrogazione di una sanzione pecuniaria devoluta alla Cassa delle ammende.

<sup>18</sup> In relazione al quale si è evidenziato come “la esternazione da parte dei lavoratori di giudizi propri sul conto dell'impresa, la narrazione di fatti veritieri concernenti la stessa, [come] anche l'addebito di fatti non veritieri sono generalmente ricondotti al diritto di critica, quando, a ben vedere, solo il primo caso citato rientrerebbe a pieno titolo sotto tale ‘etichetta’” (SANTINI, *op. cit.*, sp. pp. 927-928); cfr. altresì, sul punto, DESSI, *op. cit.*, sp. p. 414 ss.

<sup>19</sup> Cfr. la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 5259 del 18 ottobre 1984, che individuava il c.d. “decalogo del buon giornalista”, e la successiva pronuncia n. 1173 del 25 febbraio del 1986, che estendeva per la prima volta al rapporto di lavoro le regole elaborate nell'ambito del diritto di cronaca, le quali venivano a costituire il “decalogo del buon lavoratore”.

interpretazione *necessariamente soggettiva* della stessa<sup>20</sup>; tuttavia, anche il diritto di critica “presuppone un contenuto di veridicità, limitato all’oggettiva esistenza del fatto assunto a base delle opinioni e delle valutazioni espresse”<sup>21</sup>, come anche esso incontra l’ulteriore limite segnato dalla necessaria correttezza delle espressioni usate<sup>22</sup>.

Ciò detto, il Tribunale concentra la propria attenzione proprio sulle *modalità* con cui il diritto di critica è stato esercitato dai ricorrenti, da valutarsi in rapporto all’“irrinunciabile rispetto che è dovuto alla persona”<sup>23</sup>.

Ribadendo, in linea con la Suprema Corte, come il diritto del lavoratore di esprimere anche “vivacemente” critiche nei confronti del proprio datore<sup>24</sup> non gli consenta di lederne l’immagine “con fatti non oggettivamente certi e comprovati”<sup>25</sup>, correttamente il giudice stigmatizza la “fin troppo realistica” rappresentazione inscenata dai lavoratori: le modalità usate dai ricorrenti per esprimere il proprio dissenso nei confronti dei vertici aziendali avrebbero infatti potuto essere “meno (moralmente) aggressive e provocatorie”, senza spingersi a ledere in maniera tanto eclatante l’onore, la reputazione e il decoro non solo del diretto interessato dalle gravissime accuse, quanto anche

<sup>20</sup> Cfr., fra le altre, Cass. pen. 4 giugno 2013 n. 38962; 5 giugno 2006 n. 23764; 23 marzo 2006 n. 13293; 4 febbraio 2002 n. 13160; 14 aprile 2000 n. 7499; 6 dicembre 1998 n. 935, tutte consultabili in *Dejure*. Non va peraltro tralasciato quel diverso filone interpretativo che, attestandosi su un rigore assoluto, non ammette né la verità putativa di un fatto “né la verosimiglianza o la seria attendibilità delle notizie divulgate” (cfr. FRANZA, *op. cit.*): tra esse, ad es., Trib. Roma 30 aprile 2013 n. 5928, in *RGL*, 2014, II, p. 98 ss., con nota di PROSPERO, *Meglio un lavoratore “fedele” che un cittadino zelante*. Estremamente critica rispetto al rigore con cui vengono valutati i criteri della continenza formale e sostanziale in relazione al diritto di critica DESSI, *op. cit.*

<sup>21</sup> Cass. n. 23764/06.

<sup>22</sup> Alcune sentenze, principalmente in tema di diffamazione, pongono in rilievo altresì la necessaria “rilevanza sociale della notizia”: cfr. Cass. pen. 31 gennaio 2011 n. 3372; 2 luglio 2004 n. 2247; 14 febbraio 2002 n. 20474; 8 maggio 1998 n. 6548, consultabili in *Dejure*; Uff. indagini preliminari Milano 21 aprile 2011, in *FAmb*, 2011, p. 153.

<sup>23</sup> Trib. Fermo 4 giugno 2007, in *RGL*, 2008, II, p. 244 (s.m.), con nota di Schiavone. Quel che rileva, ai fini della c.d. “continenza formale”, è la “misura” nell’esposizione dei fatti, nel senso che la stessa deve essere “contenuta negli spazi strettamente necessari” (Cass. n. 21362/13; n. 23798/07), con “modalità e termini tali da non ledere gratuitamente il decoro del datore di lavoro” (Trib. Milano 6 febbraio 2014 n. 419, in *RIDL*, 2014, II, p. 504 (s.m.), con nota di CARINCI M.T., *Whistleblowing alla Scala di Milano: una ballerina denuncia il rischio di anoressia fra i componenti del corpo di ballo*).

<sup>24</sup> Cfr. Cass. 22 ottobre 1998 n. 10511; 22 agosto 1997 n. 7884, in *Dejure*; 16 maggio 1998 n. 4952, in *RIDL*, 1999, II, p. 346, con nota di TULLINI, *Il diritto di critica*, cit.

<sup>25</sup> Cass. 17 dicembre 2003 n. 19350, in *MGC*, 2003, p. 12, espressamente riferita all’esercizio del diritto di critica da parte di un rappresentante sindacale.

della società da lui rappresentata<sup>26</sup>. Le azioni poste in essere dai dipendenti, secondo il Tribunale, per le loro modalità attuative, hanno “travalicato tanto i limiti della fisiologica dialettica ed invettiva nei confronti del datore di lavoro quanto i limiti di tutela della persona umana (sub specie di decoro e integrità morale), denotando una consapevole e non misurata ribellione all’assetto organizzativo aziendale con conseguente violazione dell’obbligo di fedeltà e diligenza sugli stessi gravanti quali lavoratori subordinati”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Come noto, il rigore che deve presiedere alla valutazione concernente il rispetto dei limiti formali e sostanziali entro cui esercitare il diritto di critica si tinge di sfumature attenuate nell’ambito dell’esercizio di prerogative sindacali. Il Tribunale si sofferma su tale ipotesi in maniera del tutto marginale, ritenendo di non poter ricondurre i fatti di causa ad una “protesta sindacale” in senso stretto, come invece sostenuto dai ricorrenti, ritenendo i fatti in questione “non ... riconducibili all’organizzazione sindacale di appartenenza” dei medesimi, bensì al ‘comitato di lotta dei cassaintegrati e licenziati FIAT’, “che, a quanto consta, non è espressione di un sindacato”. V’è comunque da precisare che, seppure si giungesse a conclusioni diverse, anche la protesta “sindacale” non è certo esente dal rispetto dei limiti entro i quali può e deve esplicarsi il diritto alla libera manifestazione del pensiero (cfr., in tal senso, Cass. n. 7884/97). Anche tale diritto, come pure ricordato dal Tribunale, garantito dagli artt. 21 e 39 Cost., “incontra i limiti della correttezza formale imposti dall’esigenza, anch’essa costituzionalmente assicurata (art. 2 Cost.), di tutela della persona umana” con la conseguenza che “ove tali limiti siano superati con l’attribuzione all’impresa datoriale o ai suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il comportamento del lavoratore può essere legittimamente sanzionato in via disciplinare (Cass. n. 7471 del 2012 conf. a Cass. n. 19350 del 2003)”; cfr. in tal senso anche Cass. n. 4952/98. V., in dottrina, sul punto DESSI, *op. cit.*, p. 405 ss.; GRIVET-FETÀ, *op. cit.*, p. 92 ss.; PAPA V., *Il diritto di critica del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza: una lettura costituzionalmente orientata*, in RIDL, 2010, II, p. 808 ss.; e, ancora, GIOVAGNOLI, *Diritto di critica del rappresentante sindacale e giusta causa di licenziamento*, in MGL, 2001, p. 796 ss.; PAPA D., *Limiti del diritto di critica del lavoratore sindacalista*, in DRI, 2007, p. 810 ss.

<sup>27</sup> La gravità dei fatti addebitati porta il giudice ad escludere qualunque carattere di “strumentalità e provocatorietà” dei reccesi datoriali in relazione alla militanza sindacale dei lavoratori licenziati – provata solo per due su cinque dei ricorrenti – ritenendo, in maniera del tutto verosimile, che la società resistente avrebbe proceduto ai licenziamenti pur se “i gravi fatti addebitati fossero stati commessi da lavoratori senza alcuna appartenenza sindacale”. Piuttosto, l’esplicita sottolineatura, accanto alla violazione degli obblighi di diligenza e fedeltà, del carattere apertamente “ribelle” della condotta dei ricorrenti, avrebbe potuto portare il giudice a svolgere qualche considerazione sull’eventuale configurazione di una vera e propria *insubordinazione* – grave, qualora configuri un reato: v. Trib. Varese, 20 settembre 2011 – dei lavoratori, caratterizzata non solo dalla violazione del dovere di obbedienza, ai sensi dell’art. 2104, co. 2, c.c., ma anche da un’“aperta contestazione dei poteri del datore di lavoro” (cfr. Cass. 3 marzo 1992 n. 2573; App. Bologna 23 aprile 2013 n. 604; Trib. Torino, 24 gennaio 1996; Trib. Savona 23 febbraio 2009). È stato infatti ritenuto che “l’insubordinazione, nell’attuale accezione tecnico-giuridica, non implica una semplice inadempienza contrattuale, ma un atteggiamento di negazione e di disprezzo del potere direttivo del datore di lavoro” (Pret. Nola 24 marzo 1998, in *Dejure*; v., in

Per altro verso, la realtà processuale, evidenzia il giudicante, non consente di dedurre dalle prove emerse in giudizio la fondatezza di alcuna delle gravi accuse mosse ai vertici aziendali (cfr. nota 2): né per la presunta “strumentalità” della scelta datoriale di trasferire i dipendenti da uno stabilimento all’altro<sup>28</sup>; né con riguardo all’invocata responsabilità per il suicidio dei due lavoratori; né, in linea più generale, in relazione alla connotazione “fallimentare” della strategia aziendale posta in essere dai vertici Fiat, “in mancanza anche su tale punto di specifici e conferenti elementi dedotti dai ricorrenti”<sup>29</sup>.

Tale circostanza consente al giudice di ritenere superati, accanto ai limiti della continenza formale, anche quelli inerenti alla continenza sostanziale, mancando alcun “riscontro certo e obiettivo” dei fatti.

V’è peraltro da dire che, più che riprendere l’ormai tralaticio riferimento ad un concetto allargato di fedeltà, tanto caro alla giurisprudenza, il giudice nolano avrebbe potuto dar rilievo alle clausole di correttezza e buona fede quali fonti di obblighi integrativi di protezione a carattere reciproco<sup>30</sup>, soffermandosi maggiormente sul “disvalore ambientale” delle condotte contestate, rappresentative di un “modello diseducativo o comunque disincentivante nei confronti degli altri dipendenti della compagine aziendale”<sup>31</sup>.

tal senso, anche Cass. 16 giugno 2001 n. 8173, che parla di “comportamento finalizzato a screditare il datore di lavoro presso le maestranze”), pur con la precisazione per cui “assume un rilievo determinante l’elemento psicologico della condotta, che deve essere connotata da una specifica volontà del lavoratore di disconoscere i poteri aziendali o di sottrarsi ai propri obblighi” (Pret. Nola 24 marzo 1998, cit.).

