

indice

editoriale

- 5 ADALBERTO PERULLI
L'OIL e lo spirito di Filadelfia oggi: cent'anni di solitudine?

saggi

- 17 UMBERTO ROMAGNOLI
Il lavoro non è una merce, ma il mercato del lavoro è una realtà
- 37 STEFANO GIUBBONI
Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione
- 63 LAURA TEBANO
Delocalizzazioni, occupazione e aiuti di Stato nel "Decreto Dignità"
- 85 STEFANIA BUOSO
L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea

giurisprudenza

- 103 PASQUALE MONDA
La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione
(Commento a Cassazione 12 aprile 2017 n. 9323)
- 119 SILVIA BORELLI
La pensione di reversibilità per le coppie omosessuali. Par cette voie s'il vous plaît, caro Trabucchi!
(Commento a Corte Appello Milano, 26 luglio 2018 n. 1005)

osservatorio

- 131 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI
Criminalità mafiosa e diritto del lavoro
- 149 FEDERICA SAULINO
Organizzazione del lavoro nella FCA e relazioni industriali

lavoro e ... cinema

- 165 LORENZO ZOPPOLI
Trevico-Torino, viaggio nel Fiat-Nam (Scola, 1973). Quando emigra(va)no gli italiani

recensione

- 175 MARCO ESPOSITO
L'utilità di un commentario sui generis: International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary
- 179 *Notizie sugli autori*
- 181 *Abbreviazioni*

table of contents

editorial

- 5 ADALBERTO PERULLI
ILO and the Spirit of Philadelphia: One Hundred Years of Solitude?

articles

- 17 UMBERTO ROMAGNOLI
Work is not a Commodity but the Labour Market is a Reality
- 37 STEFANO GIUBBONI
Labour Law beyond the State: Traces for a Discussion
- 63 LAURA TEBANO
Relocation, Employment and State Aid in the 'Dignity Decree'
- 85 STEFANIA BUOSO
The Social Inclusion of Disabled People in the Light of European Union law

case law

- 103 PASQUALE MONDA
The Evaluation of Public Managers under the Examination of the Corte di Cassazione
(Comment to Cassazione 12 April 2017 n° 9323)
- 119 SILVIA BORELLI
The Survivor's Pension for Same-sex Couples. Par cette voie s'il vous plait, dear Trabucchi!
(Comment to Milan Appeal Court, 26 July 2018 n° 1005)

4 table of contents

observatory

131 SILVIA BORELLI, MAURA RANIERI

The Mafia crime and labour law

149 FEDERICA SAULINO

Work Organization in the FCA and Industrial Relations

labour and ... cinema

165 LORENZO ZOPPOLI

Trevico-Torino, viaggio nel Fiat-Nam (Scola, 1973). When the Italians Emigrate(d)

book review

175 MARCO ESPOSITO

The usefulness of a sui generis commentary: International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary

179 *Authors' information*

181 *Abbreviations*

Adalberto Perulli

**L'OIL e lo spirito di Filadelfia oggi:
cent'anni di solitudine?**

1. L'idea di una regolazione dei rapporti di lavoro a livello internazionale precede la fondazione dell'OIL e le sfide che la globalizzazione ha lanciato ai sistemi nazionali di diritto del lavoro nel corso del Novecento. Difatti, la matrice del diritto internazionale del lavoro è tipicamente "industriale". Nel 1818 Robert Owen, imprenditore e sindacalista gallese, pensava che "tutti i paesi dovrebbero proteggere la nuova classe lavoratrice dalle cause che perpetuamente generano misera nella umana società", e dopo di lui Daniel Le-grand, industriale e filantropo svizzero si appellava ai governanti europei sostenendo che la regolazione internazionale del lavoro rappresentasse una pratica soluzione al dilemma posto ai paesi industriali intenzionati ad adottare misure di tutela dei propri lavoratori ma esposti, in tal modo, ad una distruttiva concorrenza straniera. Ma è solo con il nuovo secolo che una serie di accordi internazionali, culminati con la conferenza di Berna del 1917, gettano le basi per l'adozione, avvenuta con il Trattato di Versailles, di un'istituzione internazionale del lavoro, riconoscendo in essa, ben prima della nascita delle Nazioni Unite, il patrimonio di idee e principi fondativi per edificare una "società giusta", o meglio per perseguire l'ideale di una "giustizia sociale" universale.

Nonostante l'intrinseca debolezza costituzionale, dovuta alla mancanza in quel corpo legislativo di una reale forza vincolante, condizionata, come è noto, al meccanismo della ratifica delle Convenzioni da parte degli Stati membri, l'azione normativa dell'OIL si concretizzò in un mandato tripartito efficace e prolifico, capace di adottare, nel periodo intercorrente tra le due guerre mondiali, ben 67 Convenzioni e 66 Raccomandazioni, raccolte e pubblicate nel 1939 con il primo "Codice internazionale del lavoro". In que-

sta fase storica, caratterizzata da una profonda instabilità geopolitica, economica e sociale, l'OIL contribuirà al consolidamento del diritto del lavoro come disciplina autonoma, sia sul piano delle legislazioni nazionali sia in una prospettiva di universalizzazione dei diritti sociali. La messa in opera della Convenzioni, infatti, da un lato ha posto, come spesso avviene nell'ambito degli atti delle organizzazioni internazionali, una base utile per l'adozione delle legislazioni nazionali, conferendo una nuova legittimazione ai sistemi di diritto del lavoro, dall'altro ha rappresentato una chiara manifestazione della portata universale dei valori sociali; e ciò nella misura in cui la vocazione delle norme internazionali è di essere applicabili a tutte le latitudini quale sia lo stadio di sviluppo economico dei paesi interessati, pur prevedendosi strumenti (come le clausole di *souplesse*) volti a facilitare l'applicazione graduale delle Convenzioni, le quali fungono, al contempo, da obiettivo di sviluppo sociale per i paesi del Terzo Mondo e soglia di protezione minima inderogabile per i sistemi più avanzati.

In quello che altri ha definito il "laboratorio dell'arte della politica sociale" ritroviamo così i principali materiali normativi con cui sono state costruite le fondamenta dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, dall'orario di lavoro al salario minimo, dalla disciplina del lavoro delle donne alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, unitamente ad aspetti regolativi di materie tipicamente transnazionali come il lavoro marittimo, il lavoro dei migranti e il lavoro forzato. Come dire che se nei cantieri, nei campi e nelle fabbriche, negli uffici e nel profondo delle miniere un'idea di giustizia sociale *globale* non limitata alla responsabilità del singolo Stato-nazione ma proiettata sul piano dell'interdipendenza mondiale iniziava ad essere non solo coltivata, ma perseguita e in molti casi efficacemente praticata, lo si deve a questa peculiare Organizzazione, Cenerentola fra tutte le istituzioni internazionali che hanno governato il mondo da *Bretton Woods* ad oggi, eppure insostituibile nel garantire ai rapporti di lavoro, nel loro impiego capitalistico su scala planetaria, un costante orizzonte assiologico e strumenti ragionevoli di intervento regolativo. Ed è proprio sul piano dei valori, l'unico capace di promuovere l'integrazione sociale *nel* lavoro e *attraverso* il lavoro, che dobbiamo anzitutto ricondurre il "mandato" dell'OIL e la sua incessante attività normativa. Un piano non certo estraneo ai sistemi nazionali di diritto del lavoro, i quali, tuttavia – come hanno dimostrato i processi di iper-globalizzazione degli ultimi lustri – sono in grave difficoltà nel garantire il rispetto dei diritti fondamentali in una logica puramente statale-autoreferenziale, nella misura in cui quei si-

stemi sono sottoposti ad una crescente concorrenza internazionale che erode la capacità di governare in modo clinicamente isolato i processi produttivi che si attuano lungo una catena del valore sempre più globalizzata. Non a caso, l'effettività del diritto del lavoro ha trovato la propria giustificazione legale-razionale proprio in quel progetto originale di produzione di standard sociali universalmente riconosciuti: e ciò perché, come recita in modo insuperato il Preambolo della Costituzione del 1919, è la mancata adozione, da parte di uno Stato qualsiasi, di un "regime di lavoro veramente umano" ad ostacolare "gli sforzi degli altri, che desiderano migliorare la sorte dei lavoratori nei propri paesi". L'enunciato, di straordinaria attualità, merita due considerazioni essenziali: la prima riguarda la reciprocità tra discipline statali come criterio basilare di riconoscimento degli obblighi internazionali in materia di lavoro, la seconda attiene alla natura concorrenziale della regolazione del lavoro nell'ambito degli scambi economici internazionali, da cui il ricorrente tentativo di stabilire un collegamento funzionale tra regimi regolativi di natura economica e sociale, in una prospettiva di *connecting regimes* idonea a rafforzare la dimensione sociale del mercato. La forza evocativa di questo essenziale principio di interdipendenza mondiale non solo dei diritti sociali, ma del "progresso" economico-sociale nel suo insieme, si pone, rispetto ai temi attuali e alle sfide dei sistemi normativi sopraffatti dalla *regulatory competition* su scala globale, in modo talmente evidente da risultare quasi banale. Eppure, a ben vedere, è proprio su questa capacità degli Stati di darsi un reciproco "riconoscimento" in materia sociale (e sui riflessi che tale riconoscimento produce nell'ambito di altre sfere interrelate, *in primis* il commercio internazionale, ma anche il diritto della concorrenza e l'esercizio delle libertà economiche) che si può apprezzare la vera sfida lanciata dal diritto del lavoro al capitalismo e oggi alla globalizzazione economica, vale a dire correggere la naturale tendenza del capitale a controllare (e sfruttare) il lavoro mettendo i lavoratori in concorrenza tra loro sul mercato; e se un tempo tale concorrenza si limitava ai mercati del lavoro nazionali, giocandosi sulle differenze di sesso, di razza o di etnia, la globalizzazione ha messo direttamente in concorrenza tra loro interi sistemi di regolazione sociale, generando quel grande *bazar* planetario della forza-lavoro in cui (soprattutto) i lavoratori non qualificati dei paesi industrializzati devono competere con i lavoratori a basso reddito del resto del mondo.

2. Se il diritto del lavoro, sotto la formidabile spinta competitiva della globalizzazione, ha accentuato la sua componente concorrenziale, mentre i congegni correttivi della concorrenza sociale restano ancorati alla dimensione statale-nazionale, quale progresso è immaginabile nel campo dei diritti sociali fondamentali, e quale *giustificazione* può ragionevolmente convincere gli attori a livello internazionale a mitigare quella concorrenza attraverso il rispetto di un *level playing field* che includa la garanzia dei diritti sociali di base?

L'OIL ci indica la strada, che risale ad un famoso enunciato espresso nella Dichiarazione di Filadelfia assieme agli altri principi ed obiettivi della giustizia sociale: *il lavoro non è una merce*. Questo potente principio di valore deve oggi, come allora, essere difeso e riaffermato sia nei paesi maggiormente industrializzati, in cui la ri-mercificazione del lavoro si è attuata con le politiche del lavoro neo-liberiste, sia nelle aree del Sud del mondo e di più recente industrializzazione, dove lo sfruttamento del lavoro, anche nelle modalità più estreme, rappresenta la normalità dei rapporti sociali di produzione e, per questo, scuote le coscienze. Lo "spirito" con cui nel 1944 è stata redatta la Dichiarazione di Filadelfia, riconoscendo all'OIL un mandato ben più ampio di quello originario e tale da far riconoscere in quella Dichiarazione la prima Carta universale dei diritti umani, abbraccia la libertà di espressione, di associazione e di contrattazione collettiva, la lotta alla povertà, il dialogo sociale e il tripartitismo, la giustizia sociale, la piena occupazione, il salario minimo e la sicurezza sociale. Tutti temi risalenti eppure di stretta attualità in ogni sistema di diritto del lavoro contemporaneo, rispetto ai quali l'OIL ha fornito soluzioni normative equilibrate che meritano di essere rilette, acquisite e garantite da parte di tutti gli Stati membri.

Questo grande afflato valoriale, con cui l'azione normativa dell'OIL ha proseguito la sua corsa spesso in perfetta solitudine, subirà una trasformazione strategica nel 1998, quando, con la Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali nel lavoro, l'Organizzazione scelse di selezionare alcuni obiettivi di giustizia sociale universale per fornire alle Convenzioni di base una valenza generalizzata, facendole assurgere a *core labour standard*. Benchè da taluni criticata, questa scelta è stata lungimirante; non a caso in quello stesso periodo i vertici dell'Organizzazione apriranno un dibattito assai fertile sull'impiego delle clausole sociali nei trattati commerciali internazionali, onde quei principi e quei diritti fondamentali sono divenuti il naturale parametro di riferimento per tutti i negoziati economici internazionali dell'Unione europea,

che li ha promossi nella sua azione esterna come componenti essenziali dei valori democratici e del “buon governo”. Grazie alla Dichiarazione del 1998, tutti gli Stati membri riconoscono il proprio obbligo di impegnarsi per realizzare i valori che giustificano l'adesione all'OIL, a prescindere dalla ratifica delle otto Convenzioni fondamentali di base. Dieci anni dopo, con la Dichiarazione del 2008 sulla Giustizia sociale per una globalizzazione giusta, l'OIL non solo riafferma il valore di quei principi ma compie un passo ulteriore affermando, senza più alcuna ambiguità, che il pur legittimo vantaggio comparativo delle nazioni non può in alcun modo giustificare la violazione dei diritti sociali fondamentali.

Spesso negletta o non sufficientemente presa sul serio, l'azione normativa dell'OIL fornisce quindi risposte concrete, condivise, universali, ai problemi che il diritto del lavoro incontra oggi, a tutte le latitudini. La sua vocazione cosmopolita ci avverte, peraltro, dell'inermità di ogni sforzo volto a radicare i diritti del lavoro in un ambito isolato e localizzato, mentre la de-territorializzazione dell'economia e le debolezze del *nomos* sovranazionale (basti pensare alle difficoltà incontrate dell'Unione europea nella materia sociale) sono sempre più percepite come il vero problema di una globalizzazione ingiusta, incapace di soddisfare gli obiettivi promessi, vale a dire la prosperità economica, la stabilità finanziaria e l'inclusione sociale su scala planetaria.

3. Gli ultimi trent'anni sono stati caratterizzati da una profonda riconfigurazione della geografia della produzione e dei luoghi del potere economico e politico, senza che il sistema di libero mercato, presunto meccanismo capace di realizzare efficienza e risultati socialmente ottimali attraverso il comportamento di una moltitudine di individui interessati ad ottimizzare il loro utile egoistico, abbia realizzato gli obiettivi sociali propagandati dai sacerdoti della globalizzazione. Obliterando i valori morali del mercato e la *fairness* negli scambi commerciali, le potenti *corporations* globali in grado di spostarsi sullo scacchiere mondiale in cerca di fabbriche sfruttatrici sono asurte ad alfiere del fondamentalismo mercatista, in una rincorsa all'iper-globalizzazione volta ad eliminare tutti i costi di transazione che intralciano i flussi commerciali e finanziari. Queste forze economiche socialmente irresponsabili non solo hanno indebolito gli Stati nazionali, ma hanno esacerbato le disuguaglianze e la povertà nel mondo suscitando preoccupazioni di tipo

sociale, umanitario ed economico, se è vero che la crescente disegualianza ha aggravato il problema della mancanza di domanda aggregata globale.

In questo scenario di sostanziale “fallimento sociale” della globalizzazione i governi del mondo non hanno compreso che le tutele del lavoro hanno anche una fondamentale funzione politica omeostatica nei sistemi nazionali e internazionali, perché se i lavoratori si sentono adeguatamente protetti vi saranno meno richieste di protezionismo e nazionalismo economico. Di conseguenza, il radicalismo della tecnocrazia commerciale internazionale ha di fatto spianato la strada alle nuove forme di populismo, i cui proclamati guadagni degli Stati nazionali in termini di ripresa di sovranità sui temi economici e sociali rischiano di scontare una pericolosa deriva antidemocratica e illiberale. Per questo è urgente riallacciare, anche in Europa, i nodi di un’azione su scala globale che solo un’Organizzazione internazionale a base tripartita come l’OIL può attuare; per ribadire, da un lato, che i lavoratori nei paesi a basso reddito non devono essere privati dei diritti fondamentali in nome dello sviluppo industriale e dell’andamento delle esportazioni, e, dall’altro, che la giustizia sociale non si realizza a scapito dei principi democratici perché ad essi è connaturata, mentre ogni tentativo di scardinare questi ultimi per far avanzare la prima rappresenta, in realtà, un *vulnus* letale all’idea stessa di contratto sociale, sia esso concepito su base nazionale, regionale o globale. Tornare allo “spirito” di Filadelfia, dunque, può essere l’ultimo e decisivo atto che gli Stati nazionali possono compiere per rinnovare quei valori di giustizia sociale capaci di contrastare il darwinismo sociale, l’adozione burocratica del “governo dei numeri” e la deriva illiberale dei governi populistici.

4. Tornare allo “spirito” di Filadelfia significa anche attualizzare quel corredo di principi sulla giustizia sociale, lotta alla povertà, promozione del dialogo sociale, che sono contenuti nella Dichiarazione del 1944, in ragione degli approcci allo sviluppo economico più sensibili all’orizzonte assiologico su cui si stagliano i principi giuslavoristici. Tra i possibili percorsi valoriali della riflessione contemporanea ve ne sono almeno due che meritano di essere ricordati, perché stanno influenzando positivamente il diritto del lavoro fornendo alla materia spunti di vitalità e criteri operativi per politiche economiche e sociali attente alla promozione dei diritti fondamentali della persona. Il primo è il paradigma dello Sviluppo Sostenibile, che prevede una

declinazione propriamente sociale del concetto di crescita economica nell'ambito di una necessaria interazione tra fonti *hard* e *soft*, capace di fornire sia indicazioni programmatiche di base (come nel *Goal* n. 8 dell'Agenda ONU 2030) sia basi normative per la creazione di connessioni tra regimi regolativi, come nel caso del collegamento tra commercio internazionale e diritti sociali nell'ambito dei trattati di libero scambio. Non a caso un riferimento esplicito alla nozione di Sviluppo Sostenibile è già contenuta nella Dichiarazione OIL del 1998, laddove, nel considerando di apertura, si indica il compito dell'Organizzazione di mobilitare il complesso delle proprie capacità di azione normativa, di cooperazione tecnica e di ricerca in tutti i campi di sua competenza per far sì che, nel contesto di una strategia globale di sviluppo "le politiche economiche e sociali si rafforzino a vicenda al fine di promuovere uno *sviluppo sostenibile su vasta scala*". Da qui l'impegno dell'OIL a rafforzare la capacità degli Stati membri, così come delle parti sociali, "per favorire la messa a punto di una politica sociale adeguata e coerente con lo sviluppo sostenibile", nel cui alveo troverà collocazione il tema del "lavoro dignitoso" (*decent work*) elaborato a partire dal 1999 e oggi promosso attraverso i *Decent Work Country Programmes* che definiscono priorità ed obiettivi all'interno dei piani di sviluppo nazionali. Come dire che il ritorno allo "spirito" di Filadelfia è in realtà un ritorno al futuro, in cui trovare uno straordinario viatico per la realizzazione dei grandi obiettivi economici, sociali e ambientali definiti dall'Assemblea generale dell'ONU nel settembre del 2015.

Il secondo riferimento valoriale che può contribuire a rilanciare lo "spirito" di Filadelfia è offerto, nel più speculativo ambito della filosofia politica, dall'approccio delle *capabilities*, che ha contribuito a riproporre anche nella riflessione del diritto del lavoro l'idea della giustizia sociale. Tra le dieci "capacità centrali" che un buon ordinamento politico dovrebbe garantire ai cittadini, troviamo (nella declinazione più normativa che la teoria delle *capabilities* ha elaborato) il "diritto di cercare lavoro alla pari degli altri", nonché l'essere in grado di "lavorare in modo degno di un essere umano, esercitando la ragion pratica e stabilendo un rapporto significativo di mutuo riconoscimento con gli altri lavoratori": ciò in perfetta sintonia con quanto prescrive la Dichiarazione di Filadelfia laddove si riferisce alla necessità di garantire "l'impiego dei lavoratori in occupazioni in cui essi abbiano la soddisfazione di mostrare tutta la loro abilità e conoscenza e di contribuire per il meglio al benessere comune" (art. 3, b).

In questo riconoscimento della dignità umana come principio fondamentale di organizzazione della società, l'approccio delle *capabilities* si pone quale argine contro le filosofie politiche di stampo utilitaristico, sostenendo che il modo giusto di difendere la libertà delle persone consiste nel creare le condizioni che consentano loro, anche nell'attività lavorativa, di effettuare le proprie scelte con sufficiente protezione da parte della società, coerentemente con l'obiettivo internazionalistico del lavoro decente.

5. Promuovere lo "spirito" di Filadelfia nelle condizioni attuali significa confrontarsi francamente sia con i paradigmi neo-liberisti che hanno valorizzato una globalizzazione economica squilibrata ed ingiusta, sia con le tendenze più recenti dell'economia internazionale, di matrice protezionistica, alla quale si sommano rivendicazioni sociali di tipo populista. È evidente che contrariamente alla ormai superata narrazione globalista il ruolo dello Stato nazionale sta riprendendo vigore, mentre la china di un mondo senza regole di reciprocità in materia sociale appare meno correggibile da una (inesistente) comunità politica globale che dà una rinnovata capacità degli Stati nazionali di agire in modo non solo competitivo ma cooperativo, attraverso procedure democratiche capaci di rispondere alle sfide sociali "glocali". In una prospettiva di ripresa del ruolo degli Stati nell'arena economica internazionale proprio il rispetto di standard sociali riconosciuti da parte di un'Organizzazione internazionale tripartita, ma pur sempre espressione degli Stati nazionali, esprime una visione politica straordinariamente attuale, perché non prevede cessioni di sovranità ad entità sovra-statali ma punta piuttosto alle relazioni multilaterali e bilaterali rette dall'interdipendenza.

Che siano le grandi *corporations* multinazionali, o gli Stati nazionali irrispettosi di un commercio davvero equo, o ancora le istituzioni internazionali che predicano l'espansione del libero commercio e la deregolamentazione per attrarre gli investitori stranieri, la principale idea veicolabile attraverso il diritto internazionale del lavoro è quella del contrasto, da parte degli Stati nazionali, al *dumping* sociale nelle sue diverse forme, che vanno dallo sfruttamento del lavoro nelle zone franche di esportazione alle conseguenze sociali delle delocalizzazioni produttive, sino agli effetti nefasti delle importazioni dai paesi che praticano sistematicamente il *dumping* sociale sui salari e sull'occupazione nelle comunità coinvolte. I mega-accordi commerciali transatlantici e transpacifici sono attualmente in stallo perché le forze

populiste hanno percepito che il libero commercio globale non fornisce risposte al malessere sociale, anzi aggrava i problemi dei diritti umani, degli standard sociali e ambientali, troppo a lungo relegati in second'ordine rispetto alla logica economica, o affatto contemplati nelle sedi internazionali, come il WTO, deputate a governare i processi commerciali ma risolutamente contrarie ad uscire dalla logica dei vantaggi comparati delle nazioni fondati sul *dumping* sociale. Da Marrakech in avanti, i guardiani del tempio della competizione universale si sono limitati a ribadire che l'OIL rappresenta la sede idonea per discutere i problemi sociali dello sviluppo economico, in tal modo dissimulando il loro totale disinteresse ad integrare nel proprio sistema di *governance* le esternalità negative del *free trade*, in nome della liberalizzazione sempre più spinta dei rapporti commerciali interstatali. Troppo a lungo l'OIL è stata esclusa dai regimi di regolazione del commercio mondiale, contrariamente a quanto si era prospettato nel secondo dopoguerra con la Carta dell'Avana, che espressamente contemplava l'obbligo per gli Stati membri di rispettare le condizioni di lavoro "eque", progettando un raccordo istituzionale tra l'istituenda Organizzazione internazionale del commercio e l'OIL per un virtuoso *linkage* funzionale tra liberalizzazione degli scambi e rispetto degli standard sociali.