<sup>28</sup> Trattandosi di scelta, come precedentemente posto in rilievo dalla Corte di Appello di Napoli, “sorretta da finalità tecnico-organizzative” di “razionalizzazione del processo produttivo e della forza lavoro al fine di migliorare i livelli di efficienza produttiva ed ovviare alle criticità storiche esistenti presso lo stabilimento di Pomigliano”, che aveva tra l’altro coinvolto lavoratori appartenenti a tutte le sigle sindacali, come anche soggetti non iscritti al sindacato.

<sup>29</sup> Anzi, con specifico riguardo allo stabilimento di Pomigliano D’Arco, la società resistente aveva prodotto in giudizio numerosi articoli di giornale, nonché certificati rilasciati da enti specializzati, che mettevano in evidenza la qualità dei processi produttivi ivi adottati.

<sup>30</sup> Cfr. in argomento, per tutti, MONTUSCHI, *L’applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in LD, 1996, p. 142 ss.

<sup>31</sup> Cass. 18 gennaio 2008 n. 1077; 22 ottobre 2006 n. 22708; 4 dicembre 2002 n. 17208, in *De-jure*. Questo tassello è brevemente messo in rilievo dal Tribunale laddove evidenzia come l’attribuzione, all’amministratore delegato, di “qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori” appaia “astrattamente idonea a suscitare nei dipendenti un ‘disprezzo’ nei confronti del rappresentante della società e della società stessa e dunque a creare potenzialmente situazioni di conflitto con l’impresa stessa”. Del resto, la stessa società resistente giustificava i provvedimenti espulsivi sottolineando la gravità di fatti idonei ad integrare “un intollerabile incitamento alla violenza”.

Ancora, non può escludersi, sotto il profilo penalistico – travalicati, per le ragioni di cui s'è detto, i limiti della continenza formale e sostanziale – la ricorrenza del reato di diffamazione nella sua forma aggravata dall'uso della stampa o di qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ai sensi dell'art. 595, co. 3, c.p.<sup>32</sup>, avendo i ricorrenti deliberatamente scelto, per loro stessa ammissione, modalità particolarmente 'eclatanti' per esprimere il proprio dissenso nei confronti dei vertici aziendali: in tali casi, la maggior gravità del fatto si poggia sulla "potenzialità, idoneità e capacità (i corsivi sono di chi scrive) del mezzo utilizzato per la consumazione del reato a coinvolgere e raggiungere una pluralità di persone, ancorché non individuate nello specifico ed apprezzabili soltanto in via potenziale, con ciò cagionando un maggiore e più diffuso danno alla persona offesa"<sup>33</sup>.

### 3. Il "doppio licenziamento"

Come anticipato, un'ulteriore questione sulla quale il Tribunale nolano si sofferma riguarda il c.d. "doppio licenziamento": alla data dei recessi datoriali di cui si discorre, infatti, il licenziamento precedentemente irrogato ad uno dei lavoratori – nel 2007 – era *sub judice*, essendo stato impugnato dal prestatore per essere reintegrato nel posto di lavoro.

La fattispecie in esame è definita dalla giurisprudenza con la locuzione "rinnovo del licenziamento"<sup>34</sup>, e richiede di interrogarsi sulla legittimità ed

<sup>32</sup> Con riguardo all'elemento soggettivo nel delitto di diffamazione, parte della giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere sufficiente la sussistenza del *dolo generico* (cfr. Cass. pen. 4 novembre 2014 n. 7715, in *Dejure*); altra parte ritiene invece necessaria la *consapevolezza* di ledere l'altrui reputazione, accompagnata dalla *volontà* "che la frase denigratoria sia conosciuta da più persone": Cass. pen. 15 aprile 2014 n. 22853, *ivi*. Di recente, peraltro, v'è anche chi ha precisato come il superamento dei limiti posti a tutela di un corretto esercizio del diritto di critica "con l'attribuzione all'impresa datoriale o ai suoi rappresentanti di qualità apertamente disonorevoli, di riferimenti volgari e infamanti e di deformazioni tali da suscitare il disprezzo e il dilleggio" possa giustificare il licenziamento "*pur in mancanza degli elementi soggettivi e oggettivi costitutivi della fattispecie penale della diffamazione*" (Cass. 21 giugno 2011 n. 13575, in *GD*, 2011, 32, p. 77; T.A.R. Lazio 5 luglio 2012 n. 6084, in *Dejure*).

<sup>33</sup> Cass. pen. n. 24431/15.

<sup>34</sup> V., in argomento, DONDI, *Legittimità della rinnovazione del licenziamento e del secondo licenziamento*, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*; SAPONE, *Doppio licenziamento e disattivazione dei poteri*, in *GM*, 2005, p. 4 ss.; STAIANO R., *Legittimità del doppio licenziamento* (Cass. civ., Sez. lavoro, 6 dicembre 2013, n. 27390), in *www.diritto.it*.

efficacia di un secondo licenziamento, intimato in un momento in cui l'efficacia di un precedente recesso non sia ancora stata definita.

La risposta, negativa o positiva, varia a seconda del 'rapporto' che si ritiene intercorrere fra i due licenziamenti.

A tal proposito, è necessario soffermarsi brevemente sull'evoluzione del pensiero della Suprema Corte in materia: un orientamento più risalente<sup>35</sup> – nello specifico, in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo intimato nell'area di stabilità reale – ribadendo l'efficacia del medesimo sino alla sentenza di annullamento *ex art. 18 St. lav.*, riteneva che un eventuale licenziamento intimato prima dell'annullamento del precedente fosse “privo di oggetto”, in quanto intervenuto su un rapporto non esistente<sup>36</sup>. Nello stesso senso, i giudici di legittimità, evidenziando la *natura costitutiva* della sentenza di annullamento, e, dunque, la regolare produzione degli effetti del primo negozio sino all'eventuale sentenza di accoglimento, precisavano come un ulteriore licenziamento, intervenuto prima della definizione del giudizio, fosse da considerarsi “privo di effetto per l'impossibilità di adempiere alla sua funzione”<sup>37</sup>.

Operando un netto *revirement*<sup>38</sup>, la Corte di Cassazione ha affermato che nelle more dell'accertamento giudiziale avviato sulla base dell'impugnazione di un pregresso licenziamento, il datore di lavoro ben può intimarne un secondo – purché fondato su ragioni “divers[e] e sopravvenut[e] (nel senso di non not[e] in precedenza al datore di lavoro)”<sup>39</sup> – da considerarsi autonomo e distinto rispetto al precedente, nel senso che “entrambi gli atti

<sup>35</sup> Cfr. note 36 e 37.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. 11 marzo 2005 n. 10394, in *DRI*, 2006, p. 469, con nota di MOBIGLIA, *Effetti del licenziamento intimato nelle more del giudizio su quello precedente nell'ambito della tutela reale*.

<sup>37</sup> Cass. 5 aprile 2001 n. 5092, *MGL*, 2001, p. 1024, con nota di TATARELLI, *Il licenziamento reiterato quale atto senza causa*. Precisa FEDELE, *Questioni procedurali in tema di licenziamenti individuali*, in *www.tribunale.varese.it*, che “È vero che la sentenza di licenziamento ha efficacia retroattiva *ex tunc* eliminando gli effetti prodotti dal negozio annullabile ma ciò non potrebbe ridare efficacia al secondo licenziamento: perché la retroattività opererebbe ‘solo in relazione alla ricostituzione del rapporto e non anche alle manifestazioni di volontà datoriali poste in essere quando il rapporto di lavoro era ormai estinto’ (Cass. civ., 5 aprile 2001, n. 5092; nello stesso senso, 20 settembre 2005, n. 18497)”.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. 6 marzo 2008 n. 6055, in *Dejure*.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. 4 gennaio 2013 n. 106, in *GC*, 2013, 5-6, I, p. 990, ed altresì le sentenze citate alla nota 40. In dottrina v. DE FAZIO, *Licenziamento illegittimo: nuovo recesso solo con causa diversa*, in *GL*, 2011, p. 26; SCOFFERI, *Legittimo il doppio licenziamento, purché con motivazioni diverse*, in *DG*, 2013, p. 59 ss.



di recesso sono in sé astrattamente idonei a raggiungere lo scopo della risoluzione del rapporto”; pur tuttavia, il secondo licenziamento può ritenersi produttivo di effetti “*solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente*” (il corsivo è di chi scrive)<sup>40</sup>. A tali conclusioni i giudici pervengono evidenziando come il significato complessivo della norma di cui all’art. 18 St. lav. porti a ritenere che, *medio tempore*, ovvero tra la data dell’illegittimo licenziamento e quella della pronuncia giudiziale che ordina la reintegra del lavoratore, il rapporto di lavoro possa considerarsi “quiescente ma non estinto”<sup>41</sup>, rimanendo in vita, ad esempio, il rapporto previdenziale, con il conseguente obbligo, per il datore di lavoro, del versamento contributivo<sup>42</sup>.

Aderendo a tale secondo orientamento, dominante, ed espressamente richiamato nel provvedimento, il giudice nolano dichiara la legittimità del licenziamento irrogato dalla FCA Italy s.p.a. al proprio dipendente il 20 giugno 2014, in quanto fondato su motivi diversi rispetto al precedente, *sub iudice* al momento della comunicazione del secondo. L’efficacia del successivo recesso, peraltro, come si è detto, viene subordinata all’annullamento del pregresso licenziamento (del 2007), effettivamente dichiarato illegittimo, dallo stesso Tribunale, il 19 luglio 2014.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. 6 dicembre 2013 n. 27390, in *Dejure*; e, ancora, Cass. 9 giugno 2015, n. 11910, *ivi*; n. 106/13; 24 febbraio 2012 n. 2865, in *DE&G online*, 2012, 28 febbraio, con nota di PAPAEO, *Lascia al verde il numero verde del datore di lavoro: licenziato...2 volte*; 23 dicembre 2011 n. 28703, in *Dejure*; 20 gennaio 2011 n. 1244, in *MGL*, 2011, p. 163, con nota di DELLA ROCCA, *Legittimità ed efficacia del secondo licenziamento*. V. ancora, in argomento, FORTE, *Le conseguenze del licenziamento illegittimo fino alla sentenza di annullamento*, in *RGL*, 2006, p. 286 ss.; GALARDI, *Art. 18 e continuità del rapporto: conferme sul potere del datore di rilicenziare*, in *RIDL*, 2012, II, p. 50 ss. Se il riferimento al licenziamento illegittimo intimato a lavoratori cui sia applicabile la tutela reale in caso di carenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo rimanda, con riguardo al ‘vecchio’ art. 18 St. lav., al suo primo comma, esso può oggi ricollegarsi, alla luce dello ‘smembramento’ delle tutele di cui al ‘nuovo’ art. 18, alle fattispecie di cui al co. 4 della stessa norma statutaria, nonché a quelle disciplinate dall’art. 3, co. 2, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. Peraltro, potendo le conclusioni della Corte sulla “quiescenza del rapporto” estendersi anche alle ipotesi di licenziamento invalido perché nullo (cfr. art. 18, co. 1, e art. 2, co. 1 e 4, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23), permanendo, anche in tal caso, a favore del lavoratore, tra la data del provvedimento espulsivo e quello della pronuncia giudiziale di reintegra, le tutele di cui si è detto (cfr. art. 18, co. 2, e art. 2, co. 2, d.lgs. n. 23/15), il ragionamento *de quo*, se può dirsi ricomprendere anche le fattispecie *ivi* previste, non potrà riguardare, invece – in quanto non più riconducibili all’alveo della tutela reale – le ipotesi ormai tutelate in forma meramente indennitaria.

<sup>41</sup> Cass. Sez. Un. 5 luglio 2007 n. 15143; Cass. 4 luglio 1996 n. 6095, in *Dejure*.

<sup>42</sup> *Ivi*. Cfr. altresì C. Cost. 14 gennaio 1986 n. 7; Cass. n. 6055/08; 1 marzo 2005 n. 4261, consultabile in *Dejure*.

**Key words**

Doppio licenziamento, condotte extralavorative, diritto di critica.

Double dismissal, private behaviours, right to criticize.

**Francesca Malzani**

**Crisi della rappresentatività e nuovi modelli locali di relazioni industriali: la contrattazione collettiva in Provincia di Brescia**

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il caso Fiat. **2.1.** La legittimazione a costituire rappresentanze sindacali in azienda. Quando si è realmente rappresentativi? **3.** Modelli locali di negoziazione. **4.** I contratti censiti dall'Osservatorio sulla contrattazione collettiva dell'Università di Brescia: linee di tendenza della negoziazione di secondo livello nella Provincia di Brescia.

*1. Introduzione*

L'obiettivo di questo lavoro è di individuare alcune tendenze nella contrattazione collettiva decentrata in un contesto di relazioni industriali profondamente cambiato negli ultimi anni anche in concomitanza della prolungata contrattura economica. Si rileva, infatti, una discrasia tra la più generale e profonda crisi della rappresentanza e del sistema tradizionale di relazioni industriali, che sul piano nazionale è stata messa in luce dalla vicenda esemplare di Fiat, e l'attivismo a livello territoriale e aziendale, con particolare riferimento al caso della contrattazione nella Provincia di Brescia.

Emerge, dalle pagine che seguono, non tanto una involuzione della negoziazione quanto uno spostamento del baricentro decisionale, come testimoniato anche dal rinnovato ricorso alla concertazione sociale quale tecnica di *governance* del territorio.

Tale peculiarità pare, dunque, stridere con l'esigenza, ormai avvertita anche in sede sindacale, di un intervento eteronomo di regolazione delle dinamiche contrattuali, preceduta dall'annosa questione della misurazione della rappresentatività. Esigenza che sottende una difficoltà del sindacato di presentarsi come interlocutore stabile nei processi di profonda trasformazione

degli assetti organizzativi ossia nel passaggio dai modelli tradizionali del fordismo/taylorismo alla produzione snella (toyotismo, *lean production*, *world class manufacturing*, ecc.).

Non a caso, nel 2005 Pietro Ichino pubblicava un volume dal titolo provocatorio *A che cosa serve il sindacato?*<sup>1</sup>.

L'Autore rimproverava al sindacato italiano, e in particolare alla Fiom-Cgil, di rimanere ancorata al contratto collettivo nazionale e, quindi, di non tenere conto delle specificità aziendali, soprattutto per le realtà inserite in dinamiche di competitività a livello ormai globalizzato. Ciò non avrebbe permesso di valorizzare tali specificità attraverso modelli negoziali più cooperativi e meno gerarchici in grado di introdurre sistemi di inquadramento professionale più snelli, retribuzioni legate alla produttività, strumenti di partecipazione diretta dei lavoratori<sup>2</sup>.

Si è parlato di “erosione”, “declino”, “sparizione” delle relazioni industriali così come conosciute nel Novecento<sup>3</sup> ossia improntate ad una regolazione a connotazione universalistica e ad una dimensione nazionale, per lasciare spazio a nuove convergenze sia a livello sovranazionale/settoriale sia locale/aziendale.

Sicuramente un esempio di tale spostamento dell'asse negoziale si è avuto con la vicenda maturata in seno al gruppo Fiat tra il 2010-2012.

La rottura delle trattative con la Fiom, l'uscita dell'azienda dal sistema confederale, l'acuirsi della divisione tra le diverse sigle connotano uno scenario di ripensamento del ruolo del sindacato, del futuro assetto delle relazioni industriali e delle prospettive di modelli “locali” di dialogo sociale.

Sebbene sia opinione comune che tale vicenda non abbia prodotto l'effetto dirompente paventato, tuttavia è vero che ha riportato prepotentemente all'attenzione il delinearsi di nuove tensioni nella struttura della contrattazione collettiva e nei rapporti tra gli attori sociali. In particolare, il caso Fiat ha posto l'accento sulla valorizzazione del contratto aziendale e, più in generale, ha spinto la dottrina ad interrogarsi sulle sfide che possono essere raccolte dalla contrattazione di secondo livello.

Questo lavoro è volto a comprendere, tramite il materiale censito dall'Osservatorio sulla contrattazione collettiva istituito presso il Dipartimento

<sup>1</sup> ICHINO, *A che cosa serve il sindacato?*, Mondadori, 2005.

<sup>2</sup> BERTA, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, 2014.

<sup>3</sup> CARRIERI, TREU, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, Il Mulino, 2013, p. 7 ss.

di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia, se nell'esperienza della nostra Provincia la contrattazione di secondo livello (aziendale o territoriale) sia riuscita a veicolare buone prassi, a promuovere lo sviluppo locale in una prospettiva di "solidarietà produttiva"<sup>4</sup>, superando l'idea che il decentramento della negoziazione collettiva sia sinonimo di mera deroga alle disposizioni del contratto nazionale e "di aziendalizzazione/individualizzazione del diritto del lavoro e sindacale"<sup>5</sup>.

Prima di giungere a questa disamina è doveroso tracciare, seppur brevemente, il quadro di riferimento normativo e fattuale in cui tale studio è maturato, per corroborare la premessa da cui si è partiti ossia quella dell'esistenza, da un lato, di una vivacità negoziale di secondo livello rispetto ad un sistema confederale in forte conflitto e, dall'altro, di un contratto collettivo nazionale che ha perso, o ha visto fortemente ridursi, il suo ruolo di stella polare.

## 2. Il caso Fiat

I comportamenti tenuti dalle parti nella vicenda Fiat vengono ricostruiti attraverso letture diametralmente opposte: l'azienda imputa alla Fiom la rottura delle trattative<sup>6</sup>; la dottrina<sup>7</sup> e l'opinione pubblica, con una parte della stampa, hanno sottolineato un atteggiamento di chiusura della componente datoriale ed una svolta senza precedenti nelle relazioni industriali culminata nell'uscita dal sistema confederale all'inizio del 2012.

La vicenda è iniziata nell'insediamento di Pomigliano, nel 2010, con il riassetto delle relazioni industriali in una fabbrica ritenuta poco efficiente: si è proceduto con lo scorporo dello stabilimento *Fiat Auto*, la nascita della *Newco* e l'adozione di un nuovo contratto collettivo. Si tratta di un *contratto collettivo specifico di primo livello* (CCSL) firmato da Fiat per tutte le società del gruppo e dai sindacati nazionali firmatari degli altri contratti, a cui sono

<sup>4</sup> DE FELICE, *Potere locale e metodo concertativo fra i due secoli. Cronaca di una bruciante illusione*, in *RGL*, 2015, p. 83.

<sup>5</sup> ZOPPOLI L., *Istituzioni e negoziazioni territoriali: un'analisi della strumentazione giuridica*, in *RGL*, 2015, p. 47.

<sup>6</sup> REBAUDENGO, *Nuove regole in fabbrica. Dal contratto Fiat alle nuove relazioni industriali*, Il Mulino, 2015.

<sup>7</sup> AA.VV., *Il caso Fiat: una crisi di sistema?*, in *LD*, 2011, numero monografico.

seguite, come accennavo, l'uscita definitiva da Confindustria, la disdetta dei contratti in essere e la disapplicazione dell'Accordo del 1993 sulle rappresentanze sindacali unitarie (R.s.u.).

I tratti essenziali del contenuto dell'accordo concernevano: la revisione del sistema di turnazione per sfruttare al massimo gli impianti (18 turni lavorativi a settimana); la diponibilità al lavoro straordinario nella giornata del sabato, prevista anche dal contratto nazionale di categoria, e la possibilità di richiesta unilaterale dell'azienda entro le 80 ore annue; la riduzione delle pause a fronte della supposta minor faticosità del lavoro più tecnicizzato; la lotta all'assenteismo con attribuzione al sindacato del compito di monitorare casi anomali e, al contempo, la corresponsione di indennità più alte di quelle previste dal contratto nazionale; la revisione delle voci retributive; il contenimento del ricorso allo sciopero.

Uno dei punti controversi dell'accordo riguardava le c.d. clausole di esigibilità/clausole di responsabilità<sup>8</sup>, poste a garanzia del rispetto delle norme contrattuali, che fanno eco alla tradizione delle *Union* anglosassoni e alle esperienze nord-americane dove è evidente – soprattutto nelle vicende più recenti, tra cui quella di Chrysler e Fiat nel 2008-2009 – una ricerca di cooperazione con la parte datoriale per far fronte alla crisi.

Si tratta di clausole, pur note alla nostra esperienza sindacale, di difficile applicazione stante un modello di mercato pluralismo sindacale dove permane un approccio antagonista, più o meno esacerbato seppur ormai lontano dalla “conflittualità permanente” degli anni Settanta, nei confronti della componente datoriale/padronale. Sebbene, infatti, tali clausole ricorrano spesso nella più recente contrattazione di secondo livello, spesso manca ogni riferimento alle sanzioni, minando in radice la vincolatività dell'impegno reciproco<sup>9</sup>.

In tale contesto, sommariamente tratteggiato, si è consumata la spaccatura tra componente aziendale e sindacale: in particolare, la Fiom non ha sottoscritto il nuovo contratto, nonostante l'esito positivo del *referendum* (la maggioranza dei lavoratori si sono mostrati favorevoli, anche a fronte del-

<sup>8</sup> Un esempio è tradizionalmente offerto dalle clausole di tregua o pace sindacale, già utilizzate in passato dalle parti sociali. Nell'accordo Fiat la società si riservava di non erogare contributi sindacali e permessi sindacali, nonché procedere all'irrogazione di sanzioni disciplinari fino al licenziamento, ove non si fosse rispettato l'accordo.

<sup>9</sup> LISO, CORAZZA, *Le clausole di pace: variazioni sul tema*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 247, 2015.

l'alternativa di una chiusura degli impianti, ma si sono registrati numerosi dissensi).

Lo stesso è accaduto nello stabilimento di Mirafiori.

La mancata firma del contratto ha comportato l'esclusione di Fiom dalle rappresentanze aziendali: la vicenda giudiziaria è approdata di fronte alla Corte costituzionale che si è espressa nella pronuncia del luglio 2013, n. 231, su cui tornerò nel § 2.1.

Sul versante dei rapporti individuali di lavoro le vertenze giudiziarie hanno riguardato anche la mancata riassunzione nello stabilimento di Pomigliano di 19 lavoratori iscritti alla Fiom<sup>10</sup>. La Corte d'Appello ha riconosciuto la sussistenza di una discriminazione basata sulle convinzioni personali – come espressione della libertà ideologica che attiene alla persona e facendo leva sull'interpretazione offerta dalla Cedu<sup>11</sup> in merito alla portata di tale libertà – ed ha disposto la riassunzione di un numero di lavoratori che garantisce il mantenimento della percentuale di iscritti Fiom esistente presso il gruppo destinatario delle proposte di assunzione.

<sup>10</sup> Non è possibile soffermarsi in questa sede sui profili legati alle ricadute sui rapporti individuali di lavoro della questione Fiat, che offre spunti di riflessione sulla tutela multilivello offerta dal diritto antidiscriminatorio. Si v. in proposito, Trib. Roma, 21.6.2012, in *FI*, 2013, I, 1674; App. Roma 9.10.2012.