Sono quindi gli Stati nazionali a tornare protagonisti nell'intraprendere un percorso di ritorno allo "spirito" di Filadelfia. Le tecniche normative e i metodi di azione per questo progetto sono già in campo, e non c'è motivo per stravolgerli a favore di improbabili meccanismi di *governance* sociale globale, o di imprecisati "forum internazionali" cui devolvere la soluzione dei problemi sociali della globalizzazione, pur invocati da certa letteratura economica e giuridica.

Vi sono, tuttavia, alcuni evidenti elementi di criticità nell'attuale sistema che possono essere migliorati affinando gli strumenti esistenti in vista di una più efficace azione normativa dell'Organizzazione e di una maggiore effettività delle sue fonti di produzione normativa. Come abbiamo visto, l'essenziale dei principi e dei diritti sociali fondamentali è contenuto proprio nella Dichiarazione di Filadelfia, dotata di effetti giuridici diretti per gli Stati a prescindere dalla loro ratifica al pari della Dichiarazione sui diritti e principi fondamentali del 1998. Le Convenzioni dell'OIL sono norme internazionali pattizie che vengono immesse nell'ordinamento interno in virtù di un atto di ratifica da parte dagli Stati membri, entrando a far parte dell'ordinamento giuridico quali norme primarie ovvero di rango costituzionale laddove ri-

conducibili (come ritengo debba essere per i *core labour standard*) a norme di diritto internazionale generale. Un sistema di supervisione, unico a livello internazionale (e particolarmente efficace per il monitoraggio della Convenzione sulla libertà sindacale), aiuta ad assicurare che gli Stati membri applichino efficacemente le Convenzioni, esaminando regolarmente il loro rispetto, individuando le aree critiche e fornendo, ove necessario, assistenza attraverso il dialogo sociale e la consulenza tecnica. Questo sistema di diritto internazionale del lavoro costituisce un'eredità preziosa, che dev'essere valorizzata nella consapevolezza che quelle fonti, pur intrinsecamente deboli, rappresentano l'unico parametro convenzionalmente riconosciuto a livello internazionale per tradurre nella grammatica giuridica i valori della giustizia sociale. È quindi necessario operare al fine di rendere le Convenzioni dell'OIL e i relativi standard sociali più vincolanti in sé, oltre che maggiormente interrelati con gli altri strumenti di diffusione dei principi e dei diritti sociali nella trama dei rapporti di produzione su scala mondiale.

Anzitutto, per far avanzare il grado di vincolatività delle fonti internazionali dell'OIL si deve estendere ad altre Convenzioni il congegno prefigurato nella Dichiarazione del 1998, secondo la quale i principi e i diritti fondamentali relativi alle otto Convenzioni di base sono fonti giuridicamente imperative per tutti gli Stati membri, a prescindere dalla loro ratifica, per il fatto stesso di aderire all'Organizzazione e condividerne i valori di fondo. Lo *status* di membro dell'Organizzazione è infatti direttamente produttivo di effetti giuridici vincolanti. Questo modello, che rappresenta un indubbio avanzamento del sistema delle fonti di diritto internazionale nella misura in cui dota di una speciale forza vincolante le Convenzioni "core", dovrebbe essere aggiornato ed esteso ad altre materie, le quali, pur non rientrando nel novero di quelle indicate nella Dichiarazione del 1998, presentano un indubbio rilievo fondamentale nella gerarchia materiale dei valori: si pensi, per fare alcuni esempi, al tema della salute e sicurezza sul lavoro, alla sicurezza sociale, alle ispezioni sul lavoro. In questa prospettiva il progressivo ampliamento della categoria dei diritti sociali fondamentali andrebbe di pari passo con la loro elevazione a norme di diritto internazionale generale o, quantomeno, a disposizioni dotate di quella speciale forza vincolante prevista per i *core labour standard*.

Non meno importanti sono le connessioni regolative tra gli standard normativi dell'OIL e gli strumenti di governo dei processi economici globali. Da un lato tutti gli strumenti di *soft law*, come i codici di condotta delle mul-

tinazionali, il *social labelling*, la responsabilità sociale delle imprese, così come la contrattazione collettiva transnazionale attraverso gli *International Framework Agreements*, si rafforzano nella misura in cui i relativi congegni regolativi prevedano espressamente il rispetto delle Convenzioni fondamentali dell'OIL. Dall'altro lato il raccordo di *hard law* tra commercio internazionale e *core labour standard* attraverso l'impiego delle clausole sociali nei trattati di libero scambio (multilaterali, regionali e bilaterali) consente di coniugare la razionalità normativa strumentale, basata sulla natura concorrenziale della regolazione del lavoro, con una razionalità normativa assiologica fondata sull'idea di *decent work* come bene finale perseguito dall'Organizzazione. Il collegamento tra i regimi regolativi del diritto del commercio internazionale e il diritto internazionale del lavoro consente quindi di coniugare le esigenze di un'"etica dei mezzi" adattabile ai valori economici dell'efficienza, del libero scambio e della produttività, con la dimensione morale-culturale dei diritti sociali incardinata sui valori di un umanesimo universale.

Oggi il mondo del lavoro è in procinto di affrontare nuove sfide globali, che già si affacciano sulla scena dei mercati del lavoro nazionali e internazionali. E ancora una volta l'OIL ci indica la strada da seguire, attraverso le dieci raccomandazioni formulate nel Rapporto della Commissione Mondiale sul Futuro del Lavoro presentato quest'anno. La Commissione delinea un piano incentrato sulla persona ("*human-centred agenda for the future of work*"), basato sugli investimenti nel potenziale umano, nelle istituzioni del mercato del lavoro e nel lavoro dignitoso e sostenibile. Tra le dieci raccomandazioni troviamo una Garanzia Universale per i lavoratori che garantisca loro i diritti fondamentali, un salario equo, limiti all'orario di lavoro e condizioni di salute e sicurezza; la protezione sociale che sostenga i bisogni delle persone lungo tutto l'arco della vita; un diritto universale all'apprendimento permanente che consenta alle persone di acquisire competenze, riqualificarsi e perfezionarsi. La gestione del cambiamento tecnologico indotto dalla rivoluzione digitale richiede inoltre l'istituzione di un sistema di *governance* internazionale per il lavoro su piattaforme digitali, mentre azioni decisive sono richieste per rispondere ai problemi lavoristici connessi ai cambiamenti climatici e alla demografia. Il Rapporto sottolinea inoltre che il "ruolo unico" che l'OIL è chiamata a svolgere per sviluppare e attuare un'agenda economica incentrata sulla persona nel sistema internazionale richiede che i governi, i datori di lavoro e i lavoratori di tutto il mondo sviluppino strategie di concertazione e di partenariato a livello nazionale e regionale per

assicurare che l'economia e la società globale diventino più giuste ed inclusive.

L'OIL, riunendo gli Stati e le parti sociali, deve quindi impegnarsi per rinviare il contratto sociale che garantisce un'equa condivisione del progresso economico, il rispetto dei diritti dei lavoratori e la loro protezione contro i rischi di esclusione sociale, in contropartita dell'apporto che quegli stessi lavoratori forniscono allo sviluppo. Se, come è ragionevole ritenere, gli Stati nazionali manterranno la loro quota di sovranità in materia economica e sociale, e la globalizzazione, unitamente ai nuovi cambiamenti che stanno interessando il mondo del lavoro, chiamerà le forze politiche e sindacali a confrontarsi con le questioni evocate nel Rapporto della Commissione, i governi dei paesi membri dell'OIL dovranno farsi essi stessi *globalmente responsabili* nella consapevolezza della dimensione internazionale dei problemi connessi al futuro del lavoro. Come dire che la natura cosmopolita e universale della cittadinanza sociale deve rilanciare la globalizzazione dei governi nazionali in materia sociale, e in questa prospettiva ristabilire la legittimazione democratica dei principi universali su cui l'OIL è fondata. Il centenario dell'OIL è l'occasione giusta per promuovere una nuova riscossa valoriale che apra, grazie all'azione internazionale degli Stati e delle forze sociali, nuove prospettive di progresso per il lavoro delle future generazioni.

Umberto Romagnoli

Il lavoro non è una merce,
ma il mercato del lavoro è una realtà*

Sommario: **1.** Un passato che non passa. **2.** Passaggi d'epoca. **3.** Ritorno al futuro.

1. *Un passato che non passa*

Il lavoro ha sempre riempito di sé il mondo reale. Cionondimeno, in età pre-industriale il lavoro non incontrava il diritto se non confondendosi con la povertà laboriosa che, se e quando ce ne fosse l'opportunità, era gratificata dall'attenzione caritatevole di *beati possidentes* benpensanti; mentre la povertà oziosa e pericolosa, come quella dei mendicanti e vagabondi, era castigata con la forza. Infatti, il processo di formazione storica del diritto del lavoro non ha potuto avviarsi anteriormente alla comparsa della razza degli uomini cui viene riconosciuta la libertà di gestire i propri interessi esercitando l'autonomia negoziale. Quegli uomini erano liberi nel senso che avevano la libertà di cessare di esserlo. Per soddisfare i bisogni primari della sopravvivenza, acconsentivano di trasformare la propria esistenza in un'unità temporale quantificata vendibile sul mercato. Pertanto, nella prima modernità il lavoro entra stabilmente in contatto col diritto per essere mercificato come entità distinta e separata dal soggetto che lo esegue; e vi entra nel momento stesso in cui la morale corrente smette di tollerare la mercificazione del prestatore in carne ed ossa, schiavo o servo della gleba che fosse, ma aderisce al principio per cui "tutti i redditi devono derivare dalla vendita di qualcosa".

* Relazione presentata alle XXII Xornadas de outubro de dereito social: "Comprometidas con el derecho que queremos: pan y rosas" (Xusticia e sociedade de Galicia: Vigo, 16-17 novembre 2018).

Secondo Karl Polanyi¹, nei suoi effetti il cambio di passo è simile al gesto di Eva, dopo il quale il mondo non sarebbe stato più lo stesso.

Il contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato traumatizzò intere generazioni di artigiani non più del tutto artigiani: dopotutto, un uomo, prima di essere un produttore, è un uomo, è un marito, è un padre. Santa innocenza: non sapevano che la prospettiva occupazionale di massa aperta dall'avvento dell'industria sarebbe stata la sola in grado di soddisfare una domanda di sicurezza che aumenta via via che appare impossibile procurarsi da vivere onestamente se non, per l'appunto, lavorando all'altrui servizio. Tant'è che, proprio il consolidarsi della percezione che il contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato era la scialuppa di salvataggio su cui salire porterà l'*homme de travail* a reclamare garanzie d'inaffondabilità del natante, pretendendo meccanismi di difesa contro il rischio di essere licenziato *ad nutum*. Per questo, il senso di smarrimento d'allora colpisce oggi milioni di individui alle prese con la crescente difficoltà di poter lavorare all'altrui servizio in base ad un vincolo consensuale di durata virtualmente illimitata.

Completamente diverso, tuttavia, è l'originario orizzonte di senso del contratto di lavoro dipendente *sine die*. Quest'ultimo è diretto a soddisfare l'esigenza, che il capitalismo industriale considera irrinunciabile, di pianificare l'impiego di forza lavoro all'interno di macro-strutture della produzione di serie. Un'esigenza, però, che lo *ius conditum* non asseconda. I codici civili dell'epoca, infatti, vietano l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato senza un termine prefissato e puniscono la violazione del divieto con la più drastica delle sanzioni conosciute dal diritto dei privati: la nullità del contratto che li istituiva. Questa specie di anatema laico non sarebbe stato lanciato se non ci fosse stata in giro la paura, se non del ritorno della schiavitù, di una rifeudalizzazione strisciante dei rapporti sociali: dopotutto, era ancora fresco il ricordo del perché la Bastiglia era stata assaltata e conquistata.

È stato un madornale errore trascurare che il *corpus* delle regole del lavoro necessario per far funzionare l'impresa industriale è figlio di una trasgressione generalizzata. Questo dato empirico, infatti, costituisce la prova inconfutabile che il minuscolo *corpus* normativo nasce dal basso. Nasce dalla concretezza dei bisogni e dal loro manifestarsi con l'imprevedibilità e l'irresistibilità dei movimenti tellurici. Per questo è corretto rappresentarsi l'apparire del germe del diritto che dal lavoro prenderà il nome come l'emergere

¹ POLANY, *La grande trasformazione*, Einaudi, 1974.

di un isolotto in mezzo ad un fiume in piena. Ormai, è mia abitudine farlo, perché l'accostamento descrive bene come siano andate le cose.

Come l'*insula in flumine nata* è acquistata a titolo originario dal proprietario del fondo, così l'incontro del lavoro col diritto si risolve in un accrescimento per accessione del preesistente diritto comune dei contratti tra privati.

Difatti, per nulla intimidita dalla plateale illegalità del contratto che stava calamitando l'interesse degli operatori economici più intraprendenti, la giusprivatistica se ne occupa senza avere il più pallido sospetto che sia una forzatura imbullonarlo al diritto dei contratti. Sarebbe tuttavia da superficiali dedurne che fosse indifferente al costo sociale del passaggio alla modernità: lo sconvolgimento di modelli e stili di vita quotidiana di una quantità incalcolabile di persone; niente di più, ma neanche niente di meno. Tutt'al contrario, è presumibile che lo giudicasse non solo inevitabile, ma anche salvifico presagendo (o scommettendo) che avrebbe procurato benefici a tutti nel medio-lungo periodo. Per certo, se non l'impassibilità davanti alle cronache del presente, la fiducia nel progresso raggiunge il *top* quando, incurante che il licenziamento possa essere un capriccio del suo autore, mentre per il licenziato è per ovvie ragioni sempre un dramma, la giusprivatistica non esita ad equiparare la libertà personale dell'operaio alla libertà economica dell'industriale. "Sta in diritto", dicevano gli operatori giuridici dell'epoca, che il lavoratore può essere licenziato con la sola remora del preavviso². Ma non era vero. Era vero, invece, che il legislatore tutelava l'interesse dell'*homme de travail* alla durata predeterminata dell'obbligazione di lavorare alle dipendenze dell'*homme d'argent*. Alla fin dei conti, "chi si fa servire non serve"; *ergo*, "la legge non è scritta per lui". L'obiezione è assennata e qualcuno l'aveva formulata, ma restò isolata e alla fine venne espulsa anche dal senso comune. Eppure, per realizzare il principio della temporaneità del rapporto di lavoro dipendente non è indispensabile assegnare ad entrambe le parti la facoltà di recesso unilaterale: è sufficiente che ce l'abbia la parte a vantaggio della quale il principio viene sancito³. La verità è che il nascente sistema industriale era vitalmente interessato a di-

² ROMAGNOLI, *Francesco Carnelutti, giurista del lavoro*, in *LD*, 2009, spec. p. 394 ss., ora in *Giuristi del lavoro del Novecento. Profili*, Ediesse, 2018, p. 45 ss.

³ ROMAGNOLI, *Ed è subito ieri (A proposito di precarietà del rapporto di lavoro)*, in *RIDL*, 2007, I, p. III ss.

sporre di una cassetta degli attrezzi provvista di quello che non si è mai smesso di considerare come il più efficace sostegno del potere di comando nei luoghi di lavoro: la licenza di licenziare⁴.

Sebbene la situazione fin qui descritta sia ascrivibile all'epoca in cui la principale fonte regolativa del rapporto di lavoro era l'autonomia negoziale privato-individuale, essa non subirà modifiche radicali in seguito né alle ottocentesche legislazioni sociali d'ispirazione bismarckiana né ai primi concordati di tariffa.

Anche nei suoi periodi più felici, l'autonomia negoziale privato-collettiva delle coalizioni operaie è stata largamente influenzata dall'egemonia d'un orientamento di pensiero che riconosce prioritario il soddisfacimento d'un'aspettativa che, nel linguaggio corrente, si definirebbe un sogno proibito siccome roba dell'altro mondo o troppo bello per essere credibile. L'aspettativa, condivisa dalla generalità dei datori di lavoro, è quella di poter contare su di una manodopera non solo docile, ma anche pronta a identificare il proprio interesse in quello dell'impresa secondo l'insindacabile valutazione che ne dà il titolare della stessa e, sempre nel segno di questo superiore interesse, licenziabile a costo-zero o a modico costo. L'aspettativa non solo trova comprensione tra gli stessi lavoratori e i loro sindacati più di quanto si possa immaginare. È anche protetta da governi e parlamenti. Infatti, il principio-base più funzionale al sistema del profitto d'impresa che in Italia sarà codificato nel 1942 fa del lavoratore un soggetto che può perdere il posto anche senza giustificato motivo, ma in costanza di rapporto è tenuto a collaborare con l'imprenditore e ad ubbidirgli, a non tradirne la fiducia ed essergli fedele.

Da parte sua, la legislazione "crocerossina" delle origini è la controscarpa etica del rude primitivismo delle regole del lavoro comunemente praticate. È una legislazione di soccorso, animata dal proposito di incivilire lo scambio tra lavoro e retribuzione. Muove sì dal presupposto che, mentre il contratto di lavoro riguarda l'aver dell'imprenditore, per il lavoratore riguarda il suo essere. Però, la consapevolezza che l'impatto delle regole del lavoro sulla vita delle persone eccede il quadro delle relazioni che nascono da un contratto di scambio tra privati è messa impropriamente al servizio della finalità di governare la conflittualità sociale. Una finalità che si realizzerà compiutamente nel tempo della Guerra Fredda, della contrapposizione cioè

⁴ ROMAGNOLI, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *LD*, 2015, p. 227 ss.

tra paesi occidentali e Urss⁵. Toccherà perciò al costituzionalismo del secondo dopo-guerra – soprattutto alle costituzioni dei “vinti”, quella italiana del 1948 e il *Grundgesetz* del 1949 – sviluppare in forma articolata e in termini vincolanti la formula ad elevato tasso etico-politico “il lavoro non è una merce”.

Era stata la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 a lanciarla nel firmamento delle idee giuridiche. Ma, se non fosse stata sponsorizzata dall’ormai secolare istituzione ginevrina, che ne ha fatto la bussola del suo agire a livello internazionale e del suo stesso essere, e – soprattutto – se gli Stati-nazione non l’avessero sostanzialmente recepita nelle loro costituzioni per solennizzare l’obbligo di garantirne l’effettività, sarebbe rimasta un masso erratico e l’età della demercificazione del lavoro non sarebbe nemmeno iniziata.

Dunque, il passato racconta che il lavoro non bussò alla porta della storia giuridica soltanto per farsi incartare nel *cellophane* delle categorie logico-concettuali del diritto dei contratti. Anzi, il diritto cui darà il nome non sarebbe diventato uno dei pochi esempi del progresso della cultura giuridica del ‘900 senza le leggi, le sentenze e i contratti collettivi che hanno dato attuazione come hanno potuto ai progetti costituzionali di una società meno diseguale e più giusta.

Tuttavia, il tempo dei festeggiamenti è finito da un pezzo. Anzi, si cadrebbe senz’altro nell’agiografia se si trascurasse che la cultura giuridica ha seguito fino ai nostri giorni ad esprimersi con un linguaggio che conserva vistose tracce del preesistente dominio della concezione mercantile del lavoro.

È l’indizio meno controvertibile che il passato non vuole passare e il rimosso può ritornare.

Quando si dice (e si ripete) che il lavoro dedotto in contratto è un bene economico il cui valore è ragguagliabile in moneta, può darsi che si ritenga in buona fede di usare parole innocue. Viceversa, sono pietre. Di fatto, si stabilisce esplicitamente una interconnessione con la sfera dell’economia dove il lavoro è oggetto di sfruttamento per ricavarne un profitto in conformità con le regole di funzionamento del mercato cui è assegnato il ruolo di principio ordinante della vita economica. Quindi – anche se non ne percepi-

⁵ Infatti, “una volta venuto meno questo conflitto planetario, si sono indebolite le ragioni che avevano contribuito a connotare in senso sociale la stessa forma di Stato”: così, tra gli altri, RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, 2014, p. 60.

scono l'ambiguità – i parlanti si servono di modi di dire dai quali traspare una rappresentazione della realtà appiattita su quella evocata. Il che significa che usano metafore culturali che, rivelando la porosità del confine tra il mondo dell'economia e il mondo del diritto, retro-agiscono sulla sostanza. Proprio per questo, può dirsi che era scritto che potesse accadere quel che sta accadendo oggi. E, oggi, il lavoro ripropone di sé l'immagine esibita per millenni, come se all'evoluzione normativa che lo ha interessato nel '900 avesse reagito come una lastra di marmo all'acqua che le scorre sopra.

Culturalmente sbiadito nella stessa misura in cui era stato mitizzato come mezzo di emancipazione, è finito nella centrifuga della flessibilità e della precarietà che gli toglie persino l'attitudine a servire come mezzo di difesa contro la povertà.

Da quando destra e sinistra sono diventate categorie del pensiero da codice della strada, è ridiventato politicamente ininfluente.

Giuridicamente è deregolato.

Non che siano diminuite le occasioni di suoi incontri col diritto. Deregolazione, infatti, non significa minore quantità di regole giuridiche: “significa”, come ha scritto Stefano Rodotà, “meno regole di provenienza pubblica”. Significa più libertà di auto-determinazione a livello individuale e meno controllo da parte dei poteri dello Stato, incluso quello giurisdizionale. Significa subire l'instaurarsi di un clima di ricatto generalizzato dove lo scandalo del non-lavoro rende attraente anche il lavoro più scandalosamente sfruttato. Significa rilegittimare le tradizionali asimmetrie che fanno del rapporto di lavoro un rapporto tra diseguali e crearne di nuove.

Una delle più frequenti che altera profondamente la dinamica della formazione degli *standard* protettivi è quella tra la crescente mobilità delle imprese e la persistente limitata mobilità del lavoro. Mentre in precedenza l'impresa non poteva non patteggiare le condizioni d'uso del lavoro, perché la fisicità dei suoi legami col territorio esercitava una forma di coazione a negoziare e siglare accordi cui poteva sfuggire solo praticando il crumiraggio, che si dovrà mettere fuori legge, adesso se ne sottrae spostandosi nei paesi dove il lavoro crea meno problemi: costa meno ed ha meno diritti. Vero è che anche là si fanno e si faranno scioperi, si firmano e si firmeranno accordi, si rivendicano e si conquisteranno diritti sia individuali che collettivi. Tuttavia, l'*an* e il *quomodo* del processo evolutivo non sono affatto scontati e nessuno è in grado di prevederli con precisione. Nel frattempo, i paesi di vecchia industrializzazione vengono trascinati nello psico-dramma del darwinismo

normativo che premia il sistema giuridico più competitivo ovvero più avaro nel trattamento della manodopera.

In queste condizioni, si comprende perché al giorno d'oggi non ci sia statista dell'UE che, ad imitazione del collega francese di parecchi anni fa, abbia la faccia tosta di dichiarare con accenti degni della migliore arte oratoria: "*La justification de l'Europe c'est sa différence*". Adesso che i suoi imprenditori hanno la libertà di scegliere nel mazzo dei tipi contrattuali in cui è deducibile una prestazione lavorativa quello più redditizio e alle imprese globalizzate è consentito amare non tanto le regole di mercato quanto piuttosto il mercato delle regole, è lecito chiedersi se il lavoro sia ancora il valore fondativo che è stato nell'Occidente. Soltanto papa Francesco se ne dichiara ancora convinto.

2. *Passaggi d'epoca*

Da almeno un trentennio è in corso un mutamento di paradigma del diritto del lavoro, dove al riequilibrio della disegualianza verticale tra chi sta in alto e chi sta in basso, è preferita la tutela dell'uguaglianza orizzontale tra *insiders* e *outsiders* da perseguire attraverso una riduzione di tutele per gli occupati. C'è chi condanna il cambiamento di rotta in ragione della de-valorizzazione del lavoro che implica, ma c'è anche chi lo giustifica. Se fino a ieri ad un sistema produttivo rigido corrispondeva un diritto del lavoro provvisto di altrettanta rigidità, non si vede perché alla *lean production* non debba corrispondere un diritto del lavoro altrettanto snello. Come dire: l'attuale Grande Trasformazione si concluderà come quella precedente, ossia con una giuridificazione delle regole del lavoro coerente col principio di razionalità materiale incorporato nelle strutture della produzione.

C'è qualcosa che non quadra in questo ragionamento o bisogna rassegnarsi al fatto che la storia non si può esorcizzare?

Nell'arco di un secolo, o giù di lì, il sistema produttivo ha sprigionato coercizioni di segno opposto: uniformante l'una, deflagrante l'altra. Entrambe hanno gettato un'infinità di uomini e donne privi di fonti di sostentamento diverse dalla capacità di lavoro nella condizione di aggirarsi in un mondo divenuto improvvisamente ostile con mappe invecchiate.

La prima si dispiegò in presenza delle codificazioni dell'800, manifestandosi attraverso la Grande Trasgressione da cui tutto iniziò, quando il con-

tratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato si appropriò di quella centralità che oggi sta perdendo. Dopo avere travolto il divieto di obbligarsi *ex contractu* a “svolgere la propria opera all'altrui servizio” senza limiti di durata, la coercizione uniformante è stata legalizzata dal codice civile del 1942 là dove stabiliva che “il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto”. Il che ha potuto accadere perché questo contratto di lavoro si era già guadagnata la desiderabilità sociale che non aveva agli occhi di artigiani (o discendenti da artigiani) che, ammassati nelle manifatture, idealizzavano il lavoro libero-professionale di cui avevano memorizzato i vantaggi che ne facevano un'aristocrazia senza quarti di nobiltà. Il fatto è che in ogni evento, anche il più negativo, è dato cogliere risvolti positivi ed anche l'*homme de travail* aveva un poco alla volta imparato ad apprezzare la prassi delle assunzioni *sine die*, per quanto illegale. Infatti, se l'imprenditore arricchiva la cassetta degli attrezzi per governare le maestranze in conformità a regole che normalizzavano l'uso standardizzato della forza-lavoro nelle macro-strutture della produzione, il dipendente trovava motivi di soddisfazione nella ricompensa che riceveva per i sacrifici della libertà personale imposti dall'obbligo di metabolizzare l'imperativo della regolarità dei ritmi del lavoro della fabbrica. La ricompensa consisteva nell'insieme dei benefici ricollegabili alla tendenziale stabilità del rapporto contrattuale, a cominciare dalla continuità del reddito. Non per caso, la coercizione uniformante si dispiegò in un contesto che non era caratterizzato solamente dalla passiva assuefazione ai mutamenti delle condizioni di vita che irretisce l'essere umano quando vede che tutti vivono nello stesso modo. Anzi, va detto che alla creazione del nuovo ordine parteciparono attivamente coalizioni degli stessi individui che non potevano fare altro che subirlo. Diversamente, non si spiegherebbe come mai il contratto collettivo sia stato la creatura giuridica più coccolata dai governanti della prima metà del '900. Il fatto è che essi avevano lucidamente intuito come una regolazione di matrice consensuale che mimava la legge e ne mutuava la sostanza autoritaria fosse proprio ciò che occorreva per promuovere la diffusione di un modello di contratto/rapporto di lavoro afflitto, all'inizio, da un esteso deficit di condivisione sociale. In questa maniera si semplificavano i problemi della gestione della manodopera, comprandone il consenso, e nel contempo la si metteva nelle condizioni di verificare come una sciagura potesse trasformarsi in un'opportunità.

La coercizione di segno opposto, quella deflagrante, ha cominciato a

manifestarsi nella lunga fine-secolo che abbiamo alle spalle e non ha ancora raggiunto il suo esito conclusivo. Intanto, però, è stata legalizzata e anche lo smisurato sventagliamento per via legislativa di forme di rapporto di lavoro distanti anni-luce dal modello *standard* si è giovato di quote di consenso incassate per via collettivo-sindacale. E ciò, per quanto non sia risolutivo, costituisce di per sé un solido sostegno della tesi secondo la quale, se l'indesiderabilità sociale del contratto a tempo indeterminato ha potuto soltanto ritardarne il successo, la desiderabilità sociale della sua durata virtualmente illimitata potrebbe alla lunga non bastare ad impedirne il calo statistico.

Comunque, il cambiamento di scenari è ancora in corso. La revisione dei diritti nazionali del lavoro procede a strappi, con la cautela necessaria non solo per soddisfare l'esigenza del "politicamente corretto", ma anche per concedere il tempo dell'adattamento che i comuni mortali non smettono di richiedere. Il che però costringe i governanti a comportarsi in maniera contraddittoria, almeno in apparenza. Non smettono infatti di promettere una prospettiva occupazionale come quella aperta dal capitalismo industriale, ma al tempo stesso ne promuovono la disaffezione popolare escludendo che la stabilità reale sia un predicato dell'indeterminatezza della durata del rapporto⁶. Il fatto è che, per poter catturare consensi elettorali, ma anche per ragioni d'ordine pubblico, devono sforzarsi di calmierare il panico delle aspettative calanti che afferrerebbe la gente sentendosi dire che si volta pagina, perché le basi materiali della cultura del lavoro possibile in una società industriale si stanno sgretolando. Preferiscono sentirsi dire che cicli avversi si sono presentati anche in passato, ma la catastrofe non c'è stata. Qui ed ora, esistono milioni di dipendenti *over* 40-45 anni, cioè il grosso della popolazione attiva, che l'attaccamento alla *routine* – per logorante che possa essere – ha reso ostili a pratiche di flessibilità. Per questo, bisogna aspettare che nell'immaginario collettivo non siano più considerate un disvalore da demonizzare, bisogna assecondare un colossale processo di mutazione antropologico-culturale, bisogna *guadagnare tempo e intanto fare un po' di pedagogia di massa*.

Come dire: la transizione è davvero in-finita e, poiché gli effetti del passaggio dall'economia di scala all'economia di scopo hanno cominciato a mordere, i governanti devono ricorrere anche a stratagemmi. Infatti, qualunque la flessibilità coi suoi sinonimi o derivati padroneggi il discorso pub-

⁶ ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità "buona"*, in *LD*, 2013, p. 155 ss.

blico e privato, il fraseggio comune ai legislatori del tempo presente ripropone il mantra del “rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro”. La cosa si spiega. Il fatto è che in una visione di breve periodo – l’unica, per lo più, ad avere significato per i comuni mortali – ai governanti conviene occultare che, come calcolò Luciano Gallino, la coercizione deflagrante ridurrà l’agibilità dei contratti di lavoro *sine die* fino a farne un “numero chiuso”⁷.

La percezione delle difficoltà di questa natura deve essere condivisa anche negli ambienti comunitari se è lì che la formula della *flexi-security* ha trovato la più autorevole *sponsorship*.

L’espressione linguistica, dico subito, non rimanda affatto ad una prospettiva demenziale. Anzi, muove dalla lodevole premessa che la relazione tra lavoro e cittadinanza può mettere a rischio diritti che non riguardano il lavoratore in quanto tale, bensì il cittadino che dal lavoro si aspetta un reddito dignitoso e, se un dio lo assiste, anche auto-stima e considerazione sociale. Ciononostante, in molti paesi dell’UE la *flexi-security* è più virtuale che virtuosa. Condanna all’obsolescenza larga parte delle tradizionali garanzie *nel rapporto* con onere a carico delle imprese in cambio di tutele *nel mercato* con onere a carico della fiscalità generale (il che lascia balenare l’idea di una massiccia redistribuzione del reddito magari preceduta da un inasprimento della progressività fiscale).

Come dire: la flessibilizzazione del lavoro si fa oggi; per la *security*, invece, si vedrà. Domani.

Insomma, siamo di fronte ad una trasformazione paragonabile, per entità e conseguenze stranianti, a quella cui diede origine il sistema produttivo che si sarebbe perfezionato col fordismo e da cui trassero origine gli istituti giuridici che ne costituiscono la sovrastruttura servente. Come ogni grande trasformazione, quella odierna è accompagnata da una grande trasgressione e, come è già capitato, anche stavolta l’*establishment* ha dei problemi. Nondimeno, farebbe meglio a smetterla di banalizzarli, colpevolizzando il disoccupato: “se hai voglia di lavorare, un posto lo trovi sempre”. Di sicuro, già oggi

⁷ Se ne stipuleranno di meno, perché riguarderanno in prevalenza le figure professionali di maggiore rilevanza nei processi produttivi. Mediamente, “meno di un terzo” degli occupati a vario titolo da un’impresa. GALLINO (*Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Laterza, 2007, p. 109) ne parla come del “nucleo centrale” delle c.d. risorse umane su cui “le imprese investono perché costituiscono la loro memoria tecnica e organizzativa, la capacità innovatrice, la lealtà ai valori e ai codici di cultura aziendale”.

e nel prevedibile futuro molto più che in passato, il moraleggiante discorsetto si scontra con la realtà. Per fare un esempio: i NEET (*Not in Education Employment or training*) non sono fantasmi. In Italia, sono quasi due milioni e mezzo. Un quarto della popolazione compresa tra i 15 e i 29 anni, pari al 24% dei coetanei (contro il 14% della media europea). Non studiano. Non hanno lavoro né lo cercano o hanno smesso di cercarlo, scoraggiati da paghe troppo basse o turni massacranti di 12 ore.

Non per caso miete consensi la proposta d'ispirazione Beveridge di passare dalla garanzia del reddito di chi il lavoro ce l'ha alla garanzia del reddito spettante al cittadino che il lavoro lo ha perduto o lo cerca e non lo trova⁸. Infatti, dato che nel post-industriale non basta accrescere gli investimenti di capitale per incrementare l'occupazione, ciò che deve cambiare è il modo di rapportarsi alla scarsità di lavoro. Come dire: poiché crescita economica, della produttività e dell'occupazione non vanno a braccetto, il problema non è soltanto il lavoro che cambia. E' soprattutto il lavoro che manca: non più congiunturale, la disoccupazione rischia di trasformarsi in un dato strutturale⁹.

Certo, è causa di sconcerto che le cose si siano messe in modo da incrinare la credenza che il lavoro dipendente sia l'unico strumento di riscatto possibile per moltitudini di comuni mortali e la promessa della piena occupazione non possa essere mantenuta. Sconcertati, del resto, erano anche i tolemaici, quando s'insinuò il dubbio che il pianeta terrestre non avesse mai avuto il privilegio di collocarsi al centro dell'universo. Né meno contrariati erano i creazionisti, quando si sparse la voce che l'uomo si è evoluto da progenitori comuni ad altre specie viventi attraverso processi di selezione naturale. Ma, alla fine, sia i tolemaici che i creazionisti hanno dovuto rassegnarsi. Oppure, come fecero i più vispi e intelligenti, si sono impegnati ad imparare a disimparare ciò che avevano appreso dai testi che avevano studiato. Lo faranno anche quanti, trascurando un'infinità di dati empirici, giudicano nichilista la tesi secondo la quale il passaggio al post-industriale ridisegna la società del lavoro e in particolare, nella misura in cui annuncia il tramonto

⁸ V. l'informatissimo saggio di MARTONE, *Il reddito di cittadinanza. Una grande utopia*, in *RIDL*, 2017, I, p. 409 ss.

⁹ "Per produrre beni non occorre più il lavoro umano. Bastano le macchine": DE MASI, *Lavorare gratis, lavorare tutti*, Rizzoli, 2017, p.177. Del medesimo a. si veda anche *Il lavoro nel XXI secolo*, Einaudi, 2018.

della forma di lavoro imposta dal capitalismo industriale, ne mette in discussione la centralità nella scala dei valori condivisi dalla cultura, dalla religione, dallo stesso senso comune e, nel secondo dopoguerra, dallo stesso costituzionalismo democratico.

3. *Ritorno al futuro*

Diritto *del* lavoro è un insieme di parole che dice troppo e, al tempo stesso, troppo poco.

Dice troppo, perché il genitivo è provvisto di forza mitopoietica sufficiente per leggermi la sintesi descrittiva di un'epopea sociale che si sarebbe chiusa con la nascita di un diritto cui il lavoro darebbe nome e ragione. Un'epopea che, viceversa, non c'è mai stata.

Diritto del lavoro, però, è anche un'espressione reticente. Per molto tempo, infatti, ai miei studenti ho insegnato che quello del lavoro è il diritto dei lavoratori dipendenti tendenzialmente stabili. Per questo, del lavoro autonomo mi occupavo soltanto per segnalare come gli esclusi dalla tutela premessero sulle frontiere del diritto del lavoro dipendente. Peraltro, non senza successo.

È dalla metà degli anni '80 che i contenuti dei miei corsi sono mutati e agli studenti è toccato ascoltare la narrazione degli effetti del passaggio al post-industriale. Infatti, è a loro che ho trasmesso nozioni sempre meno univoche e nitide via via che si consolidava un diverso modo di organizzare il sistema produttivo e si espandeva l'egemonia politico-culturale che esso era in grado di esercitare. Il fatto è che al diritto del lavoro, cresciuto avvitandosi su se stesso, veniva tolta la soddisfazione di godersi in pace la stagione della maturità. Una maturità che aveva raggiunto allorché aveva potuto esibire di sé l'immagine di un sistema normativo che, ribadita la marginalità del lavoro autonomo, esprimeva una pronunciata ostilità nei confronti della precarietà a vantaggio della stabilità, della flessibilità a vantaggio della rigidità, dell'individuale a vantaggio del collettivo. In questa maniera, era riuscito con passabile coerenza ad ispirarsi al principio generale per cui ogni contratto tipico ha la sua disciplina tipica. Infatti, il contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, sottoposto a regole tendenzialmente uniformi e sindacalmente protetto, veniva considerato il prototipo delle discipline dei rapporti contrattuali in cui si effettua lo scambio tra lavoro e retribuzione. In breve, era

la stella polare del diritto del lavoro legificato, giurisprudenziale e negoziato in sede sindacale.

È stato bello, ma è durato poco.

Infatti, il diritto che dal lavoro prende il nome ha smesso presto di prodigarsi per la soppressione di uno dei termini delle antitesi a beneficio dell'altro, ossia per la dominanza dei valori evocati dal termine privilegiato (subordinazione, stabilità, rigidità, collettivo). Il fatto è che i suoi concetti-base si erano logorati, perdendo la nettezza che ne generava l'antinomia e – saltati, uno ad uno, i restanti riferimenti culturali che ne determinavano l'identità – ha visto allargarsi l'area dei rapporti di lavoro d'incerta qualificazione giuridica. Non che si sia smarrita la nozione di bianco e di nero. Prevale il grigio, ecco tutto. Come dire: si è venuto formando uno spazio intermedio ricco di sfumature che spiazza la logica ultimativa delle dicotomie. Persino subordinazione e autonomia compongono una diadi che, se una volta rinviava a totalità contrapposte tendenti ad elidersi a vicenda, con crescente frequenza rinvia a situazioni che si collocano lungo una medesima linea continua.

Il fatto è che è cambiato il mondo del lavoro. Un mondo dove inimmaginabili sviluppi del progresso tecnologico generano discontinuità qualitative (del tipo: tramonto dell'operaio addetto al tornio o alla catena di montaggio come figura-simbolo di una stagione che pareva destinata a non finire mai) e quantitative (in termini di riduzione della rilevanza materiale del lavoro umano nei processi produttivi) che non vanno enfatizzate, ma nemmeno sottostimate. Un mondo dove il lavoro si declina al plurale. E questo è l'esito senz'altro meno prevedibile e più paradossale del gigantesco sforzo collettivo compiuto nel secolo XX per creare – diceva Antonio Gramsci – “con una coscienza del fine mai vista nella storia, e con ostinazione feroce, un tipo nuovo di lavoratore e di uomo”. Fatto sta che, in Italia, i lavoratori del settore terziario, che oggi si attestano intorno al 70% degli occupati, sorpassano per la prima volta nel 1973 gli addetti all'industria e, tra questi, gli operai non sono più in larga maggioranza: ma tutto ciò era successo negli Usa con una ventina d'anni d'anticipo.

Ciononostante, si mantiene alta anche la visibilità del *gap* culturale di un sindacato che deve imparare ad agire sul diverso, sul disomogeneo, sul disperso. E, per riuscirci, anche lui deve imparare a disimparare. Disimparare che il sistema economico è stato per più di due secoli basato sulle strutture della produzione industriale standardizzata e massificata. Disimparare che possa resistere

all'usura del tempo il predominio politico-culturale del soggetto sociale che funzionò come referente privilegiato tanto della legislazione sociale ottocentesca quanto delle codificazioni civili e delle stesse costituzioni post-liberali.

Durante il passaggio alla società post-industriale e dopo il crollo del Muro di Berlino che segnò la sconfitta del socialismo sovietico; in seguito alla finanziarizzazione del capitalismo e alla trasformazione dell'economia di scala in economia di scopo in un mercato globalizzato, uno sciame sismico ha sconvolto il panorama dei diritti del lavoro vigenti nei paesi dell'UE e, come fanno di solito i terremoti, ha lanciato una sfida. E' la sfida della ricostruzione. Sennonché, l'idea di ricostruire il diritto del lavoro *dov'era e com'era* è meta-storica: dà per scontato ciò che non lo è affatto. Presuppone che tutti i discorsi (quello giuridico incluso) presto o tardi riprenderanno là dove si sono interrotti, come se il virtuoso rapporto d'interazione tra economia e democrazia praticato per alcuni decenni nella seconda metà del '900 fosse caduto in uno stato di latenza provvisoria. Presuppone che, una volta cessato uno sciopero degli investimenti di durata senza precedenti che ha fiaccato il sistema produttivo anche dei paesi europei dove il diritto del lavoro è nato, all'economia reale sarà restituita la centralità che aveva. Presuppone che il volume di produzione aumenterà creando nuova occupazione, mentre nel medio-lungo periodo la prospettiva è, se non la decrescita, una crescita contenuta e il progresso tecnologico creerà nuovi posti di lavoro in misura minore dei vecchi che distrugge. Presuppone che il lavoro occasionale, *usa-e-getta*, a chiamata sia un fenomeno transitorio e l'ascesa dell'*Uber economy* o dell'economia basata sul *voucher* possa essere arrestata con divieti legali, per eticamente doverosi che possano apparire.

Stando così le cose, l'alternativa che inchioda il pensiero giuridico-politico si profila con sufficiente chiarezza. O si accontenta di razionalizzare la regressione del diritto che dal lavoro ha preso il nome allo stadio di diritto di una transazione di mercato; e in questo caso aderirà ad una concezione parentetica dell'intervallo di tempo che separa la sua fine dal suo inizio, quando c'era soltanto il diritto del contratto di lavoro. Oppure, si propone di non disperdere gli effetti del formidabile cortocircuito determinato dall'incontro del lavoro con le costituzioni del secondo dopoguerra affinché possano continuare a prodursi per vie e con modalità consone ai radicali cambiamenti subiti dalla società nel suo complesso. In questo caso, però, è indispensabile che il pensiero giuridico-politico si procuri fin d'ora le antenne che gli permettano di elaborare la strategia necessaria.

Il dato da cui ripartire è che il diritto del lavoro del '900 ha consegnato alla storia delle idee giuridiche un referente sociale che si distingue nettamente da quello del diritto del contratto di lavoro. Non è il *capite deminutus* dell'età pre-industriale né l'eroe controvolgia dell'industrializzazione simboleggiato dal proletario. Non è l'artigiano espropriato della libertà di decidere cosa, come e quanto produrre né il produttore deresponsabilizzato a cui si richiede più obbedienza che consenso. È il cittadino che si obbliga per contratto a vestirsi da produttore per poter acquistare il pacco-standard di beni e servizi il cui possesso gli permette di essere o (il che è lo stesso) crederci un cittadino nella pienezza delle sue prerogative.

Questo c'era nella valigia del diritto del lavoro che si presentava alla dogana del nuovo secolo e questo gli hanno permesso di portare con sé. Il che equivale ad ammettere la possibilità di interventi dello Stato-providenza (nella forma che spetta ai decisori politici scegliere) a favore del cittadino che si trovi in una situazione di povertà assoluta o relativa.

In effetti, col suo insieme di premi e sanzioni, promesse e minacce, aveva contribuito a fare della povertà laboriosa la condizione subordinatamente alla quale lo Stato monoclasse avrebbe accettato che gli uomini col colletto blu e le mani callose si trasformassero da sudditi in cittadini, raggiungendo l'apogeo allorché le leggi fondative delle democrazie occidentali hanno identificato nel lavoro la fonte di legittimazione della cittadinanza. Per questo, nella società dei lavori i diritti di cittadinanza non possono non appartenere anche a chi cerca lavoro e non lo trova, a chi lo perde e a chi, più per necessità che per scelta, ne fa tanti e tutti diversi.

Insomma, *non tutto è reversibile e sarebbe giusto riconoscere che il punto di non ritorno lo stabilì proprio il diritto del lavoro del '900.*

Viceversa, con la complicità della cultura giuridica si è seguito a non percepire che il riposizionamento del lavoro nelle zone alpine del diritto costituzionale aveva spezzato la tradizione di pensiero formatasi “nella prima modernità” durante la quale, come scrive Ulrich Beck, “dominava la figura del cittadino-lavoratore con l'accento non tanto sul cittadino quanto sul lavoratore. Tutto era legato al posto di lavoro retribuito. Il lavoro salariato costituiva la cruna dell'ago attraverso la quale tutti dovevano passare per poter essere presenti nella società come cittadini a pieno titolo. La condizione di cittadino derivava da quella di lavoratore”¹⁰.

¹⁰ BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Einaudi, 1999, p. 202

Non che il lavoro non sia tuttora il passaporto per la cittadinanza. Però, la correlazione biunivoca tra lavoro e cittadinanza non può continuare ad avere l'instabilità di una barca con dentro un elefante. Adesso, cioè, l'*homme situé* – come direbbe Alain Supiot – non può più sovrastare il *citoyen*, rubargli spazio o cacciarlo nell'ombra.

Pertanto, come il lavoro industriale ha raggiunto il culmine della sua emancipazione allorché è diventato la fonte di legittimazione sociale dei diritti di cittadinanza, così – adesso che la fabbrica non è più uno dei grandi laboratori della socializzazione, l'informatica ha rivoluzionato la comunicazione di massa, la scolarizzazione è più diffusa e il progresso tecnologico ha diversificato la composizione qualitativa della forza lavoro cancellando vecchi profili professionali o creandone di nuovi – è alla cittadinanza che tocca riscoprirsi come il collante della società dei lavori. Insomma, poiché ogni paradigma scientifico in definitiva non è che “la finestra con la quale si guarda al mondo”¹¹, quella in cui si affacciano i giuslavoristi va perlomeno aggiornata. In effetti, non sanno immaginare i confini della protezione sociale se non ragionando in termini giuridico-formali di modalità di svolgimento della prestazione di lavoro dedotta in contratto. Dunque, è soltanto perché separano la subordinazione del prestatore dalla sua matrice sociologica (una volta si sarebbe detto: classista) che possono argomentare e giustificare la sotto-protezione del lavoro autonomo. Però, bisogna riconoscere che il prezzo della sua incontaminata purezza è uno strabismo che lo ha portato precocemente a concedere tutela a chi non ne ha bisogno e negarla a chi invece ne avrebbe. Il difetto è congenito, ma non è incurabile. Infatti, il costituzionalismo contemporaneo non conosce la *summa divisio* lavoro subordinato-lavoro autonomo. Piuttosto, si preoccupa di rimuovere situazioni soggettive di debolezza e disuguaglianza sostanziale *comunque e dovunque* si manifestino. Per questo, è un indizio di pigrizia intellettuale seguitare ad enfatizzare la centralità del lavoro dipendente nella forma standard ereditata dal Novecento, prolungandone la funzione di fulcro dell'insieme delle garanzie che danno corpo alla nozione di cittadinanza nel XXI secolo. Una cittadinanza, ormai, più industriosa che industriale¹².