<sup>11</sup> BARBERA, PROTOPAPA, *Il caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *RGL*, 2014, p. 163 ss.; BORELLI, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda Fiat/Fabbrica Italia Pomigliano-Fiom*, in *D&L*, 2012, p. 369 ss. ed EADEM, *Principi di non discriminazione e frammentazione dell'impresa*, in RANIERI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno*, Giappichelli, 2015, p. 19 ss. *Contra*, VALLEBONA, *Le discriminazioni "per convinzioni personali" comprendono anche quella per affiliazione sindacale: un'altra inammissibile stortura a favore della fiom-Cgil*, in *MGL*, n. 8/9, 2012, p. 622 ss., che ritiene la nozione di discriminazione basata su motivi sindacali contenuta nell'art. 15 Statuto dei lavoratori e non nel d.lgs. 9 luglio 2003 n. 216, incidendo questo sul tipo di rito processuale e sulla legittimazione di Fiom ad agire in giudizio. Si v. altresì il commento di BAVARO, *L'Oil e il reclamo della Cgil (a proposito del caso Fiat)*, 2014, in <http://www.ildiariodellavoro.it/>, 2014, sull'accoglimento del reclamo di Cgil da parte del Comitato sulla Libertà di Associazione che – nell'emanare la raccomandazione diretta al Governo italiano affinché predisponga i mezzi necessari al rispetto delle Convenzioni Oil (in questo caso la n. 98 e la n. 135) – dà per assodato che le questioni sollevate da Cgil, tra cui i licenziamenti di Melfi e la mancata assunzione dei 19 delegati, configurino delle discriminazioni sindacali.

2.1. *La legittimazione a costituire rappresentanze sindacali in azienda. Quando si è realmente rappresentativi?*

Il rifiuto di firmare il CCSL da parte di Fiom a Pomigliano e Mirafiori ha avuto come conseguenza, ai sensi dell'art. 19 Statuto dei lavoratori, la negazione del diritto di costituire rappresentanze sindacali in azienda.

A fronte di tale diniego, la Fiom ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 28 dello Statuto; i Tribunali di Modena (ordinanza 4.6.2012), Vercelli (ordinanza 25.9.2012) e Torino (ordinanza 12.12.2012) hanno rimesso alla Consulta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 1, lett. b), in riferimento agli artt. 2, 3 e 39 della Carta<sup>12</sup>.

Nel luglio 2013, la Corte costituzionale, con una pronuncia additiva<sup>13</sup>, ha sancito l'illegittimità della norma nella parte in cui non prevede che le R.s.a. possano essere costituite anche nell'ambito di associazioni che, pur non firmatarie dell'accordo, abbiano preso parte alla fase negoziale, ritenendo questa esaustiva della capacità rappresentativa.

Il sindacato, a differenza degli attori politici, non esercita, infatti, una rappresentanza nello stare (*standing for*), ma nell'agire (*acting for*), che si manifesta nella contrattazione collettiva<sup>14</sup>, con margini di autonomia diversi per i soggetti coinvolti a livello nazionale o aziendale, in ragione del *range* di intervento sulle piattaforme negoziali. Quelle proposte dalla Fiat a Pomigliano e Mirafiori apparivano pressochè "blindate", giustificate da una esigenza cogente di efficientamento degli stabilimenti in vista di investimenti consistenti (o dell'imminente chiusura e trasferimento degli impianti).

Che tipo di declinazione assume tale dicotomia nella pronuncia della Corte e che ricadute può avere sul più ampio dibattito sulla misurazione della rappresentatività?

La lettera dell'art. 19 dello Statuto è chiara e traccia una linea di demarcazione netta tra la posizione dei firmatari e dei non firmatari del contratto

<sup>12</sup> In particolare, il criterio selettivo individuato dalla norma in esame risultava, secondo il Tribunale di Modena, in contrasto con gli articoli citati: a) per l'irragionevolezza dell'ipervalutazione del dato formale della sottoscrizione del contratto, che non è evocativo di un consenso effettivo dei lavoratori; b) per l'incidenza sulla libertà di scelta nell'esercizio dell'azione sindacale essendo la firma requisito necessario per accedere ai diritti del Titolo III dello Statuto; c) per l'irragionevole disparità di trattamento tra associazioni egualmente rappresentative in azienda.

<sup>13</sup> NAPOLI, *Rsa e Costituzione. La giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Vita e Pensiero, 2014, p. 36 ss., che parlava di "portata massimale della sentenza".

<sup>14</sup> CELLA, *Una sentenza sulla rappresentanza sindacale (o del lavoro?)*, in *LD*, 2013, p. 513 ss.



aziendale. Tuttavia, ciò che non è così ben delineato, come sostiene Gian Primo Cella, è la distinzione tra l'*agire* (per un fine contrattuale decentrato) e lo *stare* (per veder applicati i termini dell'accordo, la normativa lavoristica, i diritti di informazione, ecc.). I due profili si intrecciano e la "rappresentatività effettiva" (la sottoscrizione del contratto) consegnataci dal testo post-referendario del 1995 va reinterpretata alla luce di una fenomenologia di rapporti molto variegata (assenza durante i negoziati, presenza discontinua, ostruzionismo, collaborazionismo, ecc.) che può o meno tradursi nella firma del contratto: processo e risultato finale possono non convergere<sup>15</sup>, ma la negazione dei diritti sindacali a chi "ha agito, in forza della propria rappresentatività" porta ad un paradosso inaccettabile.

Un risultato che contraddice il presupposto situato alla base del criterio selettivo dell'art. 19 Statuto, tradendo la finalità promozionale della norma stessa, e che si traduce in una violazione dell'art. 39 Cost. (nonchè degli artt. 2 e 3 espressioni del principio solidaristico e del principio di eguaglianza, che innervano la Carta costituzionale).

Tale contraddizione appare ancora più stridente in un mutato contesto di relazioni industriali, in cui l'unitarietà dell'azione sindacale è divenuta l'eccezione e non più la regola, come dimostra l'esperienza dei contratti separati.

La Corte, quindi, nel caso concreto, con un intervento addittivo<sup>16</sup> compie una duplice valutazione: ritiene, da un lato, la partecipazione al negoziato come indice di rappresentatività e, dall'altro, il rifiuto della firma come espressione di libertà sindacale.

Il dissenso deve essere garantito e non annacquato o edulcorato, come avverrebbe se si fosse accolta la lettura offerta da Fiat, riducendo la conflittualità nelle trattative ad una farsa che alla fine porterebbe, sempre e comunque, alla firma del contratto proprio per non precludersi l'accesso ai diritti sindacali<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> DEL PUNTA, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *LD*, 2013, p. 534.

<sup>16</sup> La Corte non ha, infatti, ritenuto sussistere margine per una interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, riconoscendo la incostituzionalità della norma.

<sup>17</sup> L'art. 19 è, pertanto, incostituzionale nella parte in cui non prevede che le R.s.a. possano essere costituite nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati all'unità produttiva, abbiano partecipato alla negoziazione quali rappresentanti dei lavoratori in azienda, superando così l'ostacolo che deriverebbe o dall'assenza *tout court* di contratto collettivo applicato all'unità produttiva o dalla mancata firma dello stesso.

Negare il riconoscimento dei diritti sindacali costituirebbe, pertanto, un *vulnus* “ai valori del pluralismo e della libertà di azione dell’organizzazione sindacale”, favorendo comportamenti opportunistici del datore di lavoro: per assurdo, il datore stesso potrebbe sottrarsi alla firma del contratto e non ammettere rappresentanze in azienda<sup>18</sup>; oppure favorire un *revival* di quel potere di accreditamento di cui già si discute, per escluderne l’esistenza, nella sentenza della Corte costituzionale n. 244/1996<sup>19</sup>.

La Consulta ha, poi, suggerito – per superare eventuali *impasse* derivanti dalla non applicazione in azienda di qualsivoglia contratto collettivo o dalla scelta di adottare contratti in deroga ai sensi dell’art. 8 l. 14 settembre 2011 n. 148 – di valorizzare l’indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti, di introdurre un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento, di riferire il criterio dell’art. 19 al più generale sistema di contrattazione e non al contratto applicato nell’unità produttiva, di riconoscere il diritto dei lavoratori ad eleggere rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro.

Da tempo si discute di interventi di misurazione della rappresentatività sindacale e numerosi problemi restano aperti<sup>20</sup>.

Per quanto concerne il profilo della rappresentatività (la cui misurabilità è premessa maggiore rispetto a una serie di altri aspetti, tra cui *in primis* l’efficacia dei contratti collettivi, la costituzione di rappresentanze nei luoghi di lavoro, ecc.), il c.d. Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014<sup>21</sup> –

<sup>18</sup> LECCESE, *Partecipazione alle trattative, tutela del dissenso e art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2013, p. 545 ss.; in particolare, parla di “una forma impropria di sanzione del dissenso”, p. 550.

<sup>19</sup> In quel caso la pronuncia non portò ad un giudizio di incostituzionalità, in quanto la Corte diede una lettura ampia del concetto di “associazioni firmatarie del contratto collettivo applicato nell’unità produttiva”, intendendo che detta firma fosse l’esito naturale di un genuino processo negoziale, laddove, ovviamente, il contratto si occupasse in modo organico dei rapporti di lavoro (almeno un settore o un istituto, anche in via integrativa di un contratto nazionale o provinciale).

<sup>20</sup> CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 206, 2014; MARAZZA, *Dalla “autoregolamentazione” alla “legge sindacale”? La questione dell’ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 209, 2014. Sul rapporto tra legge e contratto collettivo e, quindi, sul riproporsi del problema della rappresentatività, ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 284, 2015.

<sup>21</sup> CARINCI F. (a cura di), *Il Testo unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt University Press, 2014.

cui Fiat e le società del gruppo non hanno aderito – individua una soglia di ammissione al tavolo delle trattative per il contratto nazionale (5%) calcolata sul dato associativo (deleghe sui contributi sindacali conferite dai lavoratori) e sul dato elettorale (voti ottenuti in occasione delle elezioni delle R.s.u.).

L'Accordo Interconfederale del 26 novembre 2015, siglato tra Confcommercio, Cgil, Cisl e Uil amplia il ventaglio dei criteri utili a misurare la rappresentatività sindacale e, quindi, a determinare l'accesso al tavolo delle trattative per chi raggiunge la soglia del 5%. L'Accordo, infatti, non solo contempla i criteri classici, richiamati anche nel Testo Unico del 2014, del numero delle deleghe per la trattenuta del contributo associativo sindacale ed i consensi ottenuti in sede di elezione delle R.s.u., ma ad essi ne aggiunge altri due – di cui dovranno essere definite le modalità di rilevazione e ponderazione attraverso apposito regolamento<sup>22</sup> – che degradano da una attività più tradizionale legata alla vertenzialità e alla gestione dei processi di crisi ad una attività pressochè amministrativa, ossia: a) il numero di vertenze individuali, plurime e collettive<sup>23</sup> rappresentate nel settore di riferimento nel triennio antecedente all'avvio dei negoziati per il rinnovo del ccnl; b) le pratiche per disoccupazione certificabili dall'Inps.

Non sono, altresì, mancate alcune recenti proposte avanzate dal mondo accademico e sindacale per l'adozione di un intervento legislativo sui temi citati.