¹¹ COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in BALANDI, CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008*, Giuffrè, 2009, p. 23.

¹² ROMAGNOLI, *Dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa*, in RTDPC, 2018, p. 565 ss.

Pertanto, il ritorno al futuro è raffigurabile graficamente come un contro-movimento, perché – esaurita la transizione dallo *status* al contratto, di cui Henry S. Maine colse per primo la portata rivoluzionaria, e incassato ciò che essa poteva dare – si dovrà tornare allo *status*. Uno *status* che, non potendo più coincidere con lo stato occupazionale-professionale caratteristico dell'industrialismo, nemmeno può dipenderne. È lo *status* di cittadinanza riconosciuto e protetto da una democrazia costituzionale in una società post-industriale. Al tempo stesso, tenuto conto che “on restera nécessairement industriels, si non industriel”¹³, il diritto del lavoro dovrà “avventurarsi oltre le colonne d’Ercole fin qui assegnategli, confrontandosi con le attività lavorative di tipo squisitamente imprenditoriale, senza lasciarsi intimorire da tale qualificazione fin qui estranea alla sua prospettiva”¹⁴.

Tutto ciò significa, in primo luogo, che la cultura giuridica del lavoro dovrà riallacciare discorsi, peraltro mai iniziati sul serio, col diritto del *welfare* pubblico finora modellato sul prototipo del lavoro culturalmente e politicamente egemone nella società industriale. Quello che verrà dovrà intensificare la protezione dello *status* di cittadinanza indipendentemente dallo svolgimento del lavoro “regolare” la nozione del quale è stata memorizzata da intere generazioni nell’arco di due secoli di esperienza industriale. Anzi, indipendentemente dalla stessa occupabilità.

In secondo luogo, il diritto “del” lavoro che, nella sua versione novecentesca, è stato il diritto della cittadinanza che venne definita *industriale* – perché (mi piace supporre) odorava di petrolio, sudore, vapore di macchine – dovrà inglobare il diritto “per il” lavoro inteso come il diritto della cittadinanza *industriosa*. Non è mai successo che il diritto del lavoro – né quello legificato né quello giurisprudenziale né quello di cui è artefice il sindacato – fosse sospinto a ricalibrare il centro gravitazionale della figura del cittadino-lavoratore spostando l’accento dal secondo sul primo: ossia, dal debitore di lavoro sul cittadino. Sarebbe cioè la prima volta che, più attento ai valori extra-contrattuali ed extra-patrimoniali del cittadino, finirebbe per essere meno polarizzato sullo scambio contrattuale di utilità economiche e meno dominato dall’esigenza di disciplinare i comportamenti del lavoratore dipendente in conformità con gli *standard* di prestazione imposti al lavoro orga-

¹³ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 2.

¹⁴ Così, profeticamente, VARDARO, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro* (1986), ora in ID., *Itinerari*, FrancoAngeli, 1989, p. 305.

nizzato. Finora, infatti, ci ha abituato a vedere la dimensione mercatistica dello stato occupazionale-professionale acquisibile per contratto che schiaccia la dimensione politico-istituzionale dello *status* di cittadinanza acquisibile secondo i principi del diritto pubblico. Le eccezioni non mancano. Ma sono eccezioni, per l'appunto.

Alludo alla concessione dei congedi parentali legislativamente disciplinati. Alludo alla vittoriosa rivendicazione sindacale, risalente alla prima metà degli anni '70, delle "150 ore". Alludo al negoziato concluso di recente dall'*IG Metal*. Unitamente ad un aumento retributivo del 4,2%, l'accordo valevole per le aziende metalmeccaniche concede ai lavoratori che hanno bisogno di maggiore tempo libero per accudire i figli o per risolvere altri problemi familiari la facoltà di adottare un orario settimanale di 28 ore. Un accordo che si presta ad una chiave di lettura estranea alla dimensione dello scambio. Se l'istituto contrattuale italiano delle "150 ore" riconosce ai lavoratori giovani e adulti in qualità di cittadini il diritto ad usare la scuola magari per immettervi contenuti formativi rapportati alla propria esperienza lavorativa¹⁵, l'accordo tedesco riaccende la resistenza a vendere pezzi di vita di cui è sempre stata espressione la lotta per la riduzione dell'orario di lavoro.

Si tratta di episodi che, per quanto significativi, fanno capire che siamo soltanto all'inizio degli scavi alla ricerca di quel che sta raggomitato nel sottosuolo dell'età post-industriale per farne il calco sul quale rimodellare lo statuto giuridico del cittadino-lavoratore. Probabilmente, i materiali finora estratti non sono pregiati¹⁶. Questa, però, non è una buona ragione per desistere. Anzi, se non avremo il testardo ottimismo del cercatore d'oro che seccava l'acqua dei torrenti dell'Alaska per trovare nella fanghiglia una scheggia di metallo giallo, ci attarderemo per chissà quanto tempo a rimpiangere la cittadinanza *industriale*, senza sapere quel che la cittadinanza *industriosa* può dare.

¹⁵ ROMAGNOLI, *La scelta dei contenuti rivendicativi*, in *Problemi del movimento sindacale in Italia 1943-73*, in *Annali 1974-1975 Fondazione G. Feltrinelli*, Feltrinelli, 1976, spec. p. 755.

¹⁶ PERULLI, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro e ritorno*, in *LD*, 2017, p. 251 ss.; GIUBBONI, *Il Jobs act del lavoro autonomo: commento al capo I della legge 81/2015*, in *DLRI*, 2017, p. 471 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il lavoro autonomo non imprenditoriale, il lavoro agile e il telelavoro*, in *RIDL*, 2017, I, p. 369 ss.

Abstract

L'Autore ripercorre le dinamiche che hanno portato alla trasformazione del Diritto del lavoro italiano dalla fase pre-industriale a quella post-industriale, in cui il progresso tecnologico ha generato inevitabili discontinuità, qualitative e quantitative.

Dinanzi all'alternativa giuridico-politica di accontentarsi di razionalizzare la regressione del diritto del lavoro oppure di non disperdere gli effetti del formidabile cortocircuito determinato dall'incontro del lavoro con le Costituzioni del secondo dopoguerra rendendone possibile l'adeguamento ai radicali cambiamenti sociali, l'Autore propende per quest'ultima. In particolare, stigmatizzando il passaggio da un società industriale ad una industriosa, suggerisce di porre l'attenzione sul "cittadino" quale referente sociale privilegiato.

The author retraces the dynamics that led to the transformation of Italian labour law from the pre-industrial to the post-industrial phase when technological progress has generated qualitative and quantitative discontinuities.

Faced with the juridical-political alternative between rationalizing the regression of labour law and dispersing the effects of the formidable shock caused by the encounter of work with the post-World War II Constitutions, making it possible to adapt to radical social changes, the Author leans towards the latter. In particular, stigmatizing the transition from an *industrial* society to an *industrious* one, he suggests focusing on the "citizen" as a privileged social referent.

Key words

Diritto del lavoro, trasformazioni, società post-industriale, democrazia costituzionale, lavoratori, cittadinanza.

Labour law, Transformations, Post-industrial society, Constitutional democracy, Workers, Citizenship.

Stefano Giubboni

Il diritto del lavoro oltre lo Stato: tracce per una discussione*

Sommario: 1. Premessa. 2. Asimmetrie globali. 3. Erosione della sovranità sociale democratica. 4. Organizzazione internazionale del lavoro e Unione europea: la vana ricerca di un “ordine pubblico sociale” ultra-statale. 5. Diritto europeo della crisi. 6. Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa. 7. Attori collettivi transnazionali alla (difficile) ricerca di un ruolo. 8. Conclusioni (con qualche provocazione per il dibattito).

I. *Premessa*

La tendenza del capitale a farsi globale era stata anticipata da Karl Marx osservando le dinamiche dell’accumulazione già in atto alla metà dell’Ottocento¹. In tempi più vicini, è Carl Schmitt a individuare, nella estensione – “oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente solo interstatale” – di un “onnipervasivo [...] spa-

* Con l’aggiunta delle note ed i necessari adattamenti, lo scritto costituisce la rielaborazione della relazione svolta al VI convegno nazionale della SIRD - Società italiana per la ricerca nel diritto comparato (Firenze, 25-28 ottobre 2018).

¹ MARX, *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell’economia politica*, ed. italiana a cura di BACKHAUS, PGreco, 2012, vol. I, pp. 527-528: “Mentre quindi da un lato il capitale deve tendere ad abbattere ogni ostacolo locale che si frappone al suo traffico, ossia allo scambio, e a conquistare la terra intera come suo mercato, dall’altro esso tende ad annullare lo spazio per mezzo del tempo; ossia a ridurre al minimo il tempo che costa il movimento da un luogo all’altro. Quanto più il capitale è sviluppato, quanto più quindi è esteso il mercato sul quale circola e che costituisce la traiettoria spaziale della sua circolazione, tanto più esso tende al tempo stesso a estendere maggiormente il mercato nello spazio e ad annullare maggiormente lo spazio attraverso il tempo”.

zio di un'economia libera, ovvero non statale"², il tratto connotante la prima globalizzazione degli anni Settanta dell'Ottocento³. Il principio della "globalità del commercio", vale a dire di "un commercio e di un mercato mondiale liberi, con una libera circolazione dell'oro, del capitale e del lavoro"⁴, poteva già allora far preconizzare un tendenziale disallineamento tra lo spazio aperto e virtualmente sconfinato dell'economia e la delimitazione territoriale dei confini statuali della politica e del corrispondente imperio del diritto prodotto dagli Stati.

Solo la "iper-globalizzazione"⁵ economico-finanziaria dell'ultimo trentennio ha tuttavia avverato quella premonizione, radicalizzando tale processo dissimetrico con la rottura – apparentemente non reversibile – dell'"antica coestensione di politica diritto economia"⁶. Il "sogno utopico del capitale di operare in un mondo spaziale privo di attrito (obiettivo in gran parte raggiunto oggi con la mobilità del ciberdenaro)"⁷ è infatti avverato solo dallo sviluppo di quello specifico regime totalizzante di estrazione del valore che Luciano Gallino ha definito "finanzcapitalismo"⁸, il quale è stato consentito dalla "decisione fondamentale"⁹ di liberalizzare completamente i movimenti

² SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*, trad. it., Adelphi, 1991, p. 299.

³ Sulle ragioni dell'ascesa e della caduta della prima grande globalizzazione v. RODRIK, *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist*, Oxford University Press, 2011, pp. 24 ss.

⁴ SCHMITT, *Il nomos*, cit., p. 298.

⁵ RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., pp. 89 ss.; ID., *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton University Press, 2018, pp. 5 ss.

⁶ IRTI, *Tiamonto della sovranità e diffusione del potere*, in ID., *Diritto senza verità*, Laterza, 2011, p. 118.

⁷ HARVEY, *Marx e la follia del capitale*, trad. it., Feltrinelli, 2017, p. 134.

⁸ GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, 2011, che ne dà questa definizione: "Il finanzcapitalismo è una mega-macchina che è stata sviluppata nel corso degli ultimi decenni allo scopo di massimizzare e accumulare, sotto forma di capitale e insieme di potere, il valore estraibile sia dal maggior numero possibile di esseri umani, sia dagli ecosistemi. L'estrazione di valore tende ad abbracciare ogni momento e aspetto dell'esistenza degli uni e degli altri, dalla nascita alla morte o all'estinzione. Come macchina sociale, il finanzcapitalismo ha superato ciascuna delle precedenti, compresa quella del capitalismo industriale, a motivo della estensione planetaria e della sua capillare penetrazione in tutti i sotto-sistemi sociali, e in tutti gli strati della società, della natura e della persona" (p. 5).

⁹ Evoco volutamente, per ragioni che appariranno più chiare nel corso della trattazione, il concetto schmittiano per come è stato ripreso e rielaborato dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica: cfr. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Com-*

di capitale assunta congiuntamente da Stati Uniti e Unione europea tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del Novecento¹⁰.

Ma la dissimmetria tra la dimensione territoriale della politica e del diritto nazionale e la spazialità aperta e radicata dell'economia, e soprattutto della finanza globalizzata, ha prodotto laceranti contraddizioni sociali, che la grande crisi economico-finanziaria che ha investito l'emisfero occidentale nell'ultimo decennio ha messo cupamente a nudo, facendone gravare conseguenze drammatiche sui sistemi più fragili e meno attrezzati a parare i colpi della concorrenza e della mobilitazione globale dei fattori produttivi¹¹. "È – come ha osservato Natalino Irti – la tragica antinomia del nostro tempo, che vede, da un lato, le sovranità chiuse in definiti ambiti territoriali, in luoghi circoscritti da confini, e, dall'altro, le interminate distese della tecno-economia"¹².

Questa dissimmetria ha significativamente contribuito a mettere in crisi il ruolo che lo Stato, a partire dal secondo dopoguerra, ha storicamente svolto nelle democrazie costituzionali occidentali nell'assicurare il governo politico del rapporto tra capitale e lavoro all'interno dei propri confini. E spiega, al contempo, perché oggi i contro-movimenti "populisti" e "neo-sovraniisti" di diversa estrazione¹³, che agitano la scena politica in Europa non meno che in America, facciano della riappropriazione difensiva di una sfera di sovranità economica all'interno dei confini statuali una formidabile sfida al modello di globalizzazione sul quale si era andato costruendo il nuovo ordine economico mondiale sotto l'egida dei grandi accordi commerciali multilaterali di libero scambio¹⁴.

petition Law and the "New" Europe, American Journal of Comparative Law, 1994, vol. 42, pp. 25 ss., spec. p. 44; A. CANTARO, *Costituzione e ordine economico*, Bonanno Editore, 1999, pp. 10 ss. (ed ovviamente SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Giuffrè, 1984, pp. 38 ss.).

¹⁰ Cfr. per tutti FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Il Mulino, 2017, pp. 70 ss.

¹¹ Cfr. DEMICHELIS, *La religione tecno-capitalista. Suddividere, conettere e competere dalla teologia politica alla teologia tecnica*, Mimesis, 2015.

¹² IRTI, *Tramonto*, cit., p. 118.

¹³ Cfr. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, DeriveApprodi, 2018.

¹⁴ Cfr. con particolare forza FAZI, MITCHELL, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, Meltemi, 2018.

2. *Asimmetrie globali*

In Europa come negli Stati Uniti, la fase più recente ed inquieta della globalizzazione economico-finanziaria, caratterizzata dall'ascesa delle nuove grandi potenze industriali e commerciali di Cina e India, ha contribuito a mettere in discussione il ruolo tradizionalmente svolto dal diritto del lavoro dentro i confini statali. Questa non è certo l'unica causa della destabilizzazione dei fondamenti sui quali si sono retti, sino alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, in particolare in Europa occidentale, i grandi modelli di Stato sociale democratico affermatasi nel secondo dopoguerra; e tuttavia, come aveva avvertito Massimo d'Antona, si può dire che il progressivo spiazzamento funzionale della sovranità sociale nazionale riassuma in qualche modo in sé i diversi fattori di "crisi d'identità" del diritto del lavoro novecentesco¹⁵. Gli Stati nazionali rimangono ancora oggi la chiave di volta dei sistemi di relazioni industriali e di protezione sociale, ma le forme di solidarietà collettiva che sostengono e legittimano democraticamente la funzione protettiva del diritto del lavoro sono oggi sempre più erose e quasi spiazzate dalla forza centrifuga dell'apertura delle frontiere nel "mondo piatto"¹⁶ della tecno-globalizzazione di economia e finanza¹⁷.

L'asimmetria determinata dalla dissociazione tra la globalizzazione dei mercati e il persistente radicamento territoriale delle forme di solidarietà sociale nazionale costringe infatti gli Stati dentro una "morsa"¹⁸. Mentre l'internazionalizzazione dei mercati li mette in concorrenza diretta in una logica onnipervasiva che si concreta in una vera e propria competizione regolativa tra sistemi-paese¹⁹, gli Stati debbono far fronte sul piano interno a domande di protezione sociale accresciute proprio dagli effetti asimmetrici della globalizzazione, che se ha ridotto le distanze e le disparità tra i grandi blocchi geo-economici, ha invece parallelamente accresciuto le disuguaglianze al-

¹⁵ D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, RGL, 1998, I, pp. 311 ss.

¹⁶ FRIEDMAN, *The World Is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*, Picador, 2007.

¹⁷ Con riguardo alla vicenda paradigmatica dell'Unione europea v. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford University Press, 2005.

¹⁸ SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Presses Universitaires de France, 2007 (seconda ed.), p. XIX.

¹⁹ V. per tutti, più di recente, GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione comparativa del diritto*, PD, 2018, pp. 387 ss.

l'interno dei confini nazionali (tra gruppi sociali come fra territori)²⁰. Il “paradosso della prosperità” – ha notato Mireille Delmas-Marty²¹ – fa sì che aumentino allo stesso tempo profitti e disuguaglianze; queste, dopo la grande crisi deflagrata nel 2008, hanno ormai raggiunto, anche in Occidente, livelli impressionanti, inimmaginabili fino a pochi anni fa e sempre più avvertiti come intollerabili²².

E mentre si moltiplica smisuratamente la ricchezza del percentile più alto²³, l'effetto congiunto della nuova divisione internazionale del lavoro e della trasformazione tecnologica polarizza le condizioni dei mercati del lavoro nazionali²⁴, condannando larghi strati di popolazione, che sino a poco fa costituivano orgogliosamente il nerbo delle classi medie delle società affluenti, ad una condizione di precarietà e di progressivo impoverimento. Sono stati per primi i settori meno qualificati e competitivi del lavoro industriale a subire gli effetti della concorrenza dell'esercito di riserva costituito dalle nuove masse operaie delle grandi economie asiatiche emergenti; ma oggi quella pressione concorrenziale si estende trasversalmente a tutti i comparti, anche sotto la spinta dei massici fenomeni migratori alimentati dalla globalizzazione. Costretto dentro questa morsa, lo Stato sociale nazionale è sempre meno in grado di compensare i perdenti della globalizzazione: la rabbia sociale che alimenta le nuove forme di populismo identitario e xenofobo e le reazioni neo-sovraniste contro la globalizzazione e il multilateralismo economico – negli Stati Uniti d'America come in Europa – ha in ciò la sua prima e più profonda radice²⁵.

²⁰ Nell'ormai ampia letteratura v. principalmente MILANOVIC, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Harvard University Press, 2016, e STIGLITZ, *The Great Divide. Unequal Societies and What We Can Do about Them*, Norton, 2015.

²¹ DELMAS-MARTY, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013, p. 36.

²² Si veda il dibattito raccolto nell'almanacco di economia di *MicroMega*, 4/2017, *Solo l'eguaglianza ci può salvare*.

²³ Al punto che quella accumulata senza limite dai grandi monopolisti della rete e dalla nuova classe transnazionale di *rentiers* sembra aver realizzato “l'impulso illimitato e smisurato del capitale ad oltrepassare il suo limite” (MARX, *Grundrisse*, cit., p. 289). Cfr. STANDING, *The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay*, Biteback Publishing, 2016.

²⁴ Cfr. MORETTI, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, 2012.

²⁵ Si rinvia all'analisi di CROUCH, *The Globalization Backlash*, Polity, 2019, pp. 28 ss.

3. *Erosione della sovranità sociale democratica*

I sistemi nazionali di solidarietà sono dunque come schiacciati tra queste due opposte logiche, subendo ad un tempo la pressione a piegarsi alla matrice neoliberale della competizione globale (e quindi a ridursi e ad adattarsi agli imperativi della efficienza allocativa e al dominio della razionalità numerica, algoritmica e contabile) e quella a estendere la loro funzione protettiva e di integrazione sociale, risarcendo o compensando (o per lo meno includendo nelle reti di contrasto della povertà) i perdenti della globalizzazione. Stretto entro queste contrapposte logiche – di apertura ai mercati internazionali e alla concorrenza globale la prima, di chiusura degli spazi di solidarietà la seconda –, lo Stato fatica, inevitabilmente, a fornire le risposte necessarie, donde la percezione politica diffusa di un declino e quasi di uno spaesamento della sovranità nazionale nel mondo iper-connesso della tecno-globalizzazione²⁶.

Il ruolo dello Stato è così messo in discussione senza che, però, al di là dei suoi confini emergano nuove forme di governo e di controllo dei mercati, capaci di riarticolare nuove formule di sintesi tra sviluppo economico e giustizia sociale a livello globale. Come ha nuovamente sottolineato Mireille Delmas-Marty, “la mondializzazione colpisce gli ordinamenti giuridici nella loro pretesa di identificarsi con lo Stato. Essa non sopprime però il diritto nazionale a beneficio di quello internazionale, ma dà piuttosto luogo a un groviglio tra diritto nazionale e diritto internazionale che può essere allo stesso tempo la fonte del problema o della sua soluzione”^{27,27}.

La fitta rete di autorità regolative di diversa e incerta natura²⁸, che è cresciuta disordinatamente in questi ultimi decenni rendendo pressoché vano ogni tentativo di distinzione tra dominio del diritto pubblico e sfera della autoregolazione privata²⁹, non riesce a supplire (e del resto neppure intende farlo) alle funzioni assolte dagli Stati. Il diritto della cosiddetta *governance* globale³⁰ è essenzialmente pensato per una società di mercato transnazionale ed

²⁶ Cfr. ad esempio BROWN, *Stati murati, sovranità in declino*, trad. it., Laterza, 2013.

²⁷ DELMAS-MARTY, *Résister*, cit., p. 7.

²⁸ Cfr. e plurimis CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003, pp. 8 ss.; ID., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, 2009, pp. 18 ss.

²⁹ Anche essa una categoria fondativa dello Stato nazionale, ormai in crisi. Cfr. per tutti FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, 2000, spec. pp. 101 ss.

³⁰ Per un efficace quadro d'insieme v. BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, Hague Academy of International Law, 2014.

è per questo prevalentemente basato su schemi contrattuali e volontaristici che rompono con la tradizione dello *jus publicum* degli Stati nazionali³¹. La scena è dominata da relazioni di tipo (apparentemente) orizzontale, eterarchico³², societario³³, ove i conflitti di interesse, anche quando non vengono del tutto occultati, sono comunque tendenzialmente espulsi dal circuito politico nazionale³⁴, per essere filtrati attraverso tecniche regolative di *soft law* e procedurale e, ove necessario, risolti preferibilmente secondo moduli arbitrali e negoziali.

Lo stesso intervento dei giudici e delle corti nazionali – la cui crescente rilevanza costituisce la cifra forse più evidente della postmodernità giuridica del “diritto globale”³⁵ – viene per la medesima ragione ricondotto alla dimensione orizzontale del “dialogo”, ove la circolazione del diritto straniero³⁶, come la stessa elaborazione pretoria di comuni principi “sovranzionali”³⁷, è prioritariamente legittimata dall’idea della parità di diritti conversazionali dei partecipanti³⁸, relegando ai margini le ipotesi del conflitto e quasi esorcizzando la questione della *Kompetenz-Kompetenz*³⁹, nella quale per definizione deve pur esserci la possibilità d’una decisione inoppugnabile emessa da chi si riconosce il potere (sovrano) di pronunciare l’ultima parola.

Anche questa “sorta di costituzionalizzazione transnazionale”⁴⁰ – guidata

³¹ Cfr. PERULLI P., *Il dio contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, 2012.