L'idea che la soluzione alla crisi della rappresentanza possa risiedere in un intervento normativo eteronomo non è, però, pacifica, dal momento che a livello decentrato, come anticipato e come si vedrà nel paragrafo dedicato all'esperienza bresciana, le parti sociali sono riuscite a trovare nuovi equilibri, seppur con geometrie variabili, che spesso vedono coinvolte tutte le principali sigle sindacali.

Per quanto riguarda il mondo accademico, al momento, si possono apprezzare due progetti: quello coordinato da Mario Rusciano e Lorenzo Zoppi e quello del gruppo *Freccia Rossa*<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> È prevista, altresì la costituzione di una Commissione nazionale con compiti di monitoraggio e verifica del funzionamento dell'Accordo stesso.

<sup>23</sup> Con tale espressione si intendono: accordi per cassa integrazione, anche in deroga e mobilità, contratti di solidarietà, transazioni, conciliazioni effettuate presso le DTL, nonché quelle trattate in sede sindacale e le conciliazioni effettuate di fronte alle Commissioni costituite presso gli enti bilaterali, depositate presso la DTL.

<sup>24</sup> Il gruppo è composto da Caruso, De Luca Tamajo, Del Punta, Marazza, Maresca, Perulli, Romei, Scarpelli, Speciale.

La prima proposta (*Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*)<sup>25</sup>, oltre ai coordinatori citati, vede coinvolti numerosi giuristi che collaborano con la Rivista *Diritti Lavori Mercati*<sup>26</sup>. L'articolato si compone di otto parti e tocca i temi della rappresentanza e dei diritti sindacali, della contrattazione collettiva nazionale, aziendale e territoriale, della tutela dei minimi di trattamento economico, del coinvolgimento e partecipazione dei lavoratori nella gestione delle imprese, della partecipazione azionaria, del conflitto e della condotta antisindacale. L'art. 2 prevede che alle trattative per la stipulazione del contratto nazionale partecipino le associazioni che, nell'ambito di applicazione del medesimo contratto, superino la soglia del 5%<sup>27</sup> di rappresentatività derivante dalla media tra gli iscritti, risultanti dalle dichiarazioni aziendali sulle deleghe o cessioni di credito, e i voti ottenuti alle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie<sup>28</sup>.

La seconda proposta (*Norme in materia di rappresentatività sindacale, di rappresentanza in azienda e di contrattazione collettiva*)<sup>29</sup> proviene dal gruppo *Freccia Rossa* e si ispira a un "modello promozionale di tipo neoistituzionale (riflesivo)".

Essa è articolata in cinque parti concernenti la misurazione della rappresentatività, il contratto collettivo nazionale e territoriale, la disciplina delle rappresentanze in azienda e il contratto aziendale. Il capo I fonda la misura-

<sup>25</sup> Già in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 539 ss.

<sup>26</sup> Esposito, Gaeta, Santucci, Viscomi, Zoppoli A., Delfino, Gargiulo, Luciani, Natullo, Trojsi, Casillo, Cerbone, Loffredo, Quaranta, Ranieri, Santagata, Saracini, Baldassarre, Durante, Monda e Murena.

<sup>27</sup> È altresì previsto che accordi interconfederali tra le attuali Confederazioni con una verificata rappresentatività possano eventualmente modificare le soglie di partecipazione alle trattative (artt. 2, co. 4, e I, co. 6).

<sup>28</sup> Di particolare interesse la previsione dell'art. 3, che lega la garanzia di trattamenti non inferiori a quelli previsti dal contratto collettivo nazionale al fatto che l'ipotesi di contratto sia sottoscritta da associazioni sindacali dei lavoratori che, nell'ambito di applicazione del contratto, abbiano una rappresentatività superiore al 50%. In questo caso la rappresentatività si presume a meno che, entro 60 giorni dalla sottoscrizione, non sia inoltrata al Ministero del lavoro una richiesta di verifica da parte di una o più associazioni che, pur non avendo sottoscritto l'ipotesi di ccnl, rappresentino almeno il 20% delle imprese ricomprese nel campo di applicazione dello stesso e occupino almeno il 30% dei lavoratori del medesimo ambito.

<sup>29</sup> Reperibile al sito <http://www.amicimarcobiagi.com/freccia-rossa-una-proposta-di-legge-in-materia-sindacale/>.

zione della rappresentatività sulla media tra dato associativo ed elettorale<sup>30</sup>, con riferimento ai datori di lavoro che applicano il medesimo contratto collettivo<sup>31</sup>.

Dal canto suo la Cgil, con il contributo di un nutrito gruppo di giuslavoristi e non solo<sup>32</sup>, ha presentato la *Carta per i diritti universali del lavoro*<sup>33</sup>, un provvedimento composito che si propone quale *Nuovo Statuto* dei lavoratori e delle lavoratrici.

Per limitarmi agli aspetti qui rilevanti, l'art. 33 della Carta, al fine di sottoscrivere contratti collettivi con efficacia generale (art. 29), per le associazioni dei lavoratori, fa perno sui dati relativi ai contributi associativi ed ai risultati delle elezioni delle RUS (rappresentanze unitarie sindacali) in un rapporto del 50% e 50%<sup>34</sup>, rimodulando i conteggi sui diversi livelli di contrattazione. Per quanto riguarda, invece, la rappresentatività delle associazioni datoriali (art. 35), si fa riferimento al numero dei datori iscritti ed al numero dei dipendenti occupati presso ciascuno di essi. I dati indicati dovranno essere rilevati e ponderati dalla Commissione di cui all'art. 28<sup>35</sup>.

Di indubbio rilievo è, poi, la norma di cui all'art. 36 dedicata al c.d. ob-

<sup>30</sup> Nel caso non siano effettuate le elezioni delle R.s.u., in quanto sono presenti R.s.a., la media viene determinata sulla base del solo dato associativo (numero di deleghe) calcolato due volte (art. 3, co. 2). La misurazione è certificata dal Ministero del lavoro in base alla media tra percentuale degli iscritti, sulla totalità dei lavoratori iscritti nell'ambito di applicazione del contratto, a cui viene assegnato un numero identificativo (art. 4).

<sup>31</sup> La definizione del "perimetro" applicativo del contratto risponde, secondo i proponenti, al duplice obiettivo di non alterare le dinamiche spontanee delle relazioni industriali ma, al contempo, di disincentivare scelte opportunistiche: nei casi in cui vi sia un rinvio della legge alla contrattazione collettiva nazionale o territoriale, richiamando la formula del sindacato maggiormente o comparativamente più rappresentativo – a fini derogatori, integrativi, autorizzatori – la rappresentatività nell'ambito del contratto nazionale/territoriale (50%) non è requisito sufficiente, dovendo essere integrata dall'adesione a confederazioni sindacali a loro volta rappresentative (33%) (art. 9).

<sup>32</sup> Tra i collaboratori al progetto: Allamprese, Andreoni, Bavaro, Bonardi, Corraini, D'Alessandro, D'Onghia, Fassina, Loffredo, Lozito, Martelloni, Martino, Piccini e Spinelli.

<sup>33</sup> Si tratta di una legge di iniziativa popolare di più ampio respiro, il cui testo è pubblicato in <https://www.cgil.it/la-carta-dei-diritti-universali-del-lavoro/>.

<sup>34</sup> Si calcola, per il primo dato, la percentuale degli iscritti sulla totalità degli iscritti ad associazioni sindacali confederali registrate verificata dalla Commissione ex art. 28; per il secondo, la percentuale dei voti ottenuti nella elezione delle RUS sul totale dei votanti, previa certificazione della regolare costituzione da parte della medesima Commissione.

<sup>35</sup> Commissione per la registrazione delle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro.

bligo di contrattazione, che al di là del nome suggestivo evocato prevede un obbligo a trattare – aggiungerei, in buona fede – ogni volta che la RUS lo richieda, previa decisione a maggioranza dei propri componenti. Non è, ovviamente, previsto un obbligo di addivenire alla stipula di contratti collettivi, come intuibile a fronte della tradizionale ricostruzione dogmatica di tale categoria concettuale e come espressamente sancito dal comma 5 della norma stessa, ma è interessante notare come si tenti di introdurre un elemento di forte istituzionalizzazione, al limite della forzatura, nelle dinamiche negoziali a livello di impresa. Tentativo che, in parte, cozza con il dinamismo che si riscontra nelle logiche della contrattazione di secondo livello esaminata nell'ultima parte di questo lavoro.

L'immagine che risulta dalla pagine che precedono – con le specificità insite nella vicenda simbolica del gruppo Fiat, il dibattito tuttora aperto sull'opportunità di un intervento eteronomo di disciplina della materia sindacale e, soprattutto, sulla questione centrale della misurazione della rappresentatività (con il suo precipitato applicativo ovvero l'efficacia dei contratti collettivi) – è, come detto, quella di un sindacalismo confederale in crisi.

Le proposte di un intervento legislativo, di cui si è dato sommariamente conto, in passato osteggiato dal sindacato stesso si possono leggere nella prospettiva di un tentativo di uscita dalla crisi della rappresentanza, che si è tradotta in una frammentazione della contrattazione con fenomeni destabilizzanti come quello dei contratti pirata.

Tuttavia, e qui risiede la discrasia sottolineata in premessa, non si è assistito ad un'involuzione della negoziazione, ma ad uno spostamento, verso le periferie (territorio, azienda), del baricentro decisionale. Ciò induce a ritenere che il problema, almeno nelle relazioni industriali di secondo livello, non sia quello di un *deficit* di legittimazione; al contrario, le parti sociali sono impegnate su diversi fronti, apparentemente non curanti del dibattito nazionale sull'opportunità di una disciplina legislativa *ad hoc*.

### 3. *Modelli locali di negoziazione*

La letteratura sociologica ci conferma il sentore che non si stia assistendo a una contrazione quanto a uno spostamento dell'attività degli attori sociali a livello decentrato.

Tale livello pare permettere una sperimentazione di soluzioni innova-

tive, stante la vicinanza a problemi e realtà dotati di caratteristiche non riproducibile ad un livello superiore, una maggior libertà di manovra e il coinvolgimento delle istituzioni locali. Pare, altresì, restituire forme di concertazione da tempo abbandonate, o solo declamate, a livello nazionale<sup>36</sup>, che invece trovano in sede territoriale nuova linfa grazie alla mobilitazione *bottom up*.

Ida Regalia offre una classificazione di queste variegate forme che si muovono dalla contrattazione alla concertazione e che danno l'idea della mobilitazione a livello aziendale o territoriale: a) *contrattazione territoriale di settore o comparto* (contrattazione collettiva di secondo livello in settori come artigianato, edilizia, commercio, turismo, che spesso configurano dei distretti produttivi, filiere, ecc.); b) *contrattazione territoriale cross-settoriale* (accordi collettivi relativi ad una particolare area territoriale); c) *patti territoriali e iniziative multilaterali* (volti allo sviluppo locale e all'incremento dell'occupazione); d) *negoziante o concertazione sociale* (tesa alla promozione di politiche sociali e di *welfare*).

Con riguardo alla concertazione come tecnica di *governance* del territorio<sup>37</sup> si registra un certo attivismo (ad. es. patti territoriali per l'occupazione, che possono inserirsi nella cornice dei programmi di iniziativa europei o nazionali). Ciò avviene, quindi, in controtendenza rispetto alla progressiva involuzione del metodo a livello centrale dopo la grande stagione degli anni Novanta.

L'avvio della programmazione negoziata eleggeva già in quegli anni il livello territoriale come sede qualificata di promozione dello sviluppo e dell'occupazione (il *Patto per il lavoro* del 1996, il *Patto per lo sviluppo e l'occupazione* del 1998), ma all'entusiasmo iniziale non seguì un efficace utilizzo degli strumenti, quali patti territoriali e contratti d'area: le criticità e gli ostacoli al decollo del sistema hanno riguardato l'inefficienza delle amministrazioni, la scarsa propensione delle imprese e dei sindacati a superare alcune contrapposizioni ideologiche, l'assenza di una legislazione di sostegno alla contrattazione<sup>38</sup>.

Sul versante intersindacale, gli Accordi del 2009, 2011, 2013 e 2014, nel

<sup>36</sup> REGALIA, *Negoziare sul territorio. Un'introduzione*, in *RGL*, n. 1, 2015, p. 3 ss.

<sup>37</sup> REGALIA, *Oltre la contrattazione di secondo livello. Note sulla concertazione a livello locale*, in *RGL*, n. 1, 2015, p. 102 ss.

<sup>38</sup> ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 34 ss.; DE FELICE, *op. cit.*, p. 92, con particolare attenzione al Mezzogiorno.

definire la struttura della contrattazione collettiva, approcciano al livello territoriale in maniera ondivaga: quello del 2009 assegnava alla contrattazione territoriale margini di regolazione *in peius*, per far fronte alla crisi o per veicolare un incremento dell'occupazione; quello del 2011 espungeva il riferimento espresso a tale livello di negoziazione – e si riferiva più genericamente nelle premesse al secondo livello, per poi far riferimento nell'articolato ai soli contratti aziendali – che esce dalla porta e rientra dalla finestra con la previsione dell'art. 8 l. n. 148/2011 (c.d. contratti di prossimità anche territoriali)<sup>39</sup>; quello del 2014 conferma la scelta semantica del 2011<sup>40</sup>.

In ogni caso, gli Accordi citati affidano al livello decentrato di negoziazione il compito di rilanciare la competitività delle imprese, immaginando vere e proprie *clausole di uscita* rispetto alla disciplina del contratto collettivo nazionale.

In parallelo, come segnala Lorenzo Zoppoli, l'ordinamento statale fornisce elementi di sostegno alla contrattazione e alla concertazione territoriale, in alcuni casi impegnando risorse pubbliche: contratti di riallineamento; contratti d'area; programmazione negoziata; contratti di prossimità con efficacia *erga omnes*; accordi territoriali per destinare quote del salario all'incremento della produttività associate a detassazione e decontribuzione.

La vivacità nell'attività negoziale, seppur a un diverso livello, conferma, quindi, la vitalità dell'ordinamento intersindacale. Al di là delle classificazioni, di cui si è brevemente detto in questo paragrafo ed a cui sono sottese realtà dai contorni meno nitidi di quelli descritti dalla letteratura di riferimento,

<sup>39</sup> Si tratta, come noto, di accordi che, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 148/2011, assumono portata derogatoria delle norme contenute nei contratti collettivi nazionali e nella disciplina legale se sottoscritti sulla base di un criterio maggioritario dalle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero da loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, finalizzati al conseguimento di maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione di crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività. Le materie su cui possono intervenire sono indicate dal legislatore, ma lo spettro è piuttosto ampio (mansioni, classificazione del personale, impianti audiovisivi, nuove tecnologie, contratti a termine, ecc.).

<sup>40</sup> ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 36 ss. Nell'Accordo Interconfederale separato (senza la Cgil) del novembre 2012 (*Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*), il rinvio alla contrattazione di secondo livello offriva al livello territoriale un'occasione di rilancio nell'attività di regolazione dei profili legati alla decontribuzione e alla detassazione dei salari di produttività, soprattutto nei confronti delle imprese di piccole dimensioni che non hanno contrattazione aziendale.



una conferma della ricchezza dell'esperienza della contrattazione di secondo livello (e, quindi, della vitalità della stessa) può venire dall'analisi degli accordi stipulati dalle parti sociali nel territorio bresciano.

Le domande a cui si cercherà di rispondere riguardano il *Chi* (quali soggetti sindacali sono coinvolti) e, soprattutto, il *Come* (la tipologia di accordi, il numero degli stessi, la collocazione nel tempo ed a ridosso della crisi, la stipulazione unitaria o separata) la contrattazione di secondo livello sia in grado di veicolare soluzioni virtuose e al contempo aderenti ai bisogni aziendali o locali.

4. *I contratti censiti dall'Osservatorio sulla contrattazione collettiva dell'Università di Brescia: linee di tendenza della negoziazione di secondo livello nella Provincia di Brescia*

L'Osservatorio, al 30 ottobre 2015, ha censito 1186 contratti per il periodo 2008-2013, 400 per l'anno 2014 mentre è in lavorazione la catalogazione dei contratti del 2015<sup>41</sup>.

Il monitoraggio, negli ultimi anni, è stato agevolato dall'introduzione dell'obbligo di deposito presso la Direzione territoriale del lavoro (DTL) dei contratti che accedono alla detassazione/decontribuzione prevista per la retribuzione di produttività<sup>42</sup>. L'obbligo è stato confermato dal *Jobs Act*, che prevede il deposito in forma telematica e la messa a disposizione dei contratti alle amministrazioni interessate (art. 14, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151).

I settori in cui si colloca la maggior parte degli accordi raccolti dall'Osservatorio sono l'industria e i servizi, seguiti dal credito, commercio, artigianato, edilizia e agricoltura. Tale distribuzione degli accordi rispecchia le caratteristiche del tessuto produttivo ed economico bresciano.

Per il periodo 2008-2013, il 97% dei contratti ha natura integrativa/normativa e per la percentuale restante si tratta di accordi gestionali; i contratti sono stati siglati in prevalenza dalle rappresentanze sindacali unitarie (circa il 73%) con la presenza delle tre maggiori sigle sindacali (Cgil, Cisl, Uil).

Per quanto concerne le materie individuate per costruire la banca dati

<sup>41</sup> Al momento in cui si scrive questo contributo sono stati raccolti 100 contratti relativi all'inizio del 2015, mentre i restanti sono in attesa di conferimento.

<sup>42</sup> L. 24 dicembre 2012 n. 228 e decreto 22 gennaio 2013.

e, quindi, ottenere la catalogazione sono state utilizzate le seguenti voci (spesso congiuntamente trattate in un medesimo accordo): assunzioni, inquadramento, mobilità interna, formazione, ambiente di lavoro, rappresentanze per la sicurezza, informazione e formazione, consultazione, orario e flessibilità oraria, eccedenze di personale, licenziamenti individuali, solidarietà, cassa integrazione, esternalizzazioni, trasferimento d'azienda, contratti atipici, relazioni sindacali, commissioni paritetiche, uguaglianza e discriminazioni, *welfare*, conciliazione e pari opportunità, premio variabile di risultato/di produttività o altri premi<sup>43</sup>.

In molti casi, la negoziazione ha riguardato accordi di concessione (*concession bargaining*), in linea con la peculiare congiuntura economica apertasi nel 2008 e non ancora conclusa. Secondo la dottrina si tratta di ipotesi in cui si effettua uno scambio tra una riduzione del costo del lavoro o un aumento significativo (fino al 100%) della componente variabile del premio di risultato o una maggior flessibilizzazione dell'orario di lavoro (aumento del numero di turni settimanali, cicli continui, ricorso allo straordinario, riduzione delle pause, ecc.) a fronte di una maggior sicurezza occupazionale, anche tramite investimenti negli impianti, rilancio produttivo o riqualificazione del personale<sup>44</sup>.

Ho deciso di soffermarmi sui contratti che prendono in considerazione, in particolare, l'adozione di strumenti di *welfare* aziendale e di conciliazione. La scelta di questi due temi non è casuale: si tratta infatti di aspetti che, insieme ad altri ovviamente (ad es. la formazione, la partecipazione, ecc.), contribuiscono alla declinazione di modelli olistici di qualità del lavoro.

Tali temi sono stati oggetto anche della "contrattazione sociale territoriale"<sup>45</sup>, promossa dalla Cgil nazionale dal 2009 in poi, che propone una dimensione di intervento più ampia (comunale, provinciale) di quella aziendale, che resta comunque un ottimo punto di partenza e di sperimentazione di soluzioni innovative.

<sup>43</sup> La maggior parte degli accordi riguarda i premi di risultato e la composizione delle voci di calcolo, dove si evince una riduzione progressiva della quota fissa. Per il periodo più recente, l'incremento di accordi su questo profilo si giustifica anche con il fatto che la legge di stabilità 2013 (l. n. 228/2012) ha introdotto una speciale agevolazione (detassazione) per le misure volte ad incrementare la produttività (retribuzione di produttività), poi prorogata negli anni successivi.

<sup>44</sup> TOMASSETTI, *Relazioni industriali e risorse umane. Sindacato e contrattazione aziendale concessiva: una ricerca empirica*, in *DRI*, n. 1, 2015, p. 183 ss.

<sup>45</sup> D'ARCANGELO, *Contrattazione territoriale e sviluppo locale*, Giappichelli, 2012, p. 143 ss.

La partecipazione delle parti sociali, delle istituzioni territoriali e dei privati, specie in territori a maggior rischio di esclusione sociale, sembra spostare tale esperienza verso forme di concertazione o di programmazione negoziata (*supra* § 3), ma ciò che qui importa sottolineare è l'atteggiamento schizofrenico verso la sostenuta centralità dei temi del *welfare* e della conciliazione e la scarsa adozione di politiche di sostegno al territorio e alla famiglia<sup>46</sup>.

Gli strumenti di *welfare* aziendale, costituiscono una importante forma di recupero del potere di acquisto dei lavoratori; la conciliazione è un obiettivo periodicamente declamato nelle agende politiche nazionali, ma con basso tasso di effettività, che spesso produce un abbandono precoce del mercato del lavoro da parte delle donne (*caregiver* prevalenti sia nei confronti dei figli che degli anziani) e un aumento, in prospettiva di medio lungo periodo, della povertà delle famiglie. Sono profili che si inquadrano nel dibattito sul c.d. *secondo welfare*, che interviene nelle aree di bisogno, purtroppo sempre crescenti, lasciate scoperte dall'intervento pubblico<sup>47</sup>.

La costruzione di ambienti di lavoro di qualità è un obiettivo a cui tendere, per migliorare non solo la salute (nella sua accezione ampia, inclusiva del benessere) dei lavoratori, ma la produttività e la competitività dell'impresa. È innegabile che ci sia un rapporto tra benessere organizzativo e produttività del lavoratore in termini di minor assenza per malattia, minor *turn over*, disponibilità all'assunzione di compiti nuovi ed in alcuni casi a tollerare "temporanei sacrifici".

Nel periodo 2008-2014 la percentuale di accordi che fanno riferimento a istituti di conciliazione e *welfare* aziendale è di circa il 10%.

Gli strumenti individuati per la conciliazione concernono: promozione della flessibilità oraria, del *part time* volontario (incremento della percentuale sull'organico complessivo) e del lavoro a distanza; accesso al *part time* per esigenze di cura per parenti con grave patologie documentate; concessione di aspettative non retribuite per esigenze familiari; flessibilità dell'orario in entrata fino al primo anno di vita del bambino per il genitore richiedente (padre o madre); adattamento dell'orario per le fasi di inserimento presso asilo nido o scuola dell'infanzia fino ai 3 anni di vita del bambino per il ge-

<sup>46</sup> IRES, *La contrattazione sociale negli anni della crisi. Sesto rapporto sulla contrattazione sociale territoriale*, 2015, in <http://www.ires.it/>.