³² Cfr. principalmente OST, VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

³³ Cfr. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, 2005; ID., *Nuovi conflitti costituzionali*, Bruno Mondadori, 2012.

³⁴ V. ad es. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, 2002, spec. pp. 173 ss., e più recentemente SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spolticizzazione dell’ordine economico*, PD, 2018, pp. 79 ss.

³⁵ Cfr. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, 2012, pp. 54 ss., e soprattutto GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, 2018, spec. pp. 91 ss.

³⁶ Cfr. MARKENSIS, FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, trad. it., Il Mulino, 2009.

³⁷ Cfr. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, 2010.

³⁸ V. solo CASSESE, *Il diritto globale*, cit., pp. 139 ss.; ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

³⁹ Cfr. MACCORMICK, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, trad. it., Il Mulino, 1999, pp. 243 ss.

⁴⁰ Ancora FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2006, p. 38.

appunto dal dialogo tra le corti – finisce dunque per prescindere completamente dagli Stati⁴¹, e per recidere di conseguenza ogni legame con il “politico”⁴². Il nuovo ordine a-spaziale del mercato globale – il cuore della costituzionalizzazione trans- e sovra-nazionale del capitalismo⁴³ – si insinua lateralmente nelle (o, come avviene nel contesto dell’Unione europea, si impone senz’altro sulle) costituzioni nazionali, lasciando impotenti e come spiazzati dentro i confini territoriali degli Stati i depositari democratici del potere legislativo.

È questo un potente fattore di corrosione della identità del diritto del lavoro, come aveva avvertito D’Antona⁴⁴, poiché ne mette in discussione la pretesa democratica di costruire dal basso un limite alla logica del mercato⁴⁵, componendo secondo criteri di giustizia sociale commisurati al concreto contesto nazionale o locale il conflitto tra capitale e lavoro. Dal punto di vista del giurista del lavoro la fonte principale di tale inquietudine identitaria ed esistenziale sta proprio nella dissociazione tra il livello trans- o sovra-nazionale, nel quale opera la nuova costituzionalizzazione delle libertà di mercato, e quello ancora essenzialmente locale, nel quale soltanto è possibile una correzione democratica degli esiti distributivi dei processi economici. Invero, come osserva sempre Mireille Delmas-Marty, la “mondializzazione del diritto, selettiva e frammentaria com’è, dissocia le funzioni tradizionali del mercato (circolazione e redistribuzione) e separa le libertà economiche, che si sono rapidamente integrate, dai diritti sociali, la cui evoluzione è invece lenta e discontinua”⁴⁶.

Questa lancinante asimmetria è osservabile tanto al livello dell’ordinamento internazionale, quanto nell’ambito dell’Unione europea.

⁴¹ Ivi, p. 40.

⁴² Cfr. KJAER, *Constitutionalism in the Global Realm. A Sociological Approach*, Routledge, 2014, spec. pp. 122 ss.

⁴³ NICOL, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Hart Publishing, 2010.

⁴⁴ *Supra*, nota 15.

⁴⁵ V. ora diffusamente MARTELLONI, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Cedam, 2018, spec. pp. 16 ss.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, *Résister*, cit., pp. 36-37.

4. *Organizzazione internazionale del lavoro e Unione europea: la vana ricerca di un “ordine pubblico sociale” ultra-statuale*

Una tale dissociazione tra liberalizzazione economica (internazionale) e protezione (nazionale) dei diritti sociali è stata come ben noto posta alla base dell'accordo di Marrakech del 1994 con il quale è stata istituita l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)⁴⁷. L'orientamento di fondo dell'accordo di Marrakech è al riguardo emblematico, come ha osservato Tiziano Treu, visto che l'OMC ha “rifiutato sin dall'inizio di occuparsi di questioni attinenti alle clausole sociali nei trattati ritenendole di competenza esclusiva e separata dell'ILO”: la quale, però, si è trovata a “elaborare regole, o meglio ipotesi di regole sociali, in isolamento rispetto alle dinamiche dei trattati commerciali e senza l'appoggio dei vantaggi e delle sanzioni di questi, oltre che senza la disponibilità di elementi normativi propri, a differenza di altri organismi internazionali”⁴⁸.

La “decisione fondamentale” del nuovo ordine del commercio internazionale – per riecheggiare nuovamente una formula schmittiana, non a caso rielaborata dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica⁴⁹ – poggia dunque su tale dissociazione tra libertà economiche e diritti sociali. Il che segna in buona sostanza il totale rovesciamento della visione affermata nella dichiarazione di Filadelfia del 1944⁵⁰, che aveva ridisegnato la missione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) prefigurando la fine della Seconda guerra mondiale nel nuovo ordine economico internazionale effettivamente dispiegatosi nel trentennio successivo⁵¹ (e che John Gerard Ruggie ha icasticamente definito *embedded liberalism*)⁵².

Che il ruolo dell'OIL abbia subito un graduale declino e una sorta di

⁴⁷ Cfr. in generale PERULLI A., *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999.

⁴⁸ TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali nei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, SM, 2017, pp. 7 ss., qui p. 8.

⁴⁹ Cfr. di recente HIEN, JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, 2017.

⁵⁰ SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 63.

⁵¹ Cfr. pure PERULLI A., *The Declaration of Philadelphia*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.-INT-143/2018.

⁵² V. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, *International Organization*, 1982, vol. 36, pp. 379 ss.; ID. (ed.), *Embedding Global Markets. An Enduring Challenge*, Ashgate, 2008.

appannamento in parallelo con il decollo della terza globalizzazione⁵³, con l'entrata in vigore del nuovo sistema multilaterale di libero scambio nel 1995 e il successivo ingresso della Cina nella OMC nel 2001, è osservazione sulla quale esiste un consenso pressoché unanime⁵⁴. Il declino è “marcato”⁵⁵ soprattutto se lo si valuta dal punto di vista della adozione di *standard* minimi di carattere universale attraverso il tradizionale strumento convenzionale ed ancor più se si considera l'effettività di tale dimensione – un tempo centrale – dell'azione dell'OIL. L'OIL ha cercato di rilegittimare il proprio ruolo percorrendo strategie nuove e alternative al metodo convenzionale (e al tripartitismo) classico⁵⁶, ritenute maggiormente congeniali alla natura fluida e flessibile dei nuovi processi di *governance* policentrica della globalizzazione. L'Organizzazione si è per questo essenzialmente affidata – in modo talvolta innovativo – alle tecniche della *soft law* e del diritto “riflessivo”⁵⁷, anche ingegnosamente rivisitate, come dimostra emblematicamente la proclamazione, nel 1998, dei *core labour standards*⁵⁸.

L'effettiva incidenza di queste tecniche è però oggetto di discussione ed è quanto meno problematica. Il limite strutturale di tali iniziative è infatti costituito proprio dal loro carattere spiccatamente volontaristico, per cui – in assenza di un effettivo impegno da parte degli Stati nazionali – il reale impatto di questi strumenti rischia di essere estremamente ridotto. Anche le proposte che puntano ad un rilancio dell'OIL come attore centrale di un potenziale “mercato per la giustizia sociale”, con un ruolo affidato ad un potenziamento delle sue “capacità persuasive” e di *moral suasion*, scontano lo stesso limite di fondo⁵⁹.

⁵³ Per questa periodizzazione CROUCH, *The Globalization Backlash*, cit., pp. 18 ss. Diversi sono i criteri storico-dogmatici che ispirano la nota periodizzazione proposta da KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in TRUBEK, SANTOS (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006, pp. 19 ss.

⁵⁴ Cfr. HEPPLE, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, 2005, pp. 5 ss.

⁵⁵ Ivi, 35.

⁵⁶ Esso stesso, secondo molti osservatori, un fattore di freno – oggi – della attività dell'OIL: v. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, cit., pp. XXXVI ss.

⁵⁷ Cfr. in generale ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, 2013, spec. pp. 189 ss.

⁵⁸ *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (per un'analisi della quale v. per tutti SERVAIS, *International Labour Law*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 99 ss.).

⁵⁹ V. in tal senso MAUPAIN, *The Future of the International Organization in the Global Economy*, Hart Publishing, 2013, pp. 225 ss.

La stessa Unione europea – che a livello regionale ha senza dubbio storicamente costituito l’espressione più avanzata e riuscita del compromesso dell’*embedded liberalism*⁶⁰, almeno sino alla metà degli anni ottanta dello scorso secolo⁶¹ – si è altrettanto rapidamente allontanata dal proprio originario paradigma di intervento nel campo delle politiche sociali e rappresenta oggi il caso forse più emblematico di mutamento costituzionale del ruolo dello Stato nell’economia, in particolare nella organizzazione dei sistemi di protezione sociale e nella regolamentazione dei rapporti di lavoro⁶². “L’Europa – è stato osservato –, oggi, definisce la natura dei nostri sistemi sociali più delle relazioni ‘interne’ fra capitale e lavoro, sovra-determinando lo spazio giuridico-politico entro cui agiscono le soggettività in conflitto e si attua il bilanciamento degli interessi. E pertanto, o i nuovi poteri transnazionali, situati al di fuori del quadro comunitario, vengono velocemente riannodati al progetto europeista, o gli Stati (e gli interessi organizzati che vivono al loro interno), e così pure i loro ordinamenti, sono destinati a manifestarsi sempre di più come entità cedevoli, ma non già per costituire una comunità più ampia fondata sulle tradizioni costituzionali comuni quanto piuttosto per ubbidire a impulsi eteroclitici funzionali alla regolazione del mercato”⁶³. Lo spazio per coltivare la legittima diversità delle forme di capitalismo democratico e dei modelli sociali nazionali – assicurato alle origini del processo integrativo e, sia pure con vincoli crescenti, ancora astrattamente preservato dal Trattato di Lisbona – è stato drammaticamente ristretto dal nuovo diritto europeo della crisi, soprattutto a scapito dei paesi “debitori” della periferia dell’eurozona⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. MECHI, *L’Organizzazione Internazionale del Lavoro e la ricostruzione europea. Le basi sociali dell’integrazione economica (1931-1957)*, Ediesse, 2012, spec. pp. 168 ss.

⁶¹ V., volendo, GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Il Mulino, 2003.

⁶² Cfr. solo STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Feltrinelli, 2013; FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Laterza, 2016.

⁶³ CARUSO, FONTANA, *Introduzione a Idd. (a cura di), Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, 2015, pp. 7 ss., qui p. 8.

⁶⁴ V. *ex multis* JOERGES, GIUBBONI, *Diritto e politica nella crisi europea*, RCD, 2016, pp. 343 ss.; GIUBBONI, *Stato sociale, integrazione e disgregazione europea*, in MASALA (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 79 ss.

5. *Diritto europeo della crisi*

Le istituzioni del *welfare* democratico nazionale – nella complessa ramificazione delle diverse tradizioni sociali, politiche e sindacali europee, essa stessa straordinariamente accresciuta dal grande allargamento ad est dell’Unione – sono indubbiamente al centro della crisi europea. Il diritto europeo della crisi – come viene ormai individuato con formula sintetica quell’insieme assai eterogeneo di misure stratificatesi a partire dal 2011 per gestire le crisi finanziarie e in particolare la crisi dei debiti sovrani – ha determinato un profondo mutamento costituzionale, che ha investito la natura, i metodi, la finalità stessa del processo integrativo, incidendo in modo decisivo sul rapporto tra costituzione economica europea e istituzioni del *welfare state* nazionale.

La nuova *governance* economica dell’Unione (e della UEM in particolare) ha stretto ancora di più la “morsa” – con effetti destabilizzanti visibili soprattutto negli Stati membri maggiormente esposti alla crisi, ma in realtà registrabili anche nei sistemi più forti, come quello tedesco⁶⁵ –, assegnando una netta priorità costituzionale ai principi cardine della *Ordnungspolitik* ordoliberal (apertura del mercato e libertà di concorrenza; pareggio di bilancio e politiche di consolidamento fiscale assicurate da rigidi meccanismi sovranazionali, sia preventivi che sanzionatori; divieto generale di *bail-out* e assistenza finanziaria subordinata al rispetto di criteri di stretta condizionalità; definizione del mandato della Banca centrale, costituzionalmente del tutto indipendente, in funzione dell’obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi). La conseguenza è che gli spazi sociali nazionali sono stati convertiti – come è stato detto – “in variabili di aggiustamento la cui funzione è quella di contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione monetaria. Ma tale trasformazione altera l’equilibrio tra la dimensione economica e quella sociale dell’ordinamento dell’Unione europea, deformando uno dei tratti essenziali della sua identità costituzionale”⁶⁶.

L’ambiente macroeconomico della eurozona è, oggi, particolarmente ostile allo Stato sociale, o almeno ad alcune varianti nazionali di tale mo-

⁶⁵ Cfr. BACCARO, HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformation European Industrial Relations since the 1970s*, Cambridge University Press, 2017, pp. 97 ss.

⁶⁶ COSTAMAGNA, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, *ELJ*, 2018, vol. 24, pp. 163 ss., qui p. 164.

dello⁶⁷. Al di là dei vincoli posti dalle regole del Patto di stabilità, che gravano notoriamente in modo profondamente asimmetrico sugli Stati membri in relazione principalmente al livello dello *stock* di debito pubblico accumulato⁶⁸, la frizione di fondo opera *sub specie* di strisciante “svuotamento”⁶⁹ dei contenuti dei processi democratici nazionali⁷⁰. Se un tempo le politiche sociali costituivano il dominio della *politics* democratica e delle decisioni di solidarietà redistributiva di governi e parlamenti nazionali, oggi le regole della *governance* economico-finanziaria europea traslano una parte sempre più significativa dei contenuti di tali processi deliberativi al livello sovranazionale. Ma questo rimane impermeabile a qualunque tentativo di democratizzazione e di istituzionalizzazione di forme di *accountability* democratica⁷¹, visto che il cuore dei processi decisionali si consuma in un inedito sistema di “federalismo esecutivo postdemocratico”⁷², che marginalizza non solo i parlamenti nazionali ma anche il ruolo dello stesso Parlamento europeo⁷³. La scissione tra democrazia e potere economico sembra essere il nuovo principio di struttura del diritto sovranazionale⁷⁴.

⁶⁷ V. principalmente FERRERA, *Rotta di collisione*, cit., pp. 50 ss.

⁶⁸ Di qui la straordinaria fragilità della posizione italiana, che ha storicamente costruito il suo peculiare modello di “democrazia distributiva” sulla crescita esponenziale del debito pubblico, nel sostanziale fallimento dei tentativi – sperimentati con alterne fortune dal 1992 – di allineare il livello dell’indebitamento complessivo a quello previsto sin dal Trattato di Maastricht: cfr. L. DI NUCCI, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell’Italia repubblicana*, Il Mulino, 2016, spec. pp. 12, 50 e 101 ss.

⁶⁹ Cfr. in generale l’ormai classico studio di MAIR, *Ruling the Void. The Hollowing out of Western Democracy*, Verso, 2013, nonché BROWN, *Undoing the Demos. Neoliberalism’s Stealth Revolution*, Zone Books, 2015.

⁷⁰ Cfr. in generale DARDOT, LAVAL, *Guerra alla democrazia. L’offensiva dell’oligarchia neoliberista*, tra. it., DeriveApprodi, 2016, spec. pp. 67 ss.; FAZI, MITCHELL, *Sovranità o barbarie*, cit., pp. 135 e 169 ss.

⁷¹ Per una proposta in tal senso (che per quanto minimale è apparsa tuttavia subito velleitaria) v. HENNETTE, PIKETTY, SACRISTE, VAUCHEZ, *Democratizzare l’Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell’Europa*, trad. it., La Nave di Teseo, 2017.

⁷² Per usare la formula di HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Laterza, 2011, pp. 43 ss.; mentre JOERGES, *Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Crisis*, in JOERGES, GLINSKI (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance*, Hart Publishing, 2014, pp. 25 ss., preferisce rifarsi a quella (di ascendenza helleriana) di “managerialismo autoritario”.

⁷³ Cfr. e.g. CRAMME, HOBOT (eds.), *Democratic Politics in a European Union under Stress*, Oxford University Press, 2015.

⁷⁴ BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2018, III, pp. 1 ss., spec. pp. 43 ss.

Ma è a ben vedere la stessa “costituzione microeconomica” dell’Unione⁷⁵ – ovvero le regole del mercato interno – ad esercitare una pressione inusitata, e parimenti trasversale, sui sistemi di *welfare* e di diritto del lavoro degli Stati membri. Le libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati hanno profondamente ridisegnato le regole del gioco cui rimangono tendenzialmente assoggettati gli stessi sistemi di protezione sociale degli Stati membri, che pure mantengono un certo grado di autonomia nell’organizzazione dei rispettivi regimi in quanto deputati a perseguire obiettivi di interesse generale. Nondimeno, anche su questo piano la consacrazione del primato della libertà d’impresa⁷⁶, con il corollario di una tendenziale costituzionalizzazione del principio della libertà contrattuale (datoriale) alla luce dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁷⁷, incide potenzialmente in profondità sugli spazi di autonomia un tempo garantiti ai legislatori nazionali nel disegnare i regimi protettivi dei rapporti di lavoro.

Nel tentativo di una concettualizzazione unitaria dei meccanismi di governo dell’economico e del sociale operanti oggi all’interno dell’Unione europea, Luca De Lucia ha fatto ricorso alle categorie foucaultiane del “pastorato” e del “disciplinamento”⁷⁸. La figura del pastorato appare particolarmente adatta a descrivere la logica operativa del nuovo diritto europeo della crisi, nella sua pretesa totalizzante a farsi precetto minuto e quotidiano dei comportamenti virtuosi di ogni singola unità (in primo luogo statale) operante nel sistema. Il pastorato condensa infatti “un insieme di tecnologie incentrate su un regime di verità, finalizzate ad assistere, persuadere e indirizzare le condotte di coloro che vi sono assoggettati in vista della loro stessa salvezza”⁷⁹. La dimensione più coercitivo-imperativa del disciplinamento – pure esaltata dalle regole della nuova *governance* dell’Unione – ha ragione di intervenire solo ove uno Stato si discosti dallo (o addirittura osi

⁷⁵ Per questa nozione TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2015, pp. 127 ss.

⁷⁶ Cfr. diffusamente SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Il Mulino, 2015, spec. pp. 157 ss.

⁷⁷ V. in particolare le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea nella cause C-426/11, *Alemo-Herron*, e C-201/15, *AGET Iraklis* (su cui *amplius* GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Cedam, 2017, pp. 55 ss.).

⁷⁸ DE LUCIA, “Pastorato” e “disciplinamento” nella *governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, DP, 2015, pp. 867 ss.

⁷⁹ Ivi, p. 882.

mettere in discussione lo)⁸⁰ specifico regime di verità introiettato dal sistema, contestando la pretesa di “veridizione” del mercato⁸¹.

6. *Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa*

Diventa allora agevole, su queste premesse analitiche, comprendere le ragioni di fondo – strutturali – che hanno impedito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e più in generale alle carte che affollano (non di rado sovrapponendosi e intersecandosi) lo spazio giuridico dell’Europa contemporanea, di mantenere le tante promesse suscitate sin dalla solenne proclamazione fattane a Nizza all’alba del nuovo millennio⁸². Il processo di “costituzionalizzazione” dei diritti sociali al livello dell’ordinamento euro-unitario – culminato con l’attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) – non è infatti, e con ogni evidenza, riuscito a garantire il risultato più rilevante per il quale era stato immaginato, vale a dire ridurre la storica asimmetria tra logica del mercato integrato e protezione (anche) sovranazionale dei diritti di “solidarietà”⁸³.

⁸⁰ Come ha ad un certo punto tentato di fare maldestramente il Governo italiano in carica con l’iniziale disegno della legge di bilancio 2019.

⁸¹ FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it., Feltrinelli, 2005, pp. 35 ss., il quale riferisce all’ordoliberalismo tedesco la più compiuta espressione di tale concezione. Sono infatti gli ordoliberali tedeschi a chiedere “all’economia di mercato di fungere, di per sé, non tanto da principio di limitazione dello stato, bensì da principio di regolazione interna dello stato, in tutta l’estensione della sua esistenza e della sua azione. In altri termini, invece di accettare una libertà di mercato, definita dallo stato e mantenuta in qualche modo sotto sorveglianza statale [...], gli ordoliberali sostengono che bisogna rovesciare interamente la formula e porre la libertà di mercato come principio organizzatore e regolatore dello stato, dall’inizio della sua esistenza sino all’ultimo dei suoi interventi. Detto altrimenti: uno stato sotto la sorveglianza del mercato, anziché un mercato sotto la sorveglianza dello stato” (ivi, p. 108). La preveggenze lezione di Foucault è ripresa e sviluppata – con una riproposizione aggiornata della comparazione tra neoliberalismo nordamericano e ordoliberalismo tedesco (che proprio nelle regole della *governance* economica europea trovano un singolare punto d’incontro) – da DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Quodlibet, 2017, pp. 48 ss.

⁸² Cfr. LO FARO, *L’Europa sociale senza la Carta. L’Europa sociale oltre la Carta?*, DLRI, 2018, pp. 761 ss.

⁸³ V. pure GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between “the Market” and “the Social” in the European Union*, *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, pp. 23 ss.; ROBIN-OLIVIER, *Fun-*

Non è un caso che le istituzioni sovranazionali abbiano avvertito l'esigenza di rilanciare almeno simbolicamente la dimensione sociale dell'Unione con la solenne proclamazione inter-istituzionale di un Pilastro europeo dei diritti sociali in occasione del vertice di Göteborg del novembre 2017: una sorta di pubblica manifestazione di attaccamento ai valori sanciti in particolare dal titolo IV della Carta di Nizza che suona, però, al contempo, come confessione del loro tradimento nei fatti negli anni della lunga crisi dell'Unione. Un atto di impegno solenne (ancorché non vincolante sul piano giuridico) e, insieme, una pubblica manifestazione di impotenza, potendosi esprimere fondati dubbi, come si è fatto altrove⁸⁴, che una tale iniziativa possa effettivamente sortire l'effetto di favorire un riequilibrio tra dimensione economica e dimensione sociale dell'integrazione europea.

Nell'eludere la questione di fondo della riforma della *governance* economico-finanziaria dell'Unione come asimmetricamente ridisegnata dal *Fiscal Compact*, il Pilastro, d'altra parte, assai difficilmente potrà avere un qualche influenza (oltre, appunto, che sulle politiche effettivamente attuate) sugli stessi orientamenti della Corte di giustizia. Quest'ultima, peraltro, ha più recentemente dato qualche timido segnale di temperamento del rigido dogmatismo neoliberale che ha dominato l'intera sua giurisprudenza della crisi, a partire dalle famose sentenze *Laval* e *Viking* della fine del 2007⁸⁵.

Con le recenti sentenze *Florescu*⁸⁶ e *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*⁸⁷, la Corte di giustizia sembra aver almeno parzialmente superato, o per lo meno ridimensionato, l'orientamento che sino a ieri escludeva, in pratica, la possibilità di sindacare alla stregua dei parametri rivenienti dai diritti fondamentali garantiti dall'Unione misure sociali restrittive adottate dagli Stati membri nell'ambito di politiche di consolidamento fiscale "negoziate" con le (ma *de facto* imposte dalle) istituzioni sovranazionali.

Ma è bene rammentare che si tratta di orientamenti ancora molto timidi

damental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis, ivi, 2018, vol. 14, pp. 96 ss.; DAVIES, *How Has the Court of Justice Changed its Management and Approach towards the Social Acquis?*, ivi, pp. 154 ss.

⁸⁴ GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, QC, 2017, pp. 909 ss.; ID., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, PD, 2018, pp. 557 ss.

⁸⁵ Cause, rispettivamente, C-341/05 e C-438/05. Esiste come ben noto un'amplissima letteratura (prevalentemente critica) su queste sentenze: v. per tutti FREEDLAND, PRASSL (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2016.

⁸⁶ Causa C-258/14.

⁸⁷ Causa C-64/16.

e che le ragioni di fondo della asimmetria costituzionale tra logica del mercato (libertà economiche e istanze “pastorali” o “disciplinari” di consolidamento fiscale) e diritti sociali non sono realmente affrontate dal Pilastro proclamato a Göteborg, che sembra per contro pensato piuttosto per eluderle (a garanzia di uno *status quo* reputato fondamentalmente vantaggioso dal blocco dei paesi “creditori” guidato dalla Germania).

In mancanza di politiche sociali sovranazionali, il difficile compito di fornire le necessarie risposte di protezione sociale senza scardinare i meccanismi di integrazione – nel mercato interno come in quello globale – è dunque ancora una volta rimesso allo Stato. Ma poiché ciò genera inevitabili tensioni tra le due opposte logiche, è inevitabile che, per svolgere la propria funzione di protezione sociale, almeno entro certi limiti lo Stato debba riaffermare istanze di chiusura contro la logica della concorrenza e della competizione regolativa nel mercato aperto. Il “trilemma della globalizzazione” – come ha dimostrato Dani Rodrik⁸⁸ – non offre soluzioni alternative: se non si intendono sacrificare del tutto i principi fondamentali di democrazia politica e si vuole ad un tempo preservare l’autodeterminazione degli Stati, è necessario che questi ultimi reintroducano (o mantengano, dove ancora non hanno abdicato al potere di stabilirli, come in materia di immigrazione per motivi economici alla stregua del diritto internazionale generale) dei limiti alla libertà di circolazione dei “fattori produttivi” (merci, capitale e – inevitabilmente – lavoro).

Lo stesso diritto euro-unitario – nella sostanziale impossibilità per l’Unione di garantire *standard* minimi comuni ai ventotto (e presto ai ventisette) Stati membri – si è visto costretto a riconoscere spazi maggiori per la legittima protezione dei mercati (e, in definitiva, degli ordinamenti) del lavoro nazionali contro il gioco della competizione regolativa e del *dumping* salariale alimentato dal dispiegarsi delle libertà economiche nel mercato interno dei servizi. La recente direttiva 2018/957/UE, di revisione della direttiva 96/71/CE in tema di distacco nell’ambito di una prestazione di servizi, nel ristabilire un obbligo di tendenziale parità di trattamento retributivo nei confronti dei lavoratori distaccati, ripristina a ben vedere – almeno in parte – una sorta di “scudo protettivo” del diritto del lavoro nazionale contro la concorrenza al ribasso sul costo del lavoro nel mercato interno⁸⁹. Ma si tratta di spazi di protezione – e

⁸⁸ RODRIK, *The Globalization Paradox*, cit., pp. 184 ss.

⁸⁹ Cfr. GIUBBONI, ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, DLRI, 2018, pp. 907 ss.

se si vuole di istanze protezionistiche, visto che i sistemi di solidarietà collettiva vengono qui per l'appunto invocati come scudo protettivo contro la concorrenza regolativa e il *dumping* salariale transnazionale⁹⁰ – che si espongono a immediate contestazioni in nome del libero esercizio della prestazione dei servizi e della libertà d'impresa nel mercato unico⁹¹. Come sta avvenendo proprio nel caso della nuova direttiva sul distacco, contro la cui revisione ha difatti subito presentato ricorso per annullamento l'Ungheria⁹², che rappresenta peraltro una posizione largamente condivisa dai paesi dell'Europa dell'Est, i principali beneficiari della giurisprudenza *Laval*.

7. Attori collettivi transnazionali alla (difficile) ricerca di un ruolo

Nella crescente frammentazione dei regimi internazionali⁹³, il tentativo di frapporre limiti sociali, a tutela dei diritti dei lavoratori, alla invadenza del gioco competitivo globale non si svolge peraltro soltanto – e con le difficoltà rilevate – al livello degli Stati. Anche gli attori collettivi che si muovono nella dimensione transnazionale – federazioni sindacali internazionali, comitati aziendali istituiti nelle grandi imprese multinazionali (europee), organizzazioni non governative – hanno da tempo messo in campo strategie volte a contrastare le conseguenze deteriori e più deleterie della concorrenza globale, per promuovere – dal basso e in forma reticolare – una embrionale dimensione sociale della globalizzazione. Tali strategie soffrono, tuttavia, come è intuibile, di limiti ancor più penetranti, anzitutto sul piano della effettività, di quelli che affliggono l'azione degli Stati.

La stessa contrattazione collettiva transnazionale – che pure ha conosciuto in questi anni un certo sviluppo grazie al sostegno indirettamente derivante dalla direttiva sui comitati aziendali europei – costituisce fenomeno a ben vedere ancora marginale⁹⁴, che non riesce – allo stato – ad arricchire

⁹⁰ Cfr. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, QC, 2018, pp. 585 ss.

⁹¹ Cfr. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.

⁹² V. il ricorso proposto il 2 ottobre 2018 dall'Ungheria nei confronti del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea, causa C-620/18.

⁹³ Cfr. FERRARESE, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, SM, 2017, pp. 79 ss.

⁹⁴ Cfr. più di recente GUARRIELLO, STANZANI (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali. Dalla normativa internazionale all'analisi empirica*, Franco Angeli, 2018.

con contenuti di tutela effettivamente innovativi le pratiche di “responsabilità sociale” delle imprese multinazionali (esse stesse, peraltro, il più delle volte di assai discutibile rilievo effettivo)⁹⁵. L’elemento di maggior debolezza rimane la dimensione fondamentalmente volontaria – cioè non vincolante, opzionale, quando non meramente ottativa e aspirazionale – dei contenuti degli accordi collettivi transnazionali (*transnational company agreements*), come già dei codici di condotta delle imprese multinazionali⁹⁶. Ed è significativo che le proposte volte a introdurre un quadro giuridico vincolante, seppure solo opzionale, per dare a tali accordi una maggiore effettività⁹⁷, abbiano incontrato una accoglienza e un sostegno piuttosto blandi da parte della stessa Confederazione europea dei sindacati: un appoggio flebile che si è dimostrato evidentemente insufficiente a contrastare la decisa (e decisiva) opposizione “di principio” delle organizzazioni datoriali.

Non si può del resto sottacere che il limite principale – il limite strutturale, diremmo nuovamente – di tali incipienti forme di traslazione sul piano transnazionale di pratiche, per quanto minimali e solo embrionali, di contrattazione collettiva sia costituito dalla assenza (o comunque dalla oggettiva difficoltà di emersione) di un vero e proprio interesse collettivo unitariamente articolabile a tale livello. Non è un caso che a manifestare un qualche segnale di vitalità siano essenzialmente le pratiche negoziali che si svolgono a livello dei gruppi multinazionali in cui sono attivi i comitati aziendali previsti dalla direttiva 2009/38/CE (di rifusione della originaria direttiva 94/45/CE). La contrattazione collettiva di settore – che pure gode da oltre

⁹⁵ Per un riepilogo delle questioni v., da ultimo, CONTE, *L’impresa responsabile*, Giuffrè, 2018, e, in precedenza, PERULLI A. (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese. Idee e prassi*, Il Mulino, 2013.

⁹⁶ Per uscire da una tale dimensione – e restituire effettività (e coercibilità) agli impegni al rispetto dei diritti umani e degli *standard* fondamentali in materia di protezione dei lavoratori –, si rivela alla fine sempre necessario l’intervento dello Stato, come dimostra la recente legge francese relativa alla vigilanza sulle imprese multinazionali aventi sede legale in Francia (*Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre*, n. 2017-399, del 27 marzo 2017). V. ADDANTE, *Obblighi di due diligence per le imprese multinazionali francesi nel difficile bilanciamento tra profitto e responsabilità*, in *Diritti Comparati* (disponibile in <http://www.diritti-comparati.it>).

⁹⁷ Cfr. SCIARRA, FUCHS, SOBCZAK, *Verso un quadro giuridico per gli accordi transnazionali d’impresa. Rapporto alla Confederazione europea dei sindacati*, QRS, 2014, pp. 153 ss. [ed ivi, pp. 143 ss., la mia nota introduttiva: *Come (e perché) sostenere la contrattazione collettiva transnazionale d’impresa in Europa*]. Ma v. già prima ALES et al., *Transnational Collective Bargaining. Past, Present and Future*, Bruxelles, 2005.

vent'anni del sostegno istituzionale della Commissione europea, in forza di previsioni normative che il Trattato di Lisbona ha, almeno sulla carta, persino potenziato – rimane fenomeno sostanzialmente asfittico, la cui resilienza è stata peraltro messa a dura prova dalla recente crisi economica⁹⁸.

D'altra parte, è l'intera impalcatura istituzionale dell'Unione europea a rivelare un *deficit* decisivo, che costituisce anzi la più vistosa contraddizione rispetto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri⁹⁹. L'articolo 153, par. 5, del TFUE continua infatti ad escludere espressamente dalla competenza legislativa unionale in materia di politica sociale le retribuzioni, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e la serrata, vale a dire il “nucleo duro” di qualunque sistema di relazioni sindacali. Nonostante la previsione contenuta nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, infatti, “un ostacolo istituzionale all'affermarsi della contrattazione comunitaria è rappresentato dalla incertezza dello statuto giuridico europeo dello sciopero”¹⁰⁰.

Tale contraddizione – nel dissociare il conflitto collettivo dalla contrattazione (come avvenuto paradigmaticamente nei casi *Laval* e *Viking*) – potrà pure essere ritenuta coerente con l'idea, dominante oggi nel disegno costituzionale dell'Unione, che il sindacato sia null'altro che uno *stakeholder*, al pari di altri attori collettivi, del complesso sistema di *governance* (tecnocratica e post-democratica) cui è affidato il compito di gestire l'integrazione economico-finanziaria, garantendone il corretto funzionamento “conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (come recita l'art. 119, par. 1 e 2, TFUE). Ma questa idea – di un “governo senza regole o senza diritto, o meglio di governo mediante *soft law*, vale a dire mediante provvedimenti o *standards* manageriali o aziendali opportunisticamente o strumentalmente legati al raggiungimento di un risultato, *Zweckorientiert*, non vincolati a principi o valori normativi”¹⁰¹ – ci appare fondamentalmente incompatibile con l'essenza stessa della contrattazione collettiva, che è espressione di autonomia negoziale e quindi di libertà

⁹⁸ Cfr. GIUBBONI, *L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1 del 2019, pp. 59 ss.

⁹⁹ “A contradiction at the heart of the Community”: LORD WEDDERBURN, *Employment Rights in Britain and Europe*, London, 1991, pp. 332–333. V. anche SCIARRA, *Social Values and the Multiple Sources of European Social Law*, ELL, 1995, vol. 1, n. 1, pp. 60 ss., spec. p. 78.

¹⁰⁰ TREU, *La contrattazione collettiva in Europa*, DRI, 2018, pp. 371 ss., qui p. 397.

¹⁰¹ LA TORRE, *Miseria del costituzionalismo globale*, MCG, 2017, fasc. 1, pp. 31 ss., qui p. 33.

sociale, e in definitiva spiega il sostanziale fallimento del tentativo, per come si è svolto sino ad oggi, di incoraggiarne lo sviluppo oltre i confini degli Stati nazionali.

8. Conclusioni (con qualche provocazione per il dibattito)

Come ha recentemente ricordato Treu, la proiezione delle norme di diritto del lavoro oltre i confini nazionali “trova un limite di efficacia nel fatto che gli strumenti di definizione e di implementazione delle regole dipendono ancora dalla autorità e dai poteri statali”¹⁰². La conclusione cui si deve pervenire, allora, è che “l’azione degli Stati è importante, anzi necessaria, per fronteggiare gli effetti negativi che una globalizzazione non regolata può avere sulle condizioni di vita e sulla stessa identità dei cittadini. Non aver fatto abbastanza per proteggere i cittadini e i lavoratori, specie quelli che sono stati definiti i perdenti della globalizzazione, ha alimentato le proteste e le reazioni popolari di stampo populista e nazionalista, diffuse in molti paesi e che si sono scaricate sulla politica”¹⁰³.

Occorre anzi avere l’onestà di riconoscere che l’aver sottovalutato queste diffuse e motivate istanze di protezione sociale è stato un errore fatale per la sinistra¹⁰⁴, che deve a questa grave responsabilità buona parte delle ragioni del suo tracollo in tutta Europa¹⁰⁵. È questo un fallimento di portata storica, che getta un’ombra inquietante sul futuro dell’integrazione europea. Rimediarevi è molto difficile: “il vuoto lasciato dalle sinistre è stato riempito dal populismo. E questo perché la lettura meramente finanziaria da parte del pensiero economico neoliberalista è stata funzionale alle politiche di austerità volte a non intaccare l’attuale modello e a far pagare la crisi alla classe media e ai lavoratori. Ne è scaturito che, per la debolezza critica di un riformismo

¹⁰² TREU, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT/371-2018, p. 21.

¹⁰³ Ivi, p. 22.

¹⁰⁴ Ma è deriva che coinvolge l’intero Occidente democratico, come dimostrano gli Stati Uniti di Trump e, ora, il Brasile di Bolsonaro. Cfr. RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., pp. 261 ss.; STRECK, *Taking Back Control? The Future of Western Democratic Capitalism*, in *Efil Journal of Economic Research*, 2018, vol. 1, n. 3, pp. 30 ss.

¹⁰⁵ Lo riconosce ora senza infingimenti OCCHETTO, *La lunga eclissi. Passato e presente del dramma della sinistra*, Sellerio, 2018.

minimalista, ci siamo trovati davanti a uno scherzo della storia che sfiora il paradosso: la risposta è infatti venuta da una rivolta populista e di destra, facilitata dalla corresponsabilità di gran parte della sinistra nell'accettazione, a volte compartecipe e a volte silente, del paradigma neoliberista¹⁰⁶.

Non sbaglia, allora, chi – invocando un riformismo radicale e un “populismo di sinistra”¹⁰⁷ – indica nel ribaltamento del paradigma neoliberista la via maestra per ripensare la globalizzazione in una prospettiva di giustizia e progresso sociale. Ciò a partire da una riscoperta delle virtù rimosse del conflitto sociale¹⁰⁸, fenomeno quasi tabuizzato dalla logica (sotto questo profilo profondamente e schiettamente antidemocratica) della *governance* economica europea¹⁰⁹. La macchina governamentale europea è innegabilmente pensata per neutralizzare il conflitto distributivo (tra Stati membri, regioni, e in definitiva tra gruppi e categorie sociali), erigendo una fitta trama di vincoli tecnici e regole numeriche – eppure intensamente caratterizzare sul piano politico-ideologico nel favorire gli interessi (nazionali ed economici) dominanti – aventi la pretesa di predeterminare, in larga parte, gli esiti di quel conflitto¹¹⁰. Ma è più in generale la dinamica della globalizzazione ad aver spiazzato le forme tradizionali di rivendicazione e conflitto collettivo.

È necessario esplorare forme nuove – volte a ripristinare una capacità di azione collettiva estesa oltre i confini nazionali e in certo modo socialmente trasversale – come ad esempio quella (suggerita da Supiot) di “*formes d'action collectives ternaires, qui mobilisent aussi les consommateurs ou les investisseurs et sont une arme adaptée aux formes actuelles d'exercice de la liberté d'entreprendre. Et ouvrir ainsi largement la palette d'actions collective internationales, susceptibles de faire contrepoids à la libre circulation des marchandises et de capitaux*”¹¹¹. Le recenti azioni di sciopero contro Ryanair, efficacemente coordinate a livello europeo, segnalano le indubbie potenzialità del conflitto collettivo in Europa, pur a

¹⁰⁶ Ivi, p. 15.

¹⁰⁷ MOUFFE, *For a Left Populism*, Verso, 2018.

¹⁰⁸ Del conflitto sociale, come forma più ampia e comprensiva di quello propriamente collettivo, e dunque oltre il perimetro e la capacità di mobilitazione dei sindacati, indubbiamente indeboliti in questi anni: cfr. ORLANDINI, *Conflitto collettivo*, in *ED - Annali*, vol. IX, 2016, pp. 95 ss.

¹⁰⁹ Cfr. GUAZZAROTTI, *La subordinazione degli Stati*, cit., p. 390, e SOMMA, *Verso il postdiritto?*, cit., pp. 90 ss.

¹¹⁰ Cfr. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Course au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, 2015, pp. 243 ss.

¹¹¹ SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie*, cit., p. 141.

fronte della ambiguità e della rilevata debolezza del quadro normativo sovranazionale.

Se è necessario allargare i confini delle forme di solidarietà collettiva¹¹², costruendo una capacità di azione transnazionale virtualmente simmetrica alla apolidia e alla illimitata libertà di movimento di imprese e capitali, occorre però anche avere la consapevolezza delle grandi difficoltà e – nuovamente – dei limiti strutturali che condizionano siffatta prospettiva. Immaginare di ripristinare a livello sovranazionale, anche soltanto in Europa, e ancor più sul piano di una futuribile *governance* globale, una effettiva capacità di controllo sociale e democratico dei mercati, senza investire di questa missione fondamentale in primo luogo le istituzioni dello Stato nazionale, sarebbe semplicemente sbagliato, prima che illusorio. Come ha efficacemente osservato Dani Rodrik, “*the problem with hyperglobalization is not just that it is an unachievable pipe dream susceptible to backlash – after all, the nation-state remains the only game in town when it comes to providing the regulatory and legitimizing arrangements on which markets rely*”¹¹³.

Occorre allora ripartire dall’assunto che gli Stati nazionali “*have the right to protect their own regulations and institutions*”¹¹⁴. Evocare lo spettro del protezionismo sarebbe sbagliato: non si tratta di proteggere i sistemi economici nazionali mettendo in crisi il commercio internazionale¹¹⁵, ma – più al fondo – di riaffermare quella pretesa di controllo democratico dei mercati (anzitutto a garanzia del corretto funzionamento dei sistemi di *welfare* e di protezione

¹¹² Cfr. anche SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, 2018, pp. 91 ss.

¹¹³ RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 13.

¹¹⁴ Ivi, p. 224.

¹¹⁵ Occorre del resto rammentare con franchezza che la grande ascesa della Cina come potenza industriale e commerciale ha potuto contare su un sistema di politiche neomercantilistiche ancora oggi largamente in piedi (RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 135). E che – guardando alla iper-globalizzazione europea – lo straordinario successo della Germania come potenza esportatrice non sarebbe stato possibile (di certo non nelle dimensioni che ha avuto specie dopo il 2009) senza una costituzione macroeconomica ritagliata su misura degli interessi di quel paese. In particolare, come spiega MINENNA (*Il non detto sul surplus della Germania, Il Sole 24 Ore* di domenica 10 febbraio 2019), il gigantesco avanzo commerciale tedesco non sarebbe stato possibile, in questi anni, senza il doppio rilevantissimo vantaggio competitivo derivante da una “germanizzazione dei tassi di interesse (cioè la convergenza dei tassi dei vari paesi membri verso quelli tedeschi)” e da “un’italianizzazione dei tassi di cambio per l’economia tedesca”, che le ha permesso “di operare con una valuta molto meno forte del marco per via della commistione con valute deboli come la lira”.

sociale e del lavoro) che è la ragion d'essere delle democrazie costituzionali d'Occidente. Ciò va oltre la questione dell'utilizzo di misure *anti-dumping*: “*the fairness argument extends beyond the dumping arena*”¹¹⁶.

L'argomento che potremmo chiamare della qualità democratica della globalizzazione esige infatti che gli Stati democratici debbano avere il potere di preservare la propria autonomia, non essendo accettabile che essa possa essere limitata – nella competizione economica internazionale – a vantaggio di sistemi che non rispettano i principi democratici e i diritti fondamentali dei lavoratori. È quindi dallo Stato nazionale che occorre ripartire per immaginare un diritto del lavoro oltre i suoi confini.

¹¹⁶ Ancora RODRIK, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 229.

Abstract

Il saggio propone una mappa delle principali questioni regolative e politiche sollevate dal controverso rapporto tra diritto del lavoro e globalizzazione, sottolineando la perdurante centralità del ruolo degli Stati nazionali.

This article offers a critical overview of the issues arising from the complex relationship between labour law and globalisation, stressing the enduring relevance of the regulative role played by the nation States.

Key words

Diritto del Lavoro, globalizzazione, ILO, Unione Europea.

Labour law, globalisation, International Labour Organisation, European Union.

Laura Tebano

Delocalizzazioni, occupazione e aiuti di Stato nel “Decreto Dignità”

Sommario: **1.** Introduzione: lo scenario. **2.** La delimitazione del campo di applicazione: alcune questioni preliminari. **3.** *Segue.* Gli aiuti per investimenti produttivi nel panorama europeo: un modello disomogeneo. **4.** Gli aiuti con impatto occupazionale: quale nesso con i modelli sovranazionali? **5.** L’ambito di applicazione oggettiva delle disposizioni nazionali. **6.** Qualche considerazione conclusiva.

1. *Introduzione: lo scenario*

Sulla scia dei precedenti sperimentati a livello nazionale e nell’ambito della legislazione regionale, il Governo ha introdotto due norme volte a contrastare taluni processi di delocalizzazione e di riduzione dell’occupazione, e segnatamente quei processi di frammentazione organizzativa e di contrazione degli organici messi in atto da imprese che abbiano beneficiato di aiuti di Stato. Tale intervento ha avuto un’enorme risonanza mediatica e ha suscitato reazioni disomogenee. Presentato dagli artefici come risposta alla scarsa efficacia e al ridotto ambito applicativo dei divieti contenuti nella legge di stabilità 2014¹, lo stesso è stato da taluno inteso come una spallata indiscriminatamente punitiva delle scelte imprenditoriali, priva di un doveroso *distinguo* tra operazioni fisiologiche e selvagge scomposizioni del ciclo produttivo²; da altri come un primo positivo tentativo di arginare un fenomeno negativo per l’economia e l’occupazione in Italia³.

¹ Cfr. *Relazione illustrativa del “Decreto Dignità” dei lavoratori e delle imprese*, bozza del 26 giugno 2018.

² *Audizione Confindustria - Camera dei Deputati*, 18 luglio 2018.

³ *Audizione CGIL - Camera dei Deputati*, 17 luglio 2018.

La nuova disciplina sicuramente risente di una redazione alquanto convulsa e di una certa smania di lanciare segnali di svolta dal suono deciso e rumoroso (più che preciso e nitido), ma è ancora troppo presto per azzardare pronostici o bilanci, che inevitabilmente assumerebbero i caratteri della provvisorietà. Viceversa si palesa utile il tentativo di inquadrare le disposizioni in esame sullo sfondo dei modelli politico-economici che campeggiano sulla scena moderna; ciò al fine di mettere a fuoco i tratti più significativi delle nuove previsioni e provare a rintracciare la logica di fondo che ha guidato le scelte del Governo.

In tale ottica di ricognizione va segnalata un'inversione del processo di ascesa dell'ideologia neoliberale, dominante nell'ultimo terzo del '900 e nel primo decennio del nuovo secolo. Un simile declino deriva sicuramente dai numerosi guasti che tale ideologia ha provocato tanto sul versante della recessione economica, quanto sul piano della crescita delle diseguaglianze, sconfessando il mantra secondo cui "la ricchezza di pochi avvantaggia tutti"⁴. Come ha osservato Luciano Gallino a proposito del fallimento degli assiomi delle teorie neoliberali: "la globalizzazione fondata su massicci investimenti diretti all'estero e le delocalizzazioni che ne sono derivate hanno soppresso milioni di posti di lavoro negli Usa, Regno Unito, Germania, Francia, Italia e altri Paesi, provocando in essi una marcata deindustrializzazione"⁵.