<sup>47</sup> MAINO, FERRERA (a cura di), *Primo rapporto sul secondo welfare in Italia 2013*, Centro di documentazione e ricerca Luigi Einaudi, 2013.

nitore richiedente (padre o madre); piani di affiancamento pre-congedo per il passaggio delle consegne e post-congedo per il rientro e aggiornamento della lavoratrice madre.

Sul versante del *welfare* aziendale si segnalano: *voucher* per i lavoratori con assenze contenute (es. sotto i 3 gg.); polizze sanitarie; contributi per spese sostenute dai dipendenti, per figli e coniuge (asili nido, scuole materne, altri gradi scolastici, master, corsi linguistici, campi estivi, acquisto di libri scolastici, mensa scolastica, fondo previdenziale); incremento del contributo a carico del datore al fondo pensione integrativo; borse di studio per i figli dei dipendenti che si siano distinti per peculiari meriti scolastici (presso scuole superiori e Università)<sup>48</sup>; convenzioni con asili nido; attivazione di asili nido aziendali; buoni spesa.

Nei contratti più recenti l'attenzione ai temi sopra indicati tende a scemare: su 100 accordi collocati all'inizio del 2015 solo 2 contemplano il riferimento a interventi di conciliazione o *welfare* aziendale<sup>49</sup>.

La quasi totalità degli accordi si occupa del calcolo del premio di risultato/produttività (accentuandone la componente variabile anche se non necessariamente in un'ottica partecipativa ai successi dell'impresa)<sup>50</sup>, della flessibilizzazione dell'orario di lavoro o dell'articolazione dei turni per far fronte alle esigenze produttive. Queste ultime assumono andamenti altalenanti e, quindi, spostano l'organizzazione verso modelli *just in time* (nella

<sup>48</sup> Fuori dalla Provincia bresciana, sui temi qui analizzati, il contratto integrativo di Lussotica, del giugno 2013, ha dedicato ampio spazio al sostegno dell'istruzione dei figli dei dipendenti (con borse di studio e refusione delle tasse scolastiche) ma anche, in un'ottica di *welfare* territoriale, investendo nella lotta all'abbandono scolastico con progetti mirati siglati con le scuole del territorio. Nel contratto integrativo di Ferrero del luglio 2014, si segnalano l'innalzamento da 2 a 3 mezza giornate di permesso per le visite pediatriche dei figli di età compresa tra 0 e 14 anni; una ulteriore giornata di permesso al padre in occasione della nascita del figlio rispetto a quanto previsto dal ccnl e la possibilità di attivare forme di *part time* a fronte di specifiche esigenze. Nell'aprile 2015 il gruppo Zara ha firmato il primo contratto integrativo aziendale che sotto il profilo della conciliazione prevede la riduzione delle prestazioni delle lavoratrici madri in fascia di chiusura esercizio e una aspettativa non retribuita successiva al congedo parentale di 12 mesi.

<sup>49</sup> Tra questi si segnala quello di Sangiusto s.r.l., del gennaio 2015: si tratta di un accordo di prossimità che contiene rilevanti profili in deroga. In particolare, l'adibizione definitiva a mansioni superiori dopo 365 giorni nell'anno o 400 nei 24 mesi e l'accesso a contratti a termine fino al 100% organico.

<sup>50</sup> RICCIARDI, *La parabola. Ascesa e declino della contrattazione collettiva in Italia*, Clueb, 2014, p. 31 ss.

produzione tende ad es. a sparire “il magazzino” perchè la merce a *stock* costa).

Tali interventi si collocano in una logica di riduzione del costo del lavoro, sicuramente utile per le aziende, ma che non sprona all’adozione di politiche industriali e di rilancio del territorio di più ampio respiro.

La progressiva riduzione della parte fissa della retribuzione, stabilita a livello nazionale, in particolare, ha accelerato, negli ultimi anni, il processo di “erosione della funzione solidaristica del contratto collettivo nazionale”<sup>51</sup> che è espressione del ruolo di composizione sociale svolto dalla contrattazione.

Nei pochi contratti del 2015 dedicati ai temi qui trattati si riscontrano alcune previsioni interessanti quali la flessibilizzazione dell’orario in uscita con compressione della pausa pranzo; la previsione di 2-3 giorni di permesso al lavoratore padre in occasione della nascita del figlio aggiuntivi rispetto alla previsione della l. 28 giugno 2012 n. 92 (legge Fornero); il permesso retribuito fino a 10 giorni per ricovero ospedalieri del figlio sotto i 12 anni; la predisposizione di corsi di aggiornamento per la lavoratrice al rientro dal congedo di maternità; il ricorso al *remote working* (precursore del *lavoro agile*) per una parte dei giorni lavorati nel mese (es. 10 gg.) o nella settimana (3 gg.).

Non si nasconde, però, il rammarico per il fatto che il numero esiguo di accordi che si occupano di conciliazione e *welfare* aziendale per l’anno 2015 – sebbene su un campione ancora non esaurito – lascia intravedere una inversione di tendenza correlata in modo bizzarro alla lieve ripresa economica degli ultimi mesi.

Almeno per quello che emerge dagli accordi censiti dall’inizio dell’anno 2015, l’interesse delle parti si è concentrato sul rilancio della produzione, soprattutto attraverso l’incentivo dell’ancoraggio al premio di risultato, bypassando completamente una visione allargata di benessere lavorativo che innegabilmente influisce sulle *performance* dei lavoratori.

La fase c.d. acquisitiva della contrattazione, già sofferente negli ultimi decenni a livello nazionale, pare aver subito con la più recente crisi una ulteriore moratoria anche a livello decentrato, quello forse più idoneo a cogliere le specificità locali e di singola azienda, di cui si parlava in apertura di questo contributo.

<sup>51</sup> CAMPANELLA, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sostegno alla produttività del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 185, 2013, p. 7.

Ciò non significa che nel territorio bresciano non si riscontrino eccellenze, in termini di strumenti di *welfare* e di conciliazione offerti al personale nella prospettiva del benessere organizzativo frutto di una visione illuminata di alcuni datori di lavoro<sup>52</sup>, ma manca al momento una condivisione di tali esperienze.

Il lavoro di raccolta e analisi dello stato dell'arte della negoziazione nel nostro territorio è solo uno degli obiettivi dell'Osservatorio. Un secondo obiettivo, a più lunga gittata, è mettere "in rete" tali esperienze come primo passo per costruire dei modelli territoriali in cui la mimesi e il mutuo apprendimento permettano la circolazione delle migliori soluzioni.

<sup>52</sup> Un esempio emblematico si trova nell'accordo aziendale Sinlab del 2 novembre 2015, dove è previsto l'accesso ad alcune forme di congedo (permesso per grave infermità, aspettativa per gravi motivi familiari, congedo matrimoniale nel caso di matrimonio contratto all'estero o di iscrizione nel registro delle unioni civili) alle coppie dello stesso sesso.

### **Key words**

Crisi della rappresentatività, legittimazione a costituire rappresentanze sindacali in azienda, modelli locali di relazioni industriali e di contrattazione collettiva.

Crisis of representativeness of trade unions, legitimacy to form bodies of union representation at plant level, local models of industrial relations and collective bargaining.







## notizie sugli autori

### **Angelo Abignente**

*Ordinario di Filosofia del diritto, Università di Napoli Federico II*

### **Amedeo Arena**

*Ricamatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli Federico II*

### **Raffaele De Luca Tamajo**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Michele Faioli**

*Ricamatore di Diritto del lavoro, Università Tor Vergata di Roma*

### **Luigi Fiorillo**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Teresa Giornale**

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università del Sannio, Benevento*

### **Francesca Malzani**

*Ricamatrice di Diritto del lavoro, Università di Brescia*

### **Claudia Murena**

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Gaetano Natullo**

*Associato di Diritto del lavoro, Università del Sannio, Benevento*

### **Giancarlo Ricci**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Catania*

### **Antonello Zoppoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*



## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) sezione Riviste.



Finito di stampare nel mese di maggio 2016  
dalla Grafica Elettronica (Na)



accelerazione riformistica e di improvvisazione tecnica –, ma perché trovo miopi o strumentali i tentativi di minimizzare la innegabile portata del c.d. Jobs act, così come ingenuo e massimalista è l'assunto della morte incombente o dell'inarrestabile declino del diritto del lavoro, sol perché il punto di arrivo della mediazione legislativa che ne caratterizza la evoluzione è oggi diverso da quello storico, con conseguente, innegabile diluizione di alcune tutele del lavoro in precedenza presidiate in modo stringente.

Il diritto del lavoro è certamente nato e cresciuto per tutelare il soggetto debole della relazione contrattuale e i suoi valori personalistici di libertà, sicurezza, dignità, ma pur sempre all'interno di una ponderazione, storicamente variabile con le esigenze di competitività e di sopravvivenza di un sistema capitalistico cui l'ordinamento riconosce legittimità.

La nostra materia mantiene, dunque, la propria identità anche quando, ferme restando le permanenti sollecitudini di tutela del lavoro, sposta la frontiera mobile della mediazione in favore di istanze diverse (efficienza e competitività delle imprese nell'economia globalizzata, rilancio della occupazione, tutela degli outsider) che emergono dalla temperie culturale o economica del momento.

Legittimo non condividere le scelte politiche del legislatore (specie quelle di segno così univoco come le recenti), ma fuorviante negare ad esse cittadinanza nei processi evolutivi della materia.

A fronte di alcuni disposti legislativi che “incarnano” esigenze e valori di carattere permanente e universale dell'uomo che lavora, tali da non tollerare alcun condizionamento, ve ne sono altri che sottendono interessi suscettibili di gradazioni di tutele e mediazioni circa l'intensità e le modalità della protezione, ampiamente influenzate dalla evoluzione del contesto socio-economico, dalla storicità dei modi di produrre, dai rapporti di forza.

Financo lo Statuto dei lavoratori, che pure muove all'insegna di valori assoluti quali libertà, sicurezza e dignità dei lavoratori, nelle sue concrete articolazioni disciplinari è figlio del suo tempo, è il risultato di determinanti storiche e, dunque, è legato ad un modo di produrre storicamente determinato. Valga per tutti al riguardo l'esempio della disciplina rigoristica dello *jus variandi* (art. 13), norma sintonica con un modello di impresa (e di professionalità richiesta) tendenzialmente statica, ma certo non con il dinamismo organizzativo degli attuali modi di produzione, che richiedono mutamenti tali da mettere in discussione l'utilità di un apporto lavorativo monoprofessionale.



La giusta difesa della connotazione assiologica del diritto del lavoro, della sua proiezione a tutela dei valori personali, non deve, quindi, far velo alla consapevolezza della sua relatività storica.

2. *Il nuovo corso legislativo quale reazione alla protratta resistenza a cauti processi di riforma*

Chiarito che il nuovo corso legislativo si iscrive pur sempre nella dinamica fisiologica del diritto del lavoro e non ne decreta la fine, resta da chiedersi il perché di un così rapido mutamento di scenario normativo e di politiche del lavoro.

Accanto alle ben note e significative mutazioni delle condizioni strutturali in cui opera la materia (accelerazione della rivoluzione tecnologica, fenomeni di esternalizzazione e polverizzazione logistica delle imprese, globalizzazione della concorrenza, influenza delle istituzioni europee sulle politiche del lavoro, crisi economico-finanziaria etc.) non può non farsi riferimento, in chiave causale, alla prolungata resistenza dell'ordinamento, nelle sue varie componenti parlamentari, giudiziarie e sindacali, a processi di cauto e gradualistico riformismo. Gli ostacoli, soprattutto di ordine ideologico, frapposti negli ultimi 20 anni ad aggiornamenti razionali e necessitati del quadro regolamentare spiegano perché nel 2015 la flessibilità sia straripata con la foga delle pressioni troppo a lungo contenute, sia emersa con la forza dei processi troppo a lungo ostacolati.

Non potrebbero spiegarsi altrimenti novità così prorompenti e inedite nella storia della materia quali:

- la ulteriore flessibilizzazione della disciplina del licenziamento con marginalizzazione della sanzione reintegratoria in favore di quella indennitaria, secondo una impostazione che più che favorire i licenziamenti legittimi agevola i licenziamenti illegittimi;

- la radicale riscrittura dei limiti allo *jus variandi* e ai controlli tecnologici e a distanza;

- la liberalizzazione tranchante del contratto a termine e della somministrazione di lavoro, realizzata attraverso la totale acausalizzazione dei due istituti, vincolati soltanto al rispetto di limiti massimi di durata e di percentuali di contingentamento, peraltro ampiamente modificabili dalla contrattazione collettiva sia *in melius* che *in peius*;

– la flessibilizzazione del rapporto tra fonti legali e contrattuali e tra i due livelli contrattuali collettivi, sancita dapprima dall’art. 8 l. 148/2011, poi dall’art. 51 del d.lgs. 81/2015 e da una diffusa attribuzione alla contrattazione collettiva (di qualsivoglia livello) della facoltà di deroga anche i dei disposti legali. A ben vedere anche l’impatto sussultorio sul sistema delle fonti è figlio della difficoltà, troppo a lungo protratta, di trovare un equilibrio armonico tra esse e più coerente con l’esigenza – paradigmaticamente emersa nel caso Fiat – di riconoscere uno spazio autonomo alle dinamiche sindacali aziendali più consapevoli delle specificità organizzative e dalle esigenze di competitività delle singole imprese.

### 3. *La reazione difensiva della cultura giuslavoristica*

Il carattere fortemente innovativo – per alcuni versi traumatico e privo di gradualismo riformistico – del Jobs act (e in qualche misura anche della l. n. 92/2012) impatta sulle attitudini culturali ed ideologiche di una ampia parte della giurisprudenza e della dottrina del diritto del lavoro. Basti pensare soltanto alla difficoltà di concepire, dopo 45 anni di art. 18, che un licenziamento illegittimo possa provocare un effetto meramente indennitario e non il ripristino dello *status quo ante* mediante la prosecuzione del rapporto.

È dunque verosimile, e se ne avvertono i prodromi, una reazione difensiva e avversativa volta a disinnescare il potenziale di quelle norme che più fanno registrare un alto tasso di novità. Reazione che sarà verosimilmente affidata, oltre che alla probabile promozione di referendum abrogativi, a recuperati principi civilistici, a interpretazioni costituzionalmente orientate e ai c.d. vincoli di sistema: si pensi ai tentativi di recuperare *ex art.* 1455 c.c. il criterio della “proporzionalità” anche in tema di individuazione della sanzione da irrogare per un licenziamento illegittimo (laddove la contraria volontà del legislatore è quanto mai esplicita); al più volte ipotizzato recupero del vincolo della “equivalenza professionale” in tema di *jus variandi* sulle ali di valori costituzionali (recupero palesemente contrario al *dictum* normativo); al ripristino della inderogabilità *in peius* in tema di limiti quantitativi di durata o percentuali per la stipulazione di contratti a termine o di somministrazione di lavoro; alle tesi che sostengono la ricorrenza del motivo illecito nei casi di vizio di forma del licenziamento o addirittura in tutte le ipotesi di carenza

di giusta causa o giustificato motivo (che la legge sanziona in modo ben diverso rispetto al motivo illecito).

Di tali operazioni alcune trovano corretti agganci esegetici sia pur con l'ausilio di tecniche interpretative un pò forzate, ma la più parte di esse si collocano in un'ottica di palese estraneità al dato normativo e trovano alimento soltanto nella contrarietà ideologica nei confronti del nuovo indirizzo legislativo.

#### 4. ... e della autonomia collettiva

La effettività della nuova trama normativa dovrà misurarsi anche con spinte garantistiche della contrattazione collettiva e con le dinamiche e convenienze negoziali degli accordi individuali.

Quanto alle prime occorre, infatti, considerare l'evenienza che, sulla base di favorevoli rapporti di forza, la parte sindacale possa "strappare" alla controparte l'adozione di un più rigido regime di stabilità plasmato sulla disciplina della legge n. 92/2012 o, addirittura, sull'art. 18, come delineato dalla legge n. 108 del 1990; o, piuttosto ottenere contrattualmente un recupero del concetto di "equivalenza professionale" quale limite allo *ius variandi*, in sostituzione del più ampio limite costituito dal medesimo livello di inquadramento contrattuale tra le mansioni di partenza e quelle oggetto di conferimento (art. 3, d.lgs. n. 81/2015). Si è mosso in tal senso, ad esempio il primo contratto collettivo concluso dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015 – il contratto collettivo specifico del gruppo FCA – che, avendo ridotto a 5 (3 per i nuovi assunti) i livelli di inquadramento, ha poi recuperato il limite della "compatibilità professionale" tra le vecchie e le nuove mansioni in relazione alle ipotesi di demansionamento. Del resto la più parte delle piattaforme sindacali presentate per i rinnovi in corso dei CCNL contemplano la richiesta di ripristino di alcune garanzie caducate dal legislatore del 2015.

Queste ed altre operazioni di recupero di profili garantistici trovano legittimazione, vuoi in ragione del principio della prevalenza del trattamento più favorevole, vuoi utilizzando la facoltà derogatoria prevista dall'art. 8 della legge n. 148/2011.

Analogamente, almeno secondo opinione maggioritaria, il singolo datore e il singolo lavoratore possono pattuire a livello individuale il ricono-

scimento di un più solido regime di tutela contro i licenziamenti, rispetto a quello disegnato dal legislatore del 2015, evenienza ipotizzabile specie per superare resistenze alla mobilità interaziendale di lavoratori con significativo potere contrattuale. Un simile risultato può poi essere conseguito mediante il riconoscimento di una anzianità convenzionale in grado di incidere su una più congrua quantificazione della indennità in caso di licenziamento ingiustificato.

In entrambi i casi (accordi collettivi o individuali) la reviviscenza di regimi caducati dal legislatore comporterebbe l'aggiornamento della novella governativa, ma anche l'apertura di inedite possibilità di scambi contrattuali (ad es.: potenziamento della stabilità o garanzia della professionalità acquisita in cambio di poste attive sul piano organizzativo o produttivo per l'impresa).

##### 5. *Un rilievo conclusivo*

Da questa sintetica carrellata sulla incisiva mutazione (in chiave flessibilizzante) delle regole del lavoro emerge un iter evolutivo caratterizzato da strappi, improvvise fughe in avanti, moti reattivi rispetto a resistente culturali e ideologiche sopravvissute al venir meno delle condizioni materiali che le avevano legittimate, infine, e al contrario, tentativi di disinnescare a tutti i costi taluni profili della riforma del 2015.

Un quadro normativo così "scomposto" è all'evidenza figlio del confronto muro contro muro tra la resistenza del garantismo tradizionale e pressanti istanze di smobilizzo o di flessibilizzazione.

Un assestamento più armonico e coerente con le esigenze della difficile fase storica presente avrebbe postulato, invece, una progettazione graduale e un adattamento più consapevole alle mutate forme che il lavoro e la produzione hanno assunto nella c.d. società postfordista.

Da quanto innanzi risulta implicito (e neanche tanto) un j'accuse nei confronti di una cultura giuslavoristica che, formatasi in altre stagioni del diritto del lavoro, in altra temperie culturale, economica ed ideologica, non ha saputo comprendere e guidare per tempo gli inevitabili processi strutturali in corso, attestandosi su posizioni meramente difensive e trasformando talora la fedeltà al garantismo storico in fuorviante barriera ideologica nei confronti di misurati e ragionevoli moti riformistici.

Confortano un simile assunto le parole di Franco Liso, un autore sempre

attento e sensibile al taglio garantistico e alla valenza assiologica del diritto del lavoro: “Mi chiedo quanta responsabilità nella qualità regressiva di questi percorsi sia da addebitare a quella parte della sinistra, che definirei “romantica” e “benaltrista”, ostinata nel considerare quelle rigidità come intangibili tabù, e quindi non disponibile a riconsiderare criticamente l’effettiva adeguatezza della disciplina di determinati istituti e non disponibile alla ricerca di tecniche alternative di tutela dei beni che le stanno a cuore”.



**2**    **indice**

- 165**    **LUIGI FIORILLO**  
*Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l'art. 18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente (Commento a Cass. 26 novembre 2015 n. 24157 ed a Trib. Roma 1 dicembre 2015 n. 10485)*
- 183**    **CLAUDIA MURENA**  
*(Doppio) licenziamento e diritto di critica del lavoratore (Commento a Trib. Nola 4 giugno 2015 n. 18203)*

**osservatorio**

- 197**    **FRANCESCA MALZANI**  
*Crisi della rappresentatività e nuovi modelli locali di relazioni industriali: la contrattazione collettiva in Provincia di Brescia*
- 219**    *Notizie sugli autori*
- 221**    *Abbreviazioni*

# table of contents

## editorial

- 5 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO  
*Jobs Act and Labour Law Culture*

## articles

- 13 ANGELO ABIGNENTE  
*The Judicial Assessment of Case in the Dismissal Revisited: Profiles of Legal Argument*
- 33 ANTONELLO ZOPPOLI  
*The 'Eterorganizzata' Collaboration: Legal Situation and Discipline*
- 65 GIANCARLO RICCI  
*Social Rights between Austerity Policies and Economic Recovery Prospects*
- 97 MICHELE FAIOLI  
*Practice and Theory of Collective Relations in the Small and Medium Enterprises of Tertiary Sector: the Disharmonious Identity of R.ETE. Imprese Italia*

## case law

- 123 GAETANO NATULLO, TERESA GIORNALE  
*The Fixed Term Contract in the Entertainment Industry: Peculiarities and Abuses (Comment to Court of Justice of the European Union 26 February 2015, C-238/14 and Constitutional Court 1 December 2015 n° 260)*
- 143 AMEDEO ARENA  
*The Labour Antitrust Exemption under Review by the Court of Justice: What Kind of Collective Bargaining for False Self-employed? (Comment to Court of Justice of the European Union 4 December 2014, C-413/13)*



4 **table of contents**

165 LUIGI FIORILLO  
*Unfair Dismissal in the Privatised Public Sector: the Supreme Court Applies Article 18, Law n° 300/1970 and a (Minority) Part of Jurisprudence Disagrees (Comment to Cassazione 26 November 2015 n° 24157 and to Rome Tribunal 1 December 2015 n° 10485)*

183 CLAUDIA MURENA  
*(Double) Dismissal and the Right to Criticism of Workers (Comment to Nola Tribunal 4 June 2015 n° 18203)*

**observatory**

197 FRANCESCA MALZANI  
*Crisis of Representativeness and New Local Models of Industrial Relations. Collective Bargaining in the Province of Brescia*

219 *Authors' information*

221 *Abbreviations*