Quanto alla globalizzazione sembra qui sufficiente ricordare che il superamento del paradigma territoriale dell'economia ha avuto un'inevitabile risonanza sul carattere statutale della produzione giuridica in generale e della disciplina lavoristica in particolare⁶. Essa ha disvelato drammaticamente i rischi di deresponsabilizzazione delle imprese e la necessità di ricorrere al principio di solidarietà "pour faire face aux problèmes écologiques, sociaux et monétaires

⁴ Cfr. BAUMAN, "La ricchezza di pochi, avvantaggia tutti" Falso!, Laterza, 2013.

⁵ Così GALLINO, *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*, Einaudi, 2013, p. 256. Sulle contraddizioni del sistema economico globale al crepuscolo del matrimonio tra democrazia e capitalismo, v. da ultimo MARTELLONI, *Il colpo di Stato di banche e governi. Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Wolters Kluwer, 2018, p. 13.

⁶ Sul punto v. da ultimo BANO, *Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro*, LD, 2017, p. 16. Sui percorsi regolativi adottati dalle imprese multinazionali, v. BRINO, *Hard and Soft Law Instruments for Regulating Multinational Enterprises: an Uphill Struggle towards Global Responsibility?*, in ALES, BASENGHI, BROMWICH, SENATORI (a cura di), *Employment Relations and Transformation of the Enterprise in the Global Economy*, Collana Fondazione Biagi, Giappichelli, 2015.

*engendrés par la globalisation et tracer ainsi les voies d'une véritable mondialisation, c'est -à- dire d'une civilisation du processus de globalisation*⁷.

Quanto alle delocalizzazioni, i sofisticati modelli organizzativi escogitati per incrementare la capacità competitiva hanno innescato un perverso meccanismo di concorrenza tra sistemi normativi finalizzato ad attrarre investimenti e/o a contrastare la fuga delle imprese verso aree geografiche a minor costo del lavoro⁸. Così, la complessità delle moderne dinamiche organizzative ha prodotto il duplice effetto di distorcere l'immagine dell'impresa (e del suo “interesse”) che viene accostata a “una *black box*, inaccessibile e non condizionabile, immersa nell'opacità del processo produttivo e delle sue logiche impenetrabili”⁹ e di azionare un consistente meccanismo di *dumping* normativo. Come ha in proposito osservato Catherine Barnard, infatti, “*social policy is the area where concerns about race to the bottom have been most clearly articulated and there are inevitable overlaps between employment law and company law*” dal momento che “*the Member States are using regulation or rather deregulation of labour standards as a tool of competition*”¹⁰. Il che trova conferma nella progressiva apertura alla logica del calcolo per verificare in quale misura la normativa nazionale risulti sintonica con i desiderata delle imprese e ne favorisca l'insediamento. Basti pensare in generale al rapporto *Doing Business* e in particolare alla sua versione 2018 ove, nel classificare l'attrattività delle

⁷ Cff. SUPLOT (sous la direction de), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015, p. 25.

⁸ Sulla liberalizzazione dei processi di esternalizzazione in Italia ad opera del legislatore del 2003 v. DE LUCA TAMAJO, *Ragioni e regole del decentramento produttivo*, in *DRI*, 2005, p. 307 secondo cui “ad una valutazione comparativa l'Italia presenta ancora oggi livelli di esternalizzazione decisamente bassi (23 miliardi di euro di valore annuo dei servizi esternalizzati nel 2003, contro i 448 per gli Stati Uniti e i 343 per l'Europa, con uno scarto negativo notevole rispetto a Gran Bretagna e Germania): una riduzione dei vincoli normativi in materia, lungi dall'essere anacronistica, restituisce al nostro sistema industriale una importante leva di competitività, particolarmente necessaria in una fase di evidente e pericoloso declino”. E v. anche ID., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, 2007, p. 3 ss.; PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, *ivi*, p. 29 ss.

⁹ Cff. PERULLI, *L'idea del diritto del lavoro, oggi*, in PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, Cedam, 2016, LV. Per un invito a guardare dentro la scatola nera e a costruire modelli teorici convalidati da analisi empiriche v. BARBERA, *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavorista*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 673 s.

¹⁰ BARNARD, *Social dumping and race to the bottom: some lessons for the European Union from Delaware?*, in *European Law Review*, 2000, p. 57 ss.; EAD., *Social Dumping or Dumping Socialism?*, in *The Cambridge Law Journal*, 2008, vol. 67, No. 2, p. 262 ss.

discipline nazionali sulla base (anche) della *Labor market regulation*, viene segnalato come indice di progresso e frutto della collaborazione con l'ILO il passaggio da una valutazione della flessibilità della regolazione lavoristica basata esclusivamente su *the hiring and redundancy of employees and the scheduling of working hours* all'inclusione di fattori quali *the availability of at least five fully-paid days of sick leave a year, length of paid maternity leave, unemployment protection, gender nondiscrimination in hiring and equal remuneration for work of equal value*¹¹. Questi ultimi, beninteso, indiscriminatamente accorpati sotto l'unica voce *Job quality* ...

Il declino dell'ideologia neoliberista e l'esigenza di superare il *dumping* normativo o, per riprendere l'espressione di Supiot, il *darwinismo* normativo¹² ha massicciamente condizionato le più recenti elaborazioni teoriche generando voci di dissenso e rigurgiti di protezionismo.

Allo scetticismo di Dani Rodrik nei confronti della globalizzazione e al suo noto *trilemma dell'economia mondiale*¹³ si affianca così la più intransigente posizione di Ha-Joon Chang secondo cui il libero commercio, senza alcuna protezione, agevola i più forti: "i paesi ricchi costringono quelli in via di sviluppo ad aprire le frontiere esponendo le loro economie alle forze della competizione globale, condizionandoli con aiuti bilaterali e prestiti dalle istituzioni internazionali (FMI e Banca Mondiale) sotto il loro controllo e sfruttando l'influenza ideologica esercitata attraverso il dominio intellettuale"¹⁴. Secondo l'economista "malgrado la retorica della globalizzazione, la nazionalità di un'impresa è ancora la chiave per decidere dove verranno localizzate le attività di più alto livello"; e aggiunge "mentre è sbagliato un rifiuto cieco del capitale estero, sarebbe molto ingenuo delineare politiche economiche sulla base del mito che il capitale non ha più radici nazionali"¹⁵. E alla severa diagnosi si accompagna una drastica terapia: occorre ripensare il ruolo dello Stato, "l'intervento del governo, se correttamente studiato e

¹¹ Si tratta, come noto, del rapporto annuale della *World Bank Group*. Vedilo in <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2018>.

¹² SUPIOT, *Le droit du travail bradé sur le «marché des normes»*, in *DS*, 2005, p. 1987 ss.

¹³ Cfr. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, 2011 secondo cui esiste un'incompatibilità tra democrazia, autodeterminazione nazionale e globalizzazione economica. E v. da ultimo ID., *Straight Talk on Trade: Ideas for a Sane World Economy*, Princeton University Press, 2017.

¹⁴ Cfr. CHANG, *23 cose che non ti hanno mai detto sul capitalismo*, il Saggiatore, 2010, p. 80. Nello stesso senso già ID., *Cattivi samaritani. Il mito del libero mercato e l'economia mondiale*, Università Bocconi, 2008.

¹⁵ Cfr. CHANG, *23 cose*, cit., p. 93 ss.

realizzato può aumentare il dinamismo economico incrementando l’offerta di risorse che il mercato non è capace di fornire (per esempio, ricerca e sviluppo o formazione lavoro), dividendo il rischio di progetti con alti ritorni sociali ma bassi ritorni privati”, e concorrendo alla creazione di “un sistema dotato di maggiore dinamismo, stabilità e più accettabili livelli di eguaglianza”¹⁶.

Mutatis mutandis l’economista francese Jean-Luc Gréau, muovendo dalla valorizzazione della solidarietà tra gli Stati (alla base del progetto europeo), agli inizi del nuovo secolo (e dunque prima di addivenire a posizioni più oltranziste¹⁷) proponeva una dissociazione dell’ambito di operatività della libertà di circolazione tra il mercato comune e quello mondiale: “*la libre circulation des capitaux, qu’il faudrait maintenir dès lors qu’elle permet d’apporter des ressources financières à des régions riches en hommes et pauvres en argent, et la libre circulation des marchandises, qu’il faudrait encadrer au sein de grands marchés continentaux ou régionaux*”¹⁸. Né, ad avviso di Gréau, la delimitazione spaziale della libera circolazione delle merci – mediante l’introduzione di regole dirette a proteggere questi mercati – rappresenterebbe un ostacolo alla concorrenza in quanto si tratterebbe di regole applicabili sia alle imprese locali sia a quelle straniere e strumentali a garantire investimenti di lungo periodo e a scoraggiare investimenti “volatili”.

Beninteso, gli effetti spiazzanti della iperglobalizzazione e la crescente disuguaglianza hanno generato anche visioni più articolate inclini a propugnare una riforma del capitalismo neoliberista rinnovando la fiducia verso un governo transnazionale. Così nel suo ultimo libro *Salviamo il capitalismo da se stesso*, Colin Crouch denuncia il contrasto interno al neoliberismo “oscillante tra l’irrealismo della versione del mercato puro e l’incoerenza della forma aziendalista”, ma osserva che tale diversità di posizioni può “rafforzare il neoliberismo anziché demolirlo”¹⁹. Nondimeno, conclude Crouch, la sua riforma potrà realizzarsi “solo se e quando i principali gruppi di interesse del capitalismo mondiale capiranno che flirtare con le forze xenofobe significa mettere a rischio i propri interessi di lungo periodo, peraltro già

¹⁶ Cfr. CHANG, *23 cose, cit.*, p. 244 ss.

¹⁷ GRÉAU, *La trahison des économistes*, Gallimard, 2008 e da ultimo *La Grande récession (depuis 2005)*, Folio actuel, 2012.

¹⁸ GRÉAU, *L’avenir du capitalisme* », Gallimard, 2005, p. 221 ss.

¹⁹ CROUCH, *Salviamo il capitalismo da se stesso*, il Mulino, 2018, p. 83 ss.

sotto la minaccia delle loro stesse azioni a breve termine; e se e quando la politica democratica potrà davvero estendersi al di sopra del livello dello stato-nazione”²⁰.

In uno scenario così caratterizzato l’analisi delle previsioni nazionali verrà condotta assumendo come unica angolazione tematica la disciplina degli aiuti di Stato, tralasciando la distinta problematica degli aspetti qualificatori e regolativi delle operazioni di delocalizzazione²¹. Proprio la fruizione di aiuti di Stato rappresenta, infatti, nell’impostazione del legislatore la pre-condizione di operatività dei meccanismi sanzionatori connessi ai processi di decentralizzazione in senso stretto²².

Tanto premesso verranno, quindi, dapprima affrontate alcune questioni qualificatorie, quindi saranno definite le caratteristiche degli aiuti per investimenti produttivi nelle pertinenti disposizioni europee, e ciò al fine di individuare le tipologie di aiuti che potrebbero avere ispirato la normativa italiana. In seguito si esaminerà la complessa disposizione interna relativa alle “misure di aiuto che prevedono la valutazione dell’impatto occupazionale” mettendone in luce la profonda distonia con il quadro europeo.

2. *La delimitazione del campo di applicazione: alcune questioni preliminari*

La disamina della disciplina anti-delocalizzazione contenuta nel d. l. 12 luglio 2018, n. 87, conv. dalla l. n. 96/2018 (d’ora in poi Decreto Dignità) con le lenti della disciplina degli aiuti di Stato rappresenta una vera e propria cartina di tornasole delle direttrici di politica del diritto del Governo legapentastellato. È vero, infatti, che l’intervento legislativo è soltanto un capitolo del più ampio programma approntato dal Governo²³; è altresì vero che la normativa sugli aiuti statali ha una connotazione spiccatamente settoriale, ma è altrettanto vero che proprio dall’approccio a questa disciplina traspare

²⁰ CROUCH, *op. cit.*, p. 103 s.

²¹ Sul punto si rinvia al contributo di BRINO, *Le misure volte a contrastare le delocalizzazioni*, in FIORILLO-PERULLI (a cura di), “Decreto Dignità” e Corte Costituzionale n. 194/2018, Giappichelli, 2019, p. 115 ss.

²² In contrapposizione ai processi di decentralizzazione in senso lato che comprendono anche il sistema di reclutamento della forza lavoro, su cui v. DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro*, cit., p. 7; PERULLI, *Diritto del lavoro*, cit., p. 29 ss.

²³ Per un più ampio esame cfr. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP C.S.D.L.E. n. 377/2018*.

l’opzione di fondo sul ruolo che si intende assegnare allo Stato nell’equilibrio con il mercato o, se si preferisce, sul modello di relazione tra governo e imprese.

Muovendo da tale premessa, non pare difficile scorgere nelle previsioni nazionali tracce dei più generali fenomeni di rigetto del neoliberismo cui si è accennato in apertura. Un primo segnale di diffidenza nei confronti di una realtà priva di confini e di resistenza agli effetti spiazzanti dell’economia globalizzata si rinviene proprio nei presupposti di applicazione della disciplina anti-delocalizzazione e nella disposizione diretta alla salvaguardia dell’occupazione nelle imprese beneficiarie di aiuti.

Procedendo con ordine, gli artt. 5 e 6 del Decreto Dignità prevedono una sanzione di decadenza dal beneficio, e conseguente obbligo di restituzione, degli aiuti erogati a imprese italiane ed estere che:

a) hanno beneficiato di aiuti per la realizzazione di investimenti produttivi e delocalizzano “entro 5 anni dalla data di conclusione dell’iniziativa agevolata” (art. 5, comma 1 e 2)

b) hanno beneficiato di aiuti che prevedono una valutazione dell’impatto occupazionale e riducono in misura superiore al 50% i livelli occupazionali degli addetti all’unità produttiva o all’attività interessata dal beneficio “nei cinque anni successivi alla data di completamento dell’investimento” (art. 6, comma 1)²⁴.

In entrambi i casi affiora un atteggiamento del legislatore ostile a opzioni organizzative troppo “disinvolte” rispetto alle esigenze del territorio vuoi perché si smantella l’attività economica, vuoi perché si riducono i livelli occupazionali nell’unità produttiva o nell’attività interessata dal beneficio. E alla disapprovazione si accompagna la predisposizione di un meccanismo che denota una certa confusione circa le condizioni di applicazione della disciplina europea.

Stando alla lettera dei menzionati artt. 5 e 6, infatti, il meccanismo sanzionatorio approntato dal legislatore scatta soltanto al cospetto di interventi statali che integrano aiuti di Stato²⁵. Senonchè tale conclusione, apparentemente scon-

²⁴ In alternativa si prevede una riduzione del beneficio in proporzione alla riduzione del livello occupazionale quando questo sia stato decurtato in misura inferiore al cinquanta per cento, ma superiore al dieci per cento.

²⁵ Un cenno agli artt. 5 e 6 del cd. Decreto Dignità in DIAMANTI, *Aiuti di Stato, misure generali di politica economica e sociale ed incentive assunzionali*, in *W.P.C.S.D.L.E. n. 369/2018*.

tata, non lo è affatto in quanto nelle previsioni del Decreto Dignità non si rintracciano indizi tali da escludere la natura generale della misura nazionale.

Basti considerare che, come noto, il *distinguo* tra aiuti di Stato e misure generali di politica economica si fonda sul criterio della selettività e che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, per qualificare una misura come “selettiva” occorre stabilire se, nell’ambito di un dato regime giuridico, un provvedimento statale sia tale da favorire “talune imprese o talune produzioni” rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga (tenuto conto dell’obiettivo perseguito da tale regime) e che sono quindi oggetto di un trattamento differenziato idoneo, in sostanza, ad essere qualificato come discriminatorio²⁶.

Sicuramente i percorsi logico-argomentativi che guidano l’interprete nella valutazione sono tutt’altro che lineari e – come è stato osservato – *all of them are sometimes windy and uncertain in their conclusions*²⁷. Così il carattere selettivo della misura può ricavarsi dall’individuazione di una categoria di imprese aventi caratteristiche specifiche²⁸ o può desumersi dal tipo di operazione economica, perché in fondo favorendo talune operazioni economiche si favoriscono talune imprese (ad esempio le imprese che effettuano operazioni transfrontaliere e non le imprese che effettuano le medesime operazioni a livello nazionale)²⁹. Ancora, per valutare la selettività di una misura si può adottare come contesto giuridico di riferimento il territorio dello Stato membro nella sua interezza, oppure anche la porzione di territorio nel quale un’autorità regionale o locale esercita la competenza che le deriva dalla Costituzione o dalla legge³⁰.

²⁶ Cfr. C. Giust. 28 giugno 2018, cause riunite C-236/16 e 237/16, *ANGED c. Diputación General de Aragón*, punti 25-36; C. Giust. 28 giugno 2018, C-203/16 P, *Dirk Andres c. Commissione*, punti 80-83; C. Giust. 21 dicembre 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group e a.*, punto 54; C. Giust. 15 novembre 2011, C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*, punto 74 e giurisprudenza ivi citata.

²⁷ KURCZ-VALLINDAS, *Can general measures be ... selective? Some thoughts on the interpretation of a State aid definition*, *Com. mark. law rev.*, 2008, p. 181. Sul criterio della selettività v. anche più recentemente QUIGLEY QC, *European State Aid Law and Policy*, Hart Publishing, 2015, p. 63 ss.; PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid under EU Law. From internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, 2015, p. 11-13.

²⁸ Cfr. C. Giust. 7 novembre 2014, T-219/10, *Autogrill España c. Commissione*, punti 64-78; C. Giust. 7 novembre 2014, T-399/11, *Banco Santander e Santusa c. Commissione*, punti 68-72.

²⁹ Conclusioni dell’Avvocato generale Melchior Wathelet, 28 luglio 2016 cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group e a.*, punto 11.

³⁰ Cfr. C. Giust. 28 giugno 2018, *ANGED*, cit., punto 29.

Nondimeno è certo che tra gli elementi costitutivi di un aiuto di Stato si collochi la selettività della misura presa in esame. In altre parole, quale che sia l’approccio adottato, resta il fatto che nell’intervento nazionale devono ravvisarsi elementi tali da introdurre fattori di differenziazione tra i beneficiari e i non beneficiari dell’intervento statale. Se è vero quindi che può discutersi delle modalità di verifica della selettività e della loro affidabilità, è altrettanto vero che non si può prescindere da tale criterio essendo indispensabile – ai fini della configurabilità di un aiuto di Stato – che la misura introduca differenziazioni tra imprese (o tra imprese che pongono in essere determinate operazioni economiche).

Ebbene, nulla di tutto ciò si rintraccia negli artt. 5, e 6 del Decreto Dignità. Il legislatore, lungi dal proporre una rigorosa identificazione degli aiuti (foss’anche *per relationem*), resta nel vago, rinviando a una generica e indefinita fattispecie “presupposta”. Come dire che il nuovo meccanismo sanzionatorio, pur riferendosi agli aiuti, non lascia trasparire alcunché circa i fattori di differenziazione tra le imprese idonei a connotare in maniera inequivoca l’intervento nazionale; sicché viene lasciata aperta la strada a una contestazione diretta a pervenire all’opposta qualificazione dei benefici in termini di misure generali, sì da neutralizzare l’operatività della decadenza (e del conseguente obbligo di restituzione).

Certo, qualora, capovolgendo la prospettiva, si ritenga che il riferimento agli aiuti vada inteso in senso atecnico e che in realtà il legislatore intendesse genericamente riferirsi a misure generali di politica economica, il problema dell’interazione con la disciplina europea risulterebbe neutralizzato. In tal caso il sistema nazionale finirebbe con l’essere immunizzato e i vincoli sopranazionali assumerebbero le sembianze di armi spuntate. Questa seconda interpretazione, tuttavia, non convince perché si risolverebbe in un tentativo di ricomposizione sistemica basato su una distanza abissale tra gli attrezzi tecnico-concettuali disponibili e la loro attuazione concreta.

Né maggiore chiarezza di idee circa gli assi portanti della disciplina europea in tema di aiuti di Stato si registra sul versante del percorso di verifica della compatibilità degli aiuti evocati negli artt. 5 e 6 del Decreto Dignità. In assenza di indicazioni normative di segno diverso, infatti, viene a delinearsi un sistema di potenziale compresenza di aiuti notificati e di aiuti esentati. I primi, come noto, possono risultare compatibili all’esito di un (lungo) percorso che parte dalla notifica alla Commissione e sfocia nella decisione dell’organo di controllo con un obbligo di *stand-still* nelle more

della pronuncia stessa³¹. Gli aiuti esentati, viceversa, transitano per un “canale privilegiato” che sposta a una fase successiva (ed eventuale) il controllo sopranazionale, ma impone la conformità della misura interna alle condizioni fissate nell’apposito GBER e consente l’erogazione dei benefici. Da questo angolo visuale le previsioni italiane, nella loro genericità ed omnicomprensività, urtano se non altro con il principio di ragionevolezza delle scelte legislative e denotano una certa superficialità nella valutazione delle ricadute di un’impropria assimilazione dei due percorsi. Non sembra allora azzardato concludere che, al di là di ogni valutazione di merito politico, la soluzione sposata palesa una certa incongruenza tecnica in quanto finisce con l’accomunare situazioni molto diverse: gli aiuti notificati e quelli esentati viaggiano a due velocità vuoi sotto il profilo della tempistica, vuoi dal punto di vista della procedura da seguire e sarebbe stato forse opportuno tenerli separati³².

3. Segue. *Gli aiuti per investimenti produttivi nel panorama europeo: un modello disomogeneo*

Poste queste premesse, è utile tentare di circoscrivere l’ambito applicativo dell’art. 5, rubricato “Limiti alla delocalizzazione delle imprese beneficiarie di aiuti”, e chiarire subito che il co. 1 fa riferimento al caso in cui l’aiuto statale preveda la realizzazione di investimenti produttivi; mentre il co. 2 riguarda l’ipotesi in cui l’aiuto preveda l’effettuazione di investimenti produttivi specificamente localizzati. Elemento comune ai due segmenti normativi è, dunque, il richiamo agli investimenti produttivi che, in positivo, qualificano e giustificano l’intervento statale e, in negativo, fondano il mec-

³¹ Sulla responsabilità dello Stato per violazione dell’obbligo di previa notifica e l’azione di risarcimento danni da parte di un privato v. C. Giust. 23 gennaio 2019, C- 387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA*, ove, valorizzando l’efficacia pratica di tale obbligo, la Corte ha sottolineato che una decisione della Commissione che dichiari un aiuto non notificato compatibile con il mercato interno non ha l’effetto di sanare gli atti di esecuzione prematura (sicché “l’azione di risarcimento danni può essere accolta anche qualora, al momento in cui il giudice nazionale statuisce sulla domanda, la Commissione abbia già approvato l’aiuto” punti 59-60) e pertanto gli enti statali non possono avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento (punti 70 e 76).

³² Per una valutazione critica del sistema a due velocità v. BUENDÍA SIERRA, *Small on Small: Towards a Two-Speed State Aid Control*, EStAL, 2016, p. 501.

canismo sanzionatorio qualora l’attività economica connessa all’investimento venga, in tutto o in parte, smobilizzata.

Ebbene tale previsione pare emblematica di un atteggiamento di “chiusura” che il legislatore nazionale oppone alla disinvolta mobilità delle imprese. Ora, che attraverso le politiche di investimento lo Stato intenda incidere indirettamente sul mondo industriale è del tutto legittimo, ma che per il perseguimento di tale finalità si utilizzi una strategia di difesa nazionale disarmonica rispetto alle logiche che animano il funzionamento del mercato interno sembra discutibile. Il che è tanto più vero se si considera che l’Europa – come si tenterà di illustrare – ha dimostrato una certa “sensibilità” rispetto al tema delle delocalizzazioni e lo ha fatto proprio nella disciplina degli aiuti di Stato.

Prima di esaminare la risposta europea alle delocalizzazioni sembra, tuttavia, opportuno muovere dalla nozione di aiuti per investimenti produttivi richiamata nel Decreto Dignità e rilevare l’assenza di un modello omogeneo di tale tipologia di aiuti: per un verso resta ferma la percorribilità della “vecchia” e tradizionale strada della notifica che consente di modellare *ad libitum* il beneficio; per altro verso nel GBER n. 651/2014 manca un univoco riferimento agli aiuti per investimenti produttivi. Tentando di schematizzare e focalizzando l’attenzione sul percorso esentato si possono ricondurre a tale modello due tipologie di aiuti contemplati nel GBER n. 651/2014 che “interferiscono”, sia pure in misura diversa, con il fattore lavoro: gli aiuti agli investimenti a favore delle PMI e gli aiuti a finalità regionale³³.

Con riguardo agli aiuti agli investimenti a favore delle PMI (previsti e regolati nell’art. 17 GBER n. 651/2014), altrove ho cercato di chiarire che in tal caso i posti di lavoro creati costituiscono una variante (del tutto possibile, ma non necessaria) dei costi ammissibili³⁴. Per questa tipologia di aiuti, cioè, l’investimento in posti di lavoro non rappresenta un elemento necessario per fruire dell’esenzione e inoltre l’eventuale opzione per la creazione di posti di lavoro prescinde totalmente dalle caratteristiche soggettive del lavoratore. Proprio in ragione di tale peculiarità questa tipologia di aiuti può essere qualificata aiuti all’occupazione *tout court*: la creazione di posti di lavoro è mera-

³³ Gli investimenti sono infatti richiamati anche in altre disposizioni (es. nella Sezione 7 “Aiuti per la tutela dell’ambiente”), ove però non si registra un riferimento all’occupazione. Ma v. anche considerando 67.

³⁴ Tebano, *Aiuti (dir. lav.)*, in *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale - aggiornamento*, (a cura di) BelloMo, Cian, Ferri Jr, Santosuosso, Tesauro F, Utet, 2015.

mente eventuale ed è sganciata da qualsivoglia connotazione soggettiva dei lavoratori. Al contempo, qualora si opti per la variante che coinvolge il fattore lavoro, i posti di lavoro creati dal progetto di investimento *devono* comportare un aumento netto del numero di dipendenti e la verifica di tale aumento deve essere operata con riferimento a tutti i dipendenti, cioè all'intero organico. Sul piano temporale, poi il GBER fornisce indicazioni proprio (e solo) in ordine a tale eventualità: per un verso la creazione dei posti di lavoro deve aver luogo “entro tre anni dal completamento dell'investimento”; per altro verso gli stessi posti di lavoro devono essere “mantenuti per un periodo minimo di tre anni a partire dalla data in cui sono stati occupati per la prima volta”.

Quanto agli aiuti a finalità regionale agli investimenti (di cui all'articolo 14 GBER n. 651/2014), lo schema non differisce in maniera significativa dagli aiuti agli investimenti a favore delle PMI nella misura in cui una porzione del beneficio interessi la forza lavoro³⁵. Ed infatti anche qui si richiede un incremento netto di occupazione, anche qui si individua un termine entro il quale procedere all'assunzione, anche qui scatta un obbligo di mantenimento. Non mancano tuttavia alcune divergenze rispetto all'art. 17 GBER n. 651/2014 che meritano di essere rimarcate. La prima riguarda la durata dell'obbligo di mantenimento dell'occupazione che risulta diversificato in ragione delle dimensioni dell'impresa beneficiaria: i posti di lavoro creati direttamente da un progetto di investimento nell'impostazione dell'art. 14 devono essere mantenuti per un periodo minimo di tre anni in caso di PMI; di cinque anni negli altri casi³⁶. La seconda, più rilevante, attiene alla previsione dell'obbligo di mantenimento dell'investimento nella zona beneficiaria (a prescindere dall'eventualità che tra i costi di realizzazione dell'investimento sia presente il fattore lavoro) per almeno cinque anni o tre anni in caso di PMI³⁷. Un'ultima, ancor più pertinente differenza, è stata introdotta nel 2017 e attiene proprio alle scelte organizzative dell'impresa e, segnatamente, al-

³⁵ Cfr. poi art. 2, par. 40 quanto alla definizione degli aiuti a finalità regionale agli investimenti e cioè aiuti a finalità regionale concessi per un investimento iniziale o per un investimento iniziale a favore di una nuova attività economica.

³⁶ Cfr. art. 14, par. 9, lett. c).

³⁷ Cfr. art. 14, par. 5. Giova peraltro precisare che, ai sensi del part. 3, nelle zone assistite gli aiuti possono essere concessi alle PMI per qualsiasi forma di investimento iniziale; mentre alle grandi imprese possono essere concessi solo per un investimento iniziale a favore di una nuova attività economica nella zona interessata.

l’impegno del beneficiario a non delocalizzare nei due anni successivi al completamento dell’investimento iniziale per il quale è richiesto l’aiuto³⁸.

L’analisi fin qui svolta consente di aggiungere alcune considerazioni sul ruolo del fattore lavoro nell’ambito degli aiuti a finalità regionale agli investimenti. Alla luce di una lettura complessiva dell’art. 14 GBER n. 651/2014 può ritenersi configurabile in capo al beneficiario un obbligo a non abbassare i livelli occupazionali a prescindere dall’eventualità che lo stesso abbia operato “a monte” la scelta di inserire tra i costi ammissibili quelli salariali. In altre parole in caso di aiuti a finalità regionale agli investimenti, il regolamento di esenzione ha operato una scelta ben precisa e cioè ha escluso che il beneficiario possa sganciare il fattore lavoro dagli altri fattori produttivi (così che procedano su binari distinti). Nel fornire una nozione di delocalizzazione, la normativa europea nel 2017 sembra infatti aver introdotto un obbligo di mantenimento dell’occupazione anche nell’eventualità in cui manchi un nesso tra investimento e nuovi posti di lavoro. Come dire che pure se l’investimento non comporta creazione di nuova occupazione, il beneficiario non può mantenere l’attività produttiva nella zona interessata e ridurre la forza lavoro.

Provando a tirare le fila si possono identificare – sia pure in maniera un po’ sintetica – tre ipotesi. La prima si configura allorché l’investimento implichi la creazione di posti di lavoro (e in tal caso il regolamento prevede un obbligo di mantenimento riferibile *esattamente ai posti creati*). La seconda ipotesi si configura quando l’investimento *non* determina la creazione di nuova occupazione (e in tal caso l’obbligo di mantenimento scaturisce dall’impegno a non delocalizzare – introdotto con il regolamento n. 1084 del 2017 – e riguarda *tutta* la forza lavoro alle dipendenze del beneficiario). La terza si configura in caso di combinazione delle due precedenti ipotesi perché i costi ammissibili vengono spalmati tra costi salariali e costi per investimenti (materiali e immateriali³⁹).

³⁸ Cfr. art. 14, par. 6 introdotto dal Regolamento n. 1084 del 14 giugno 2017 che modifica il Regolamento n. 651/2014. La norma prevede altresì che il beneficiario confermi pure che non ha effettuato una delocalizzazione verso lo stabilimento in cui deve svolgersi l’investimento iniziale per il quale è richiesto l’aiuto nei due anni precedenti la domanda di aiuto.

³⁹ Sulla cui definizione v. oltre par. 5.

4. *Gli aiuti con impatto occupazionale: quale nesso con i modelli europei?*

L'art. 6, rubricato "Tutela dell'occupazione nelle imprese beneficiarie di aiuti", prevede – come anticipato – la decadenza e l'obbligo di restituzione degli aiuti qualora le imprese (italiane o estere), beneficiarie di aiuti che prevedono una valutazione dell'impatto occupazionale, riducano (fuori dei casi riconducibili a giustificato motivo oggettivo) in misura superiore al 50% i livelli occupazionali degli addetti all'unità produttiva o all'attività interessata dal beneficio "nei cinque anni successivi alla data di completamento dell'investimento".

Osservando la previsione nazionale nella prospettiva della disciplina degli aiuti di Stato, occorre ribadire che gli aiuti evocati possono transitare per il tradizionale percorso della notifica alla Commissione europea. Qualora, invece, si assuma l'ottica del canale dell'esenzione – ferma l'eventuale operatività del regolamento sugli aiuti *de minimis* – occorre considerare che nel GBER n. 651/2014 gli aiuti con impatto occupazionale riguardano prevalentemente categorie di soggetti che incontrano difficoltà nell'accedere, riaccedere o rimanere nel mercato del lavoro.

Il riferimento è agli artt. 32-35 GBER che riguardano gli aiuti a favore dei lavoratori svantaggiati e dei lavoratori con disabilità e che sono diretti a "coprirne" i costi salariali ovvero a compensare i sovraccosti connessi all'occupazione dei diversamente abili o, ancora, i costi dell'assistenza fornita ai lavoratori svantaggiati. E' appena il caso di ricordare che tali misure di sostegno non richiedono *a priori* un incremento netto del numero di dipendenti dell'impresa interessata, essendo prioritario l'aumento del livello occupazionale di queste categorie di soggetti⁴⁰.

In questa chiave, anche a voler immaginare che nella disposizione nazionale il riferimento a "misure di aiuto che prevedono la valutazione dell'impatto occupazionale" possa essere riferito non già a un effetto incrementale, ma a una qualsivoglia ricaduta occupazionale, residuano due elementi che inducono a ritenere "fuori gioco" gli artt. 32-35 GBER. Il primo è, evidentemente, l'assenza – nell'art. 6 del Decreto Dignità – di una caratterizzazione sotto il profilo soggettivo, vale a dire di un sostegno mirato all'integrazione dei più deboli: una simile connotazione manca sia con riguardo a quanti *inizialmente* concorrono a una positiva ricaduta occupazio-

⁴⁰ Cfr. art. 32, par. 3; art. 33, par. 3 e considerando nn. 52 e 54.

nale sia con riguardo a quanti *successivamente* sono coinvolti in una riduzione dell’organico. Il secondo elemento ostativo di un’assimilazione agli aiuti di cui agli artt. 32-35 GBER è l’esplicito nesso con l’investimento realizzato dall’impresa beneficiaria. Insomma nell’impostazione nazionale per un verso si mette in relazione l’aiuto con il fattore lavoro mediante il rinvio a una valutazione dell’impatto occupazionale; per altro verso la scelta imprenditoriale di riduzione dei livelli occupazionali viene temporalmente collegata al completamento di un investimento.

Ora nel GBER sia la definizione di investimento iniziale sia quella di investimento iniziale a favore di una nuova attività economica fanno riferimento ad attivi consistenti in terreni, immobili e impianti, macchinari e attrezzature ovvero ad attivi diversi da attivi materiali o finanziari che consistono in diritti di brevetto, licenze, know-how o altre forme di proprietà intellettuale⁴¹. In entrambi i casi manca un riferimento al fattore lavoro, sicché un margine di operatività delle norme del GBER in tema di aiuti all’assunzione potrebbe al più residuare con riguardo ai lavoratori disabili qualora (tralasciando il dato soggettivo) si ritenga che la nozione di investimento sia idonea a ricomprendere ad esempio i costi relativi all’adeguamento o all’acquisto di attrezzature o ancora i costi connessi all’installazione o all’ammodernamento delle unità di produzione dell’impresa interessata⁴².

Il che desta, tuttavia, notevoli perplessità dal momento che l’operatività dell’esenzione presuppone la soddisfazione di tutte le condizioni fissate nel GBER e a questa regola generale non sfugge di certo la connotazione soggettiva dei lavoratori da assumere che – come si legge nei considerando – rappresenta un obiettivo fondamentale delle politiche socioeconomiche dell’Unione e degli Stati membri⁴³.

Tali rilievi suggeriscono, pertanto, una qualche “vicinanza” degli aiuti con impatto occupazionale di cui al Decreto Dignità con gli aiuti per investimenti produttivi (nella duplice variante, sondata nel precedente paragrafo, degli aiuti agli investimenti a favore delle PMI e degli aiuti a finalità regionale) piuttosto che una forzata e inverosimile similitudine con gli aiuti a favore dei lavoratori svantaggiati e disabili.

⁴¹ Cfr. art. 2, parr. 49-50 per la definizione di investimento iniziale e investimento iniziale a favore di una nuova attività economica; parr. 29-30 per la definizione di attivi materiali e immateriali.

⁴² Cfr. art. 34, par. 2, lett. c), d), f).

⁴³ Cfr. considerando n. 52.

5. *L'ambito di applicazione oggettiva delle disposizioni nazionali*

Una volta messi a fuoco i tratti salienti delle tipologie di aiuti connessi a investimenti contemplati nella disciplina europea e preso atto della difficoltà di tracciare un netto distinguo tra l'oggetto delle due disposizioni nazionali si può tentare di ricostruire l'ambito di applicazione degli artt. 5 e 6 del Decreto Dignità. Anzitutto, si è già osservato che l'art. 6 presenta una qualche affinità con gli aiuti per investimenti produttivi, sicché la definizione del relativo campo di operatività può essere accomunato a quello del co. 1 dell'art. 5 ove si fa più chiaramente riferimento al caso in cui l'aiuto statale preveda l'effettuazione di investimenti produttivi, a prescindere da una precisa localizzazione.

Diversamente, il co. 2 dell'art. 5 riguarda l'ipotesi in cui l'aiuto preveda la realizzazione di investimenti produttivi specificamente localizzati. Focalizzando l'attenzione su quest'ultima disposizione, si può sostenere che – proprio in ragione del riferimento al profilo territoriale – essa sembra evocare gli aiuti a finalità regionale agli investimenti (di cui articolo 14 GBER n. 651/2014).

Se così è, se cioè si conviene con quest'ipotesi interpretativa che prospetta la volontà del legislatore italiano di richiamare (sia pur in via non esclusiva) gli aiuti regolati nell'art. 14 GBER, pare agevole registrare l'anomalia contenuta nella relazione illustrativa del Decreto Dignità. Qui, infatti, si legge che la disposizione “trova applicazione indipendentemente dall'impatto sull'occupazione: se la tutela di quest'ultima resta il principale fine, seppure indiretto, della norma, non è, infatti, richiesta una misura minima di riduzione dell'occupazione quale presupposto per la comminatoria della decadenza e delle altre sanzioni”. Eppure, nella ricostruzione della relazione tra investimento e fattore lavoro poc'anzi presentata con riguardo all'art. 14 GBER si è evidenziato che l'impegno a non delocalizzare implica un obbligo di mantenimento in quanto tra gli elementi costitutivi della nozione di delocalizzazione vi è proprio la “perdita di posti di lavoro nella stessa attività o attività analoga in uno degli stabilimenti iniziali del beneficiario”⁴⁴. In altri termini, sebbene non sia predeterminata la misura della ricaduta occupazionale, nell'impostazione sovranazionale l'impatto dell'operazione economica sulla forza lavoro è *in re ipsa* e non può essere obliterata.

⁴⁴ Cfr. art. 2, punto 61 *bis* introdotto dal Regolamento n. 1084 del 14 giugno 2017 che modifica il Regolamento n. 651/2014.

Più complessa appare la delimitazione dell’ambito di applicazione del co. 1 dell’art. 5. Utilizzando la prospettiva prescelta dal regolamento di esenzione appare verosimile che la disposizione nazionale chiami in causa, sebbene implicitamente, gli aiuti agli investimenti a favore delle PMI (previsti e regolati nell’art. 17 GBER n. 651/2014). Il che, in tal caso, crea un’armonia tra l’impostazione interna e quella europea: l’indicazione presente nella relazione illustrativa del Decreto Dignità – che, come si è osservato, esclude l’indefettibilità di una ricaduta occupazionale – si sposa bene con le caratteristiche degli aiuti di cui all’art. 17 GBER che prevede un obbligo di mantenimento dell’occupazione solo nell’eventualità in cui dal progetto di investimento derivi la creazione di posti di lavoro, escludendola nei casi in cui i costi salariali non entrino proprio in gioco. Ma emergono vistose disarmonie: l’aiuto esentato non contempla un impegno del beneficiario a non delocalizzare⁴⁵ e l’art. 17 GBER, come si evince dall’inequivoca rubrica, è riferibile solo alle imprese di piccole o medie dimensioni. Diversamente una siffatta delimitazione della cerchia dei destinatari non si registra nel co. 1 dell’art. 5, l. n. 96/18: qui, infatti, non si rinviene una selezione delle imprese beneficiarie né dal punto di vista territoriale, né su base settoriale, né tanto meno con riguardo al profilo dimensionale⁴⁶.

Alla luce di tali rilievi residuano ampi margini per l’esercizio esegetico che qui non è possibile sviluppare, ma che meritano almeno di essere richiamati: è lecito interrogarsi sulla praticabilità del percorso esentato specialmente con riguardo al co. 1 dell’art. 5, l. n. 96/18; ci si può domandare a quale differenza concettuale corrisponda la distinzione lessicale di cui all’art. 5 (conclusione dell’iniziativa agevolata nel co. 1, conclusione dell’iniziativa o completamento dell’investimento agevolato nel co. 2) da cui decorre il *dies a quo* dei cinque anni nei quali non si può realizzare una delocalizzazione; appare tutta da indagare l’irrelevanza (ai sensi dell’art. 6, co. 1) della riduzione dei livelli occupazionali nei casi in cui tale ridimensionamento sia riconducibile a giustificato motivo oggettivo; resta incerto infine l’ambito soggettivo di applicazione dell’art. 5, co. 2. Basti qui considerare che, nell’impianto del-

⁴⁵ Obbligo previsto invece nell’art. 14 GBER.

⁴⁶ Peraltro nella norma nazionale la durata del vincolo gravante sul beneficiario è interamente tarata sulle grandi imprese, il che – come rilevato da LEONARDI, *Contrasto alla precarietà e delocalizzazioni nel Decreto Dignità*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 170 – ha l’effetto di scoraggiare le imprese a investire in Italia.

l'art. 5, se il co. 1 fa salvi i vincoli derivanti dai trattati internazionali, il co. 2 con l'apertura "fuori dai casi previsti dal co. 1 e fatti salvi i vincoli derivanti dalla normativa europea" lascia aperto ad esempio il dubbio sulla riferibilità della disposizione a Paesi terzi come l'Ucraina che vanta la firma di un accordo di associazione con l'Europa (*EU Ukraine Treaty*)⁴⁷.

6. Qualche considerazione conclusiva

Animate dal nobile proposito di controllare l'utilizzo delle risorse pubbliche e di valorizzare le ricadute occupazionali degli interventi di sostegno alle imprese, le nuove disposizioni, come evidenziato nelle pagine precedenti, trasudano un certo nazionalismo e disvelano un approccio piuttosto protezionistico⁴⁸. Tale ispirazione ideologica riflette una più ampia tendenza – descritta in apertura (v. § 1) – di reazione alle ingiustizie sociali generate dal neoliberalismo, reazione sovente foriera di un risveglio del nazionalismo o dell'identitarismo come spiega bene Byung-Chul Han nel suo libro *L'espulsione dell'altro*⁴⁹.

Se, quindi, questa porzione del Decreto Dignità risulta innervata dalla preoccupazione di apprestare qualche rimedio all'impatto di strategie aziendali indotte dall'incalzante competizione globale, sul piano tecnico sorprende l'armamentario all'uopo utilizzato; armamentario vistosamente asimmetrico

⁴⁷ Cfr. l'Accordo di libero scambio UE-Ucraina (in sigla DCFTA) – in GUUE L161/3 del 29.05.2014 – integrato nell'ottobre 2017 dalle misure commerciali autonome (ATM) per l'Ucraina. Il 9 luglio 2018, peraltro, Donald Tusk, presidente del Consiglio europeo, Jean-Claude Juncker, presidente della Commissione europea, e Petro Poroshenko, presidente dell'Ucraina, hanno discusso le prossime tappe nell'attuazione dell'*Association Agreement* e il sostegno dell'UE all'ambizioso programma di riforme dell'Ucraina. Sulla disciplina degli aiuti di Stato in Ucraina cfr. STUART-ROGINSKA, *State Aid Regulation and Future Industrial Policy in Ukraine*, in *EstAL*, 2016, 59 ss. Sulle caratteristiche dei diversi tipi di Accordi con Paesi Terzi stipulati dall'UE e sull'impegno a un progressivo allineamento delle disposizioni nazionali con la disciplina degli aiuti di Stato da parte di Paesi candidati all'adesione v. BIONDI, *Brexit and state aid control: four quartets*, in *Competition Law Journal*, 2018, Vol. 17, No. 1, p. 6-8.

⁴⁸ Sulla matrice socialdemocratica piuttosto che neoliberale delle disciplina europea in tema di aiuti di Stato v. TARRANT-BIONDI, *Labour's programme and EU law*, in *Renewal*, vol. 25, 3-4, 2017, p. 74.

⁴⁹ Cfr. BYUNG-CHUL HAN, *L'espulsione dell'altro*, Nottetempo, 2017, 21. L'A. collega tali tendenze al dominio del Globale e sottolinea: "Non è dunque un caso che i sostenitori della destra non solo siano ostili agli stranieri, ma siano anche critici nei confronti del capitalismo".

rispetto alle aperture (e chiusure) sollecitate e giustificate dall’Europa. Come dire che tutto sommato bastava seguire la linea tracciata nel GBER n. 651 e “all shall be well and all manner of thing shall be well”⁵⁰.

Potrà magari dubitarsi dell’opportunità del regime a due velocità approntato a livello europeo e dell’efficienza di un modello – come quello dell’esenzione – basato sull’autocontrollo da parte delle autorità nazionali che concedono l’aiuto, ma certo non può negarsi che qualche antidoto a operazioni troppo disinvolve si ritrova anche nel contesto sovranazionale.

In questa chiave va letto il considerando 36 del GBER secondo cui “È opportuno che gli aiuti a finalità regionale agli investimenti non siano esentati dall’obbligo di notifica nel caso in cui siano concessi a un beneficiario che, nei due anni precedenti la domanda di aiuti a finalità regionale agli investimenti, abbia chiuso la stessa o un’analoga attività nello Spazio economico europeo o che, al momento della domanda di aiuti, abbia concretamente in programma di cessare l’attività nella zona interessata entro due anni dal completamento dell’investimento iniziale oggetto dell’aiuto nella zona interessata”. In pratica il suggerimento proveniente dall’Europa è di sondare *ex ante* l’affidabilità del beneficiario di aiuti (nella specie a finalità regionale agli investimenti) vuoi evitando in tali casi di transitare per il percorso dell’esenzione in luogo di quello tradizionale della notifica alla Commissione vuoi verificando la sussistenza di precedenti (o contestuali) comportamenti che fungano da veri e propri biglietti da visita delle imprese.

Dunque, può dirsi che il tradizionale percorso dell’esenzione assolve meglio la funzione di valutazione del rapporto costi-benefici al cospetto di anomale strategie imprenditoriali antecedenti o contemporanee rispetto alla richiesta di aiuto. Al contempo non v’è chi non veda che il profilo temporale funge da spartiacque nella scelta dell’approccio regolatorio: le vicende emblematiche dell’instabilità del beneficiario si riferiscono a una fase che precede l’erogazione dell’aiuto (o al più contemporanee). Diver-

⁵⁰ Ben si adatta a quanto sin qui rilevato la formula ironicamente utilizzata, seppur in altro contesto, da BIONDI, *op. cit.*, p. 12. Cfr. Anche TARRANT-BIONDI, *Labour’s*, cit., p. 72 ove si sottolinea che *state aid rules do not prevent government spending to restructure the economy, but rather channel it in particular ways. Indeed, in one important respect these developments actively protect government spending generally by targeting state-sponsored tax evasion. These developments have been at the behest of the member states which renegotiated the Treaties to make it clear to the EU institutions – against the wishes of the then-British government – that competition was a tool, not a goal, of the European Union.*

samente il legislatore italiano sagoma il meccanismo sanzionatorio con riguardo a un momento successivo a quello dell'attribuzione del beneficio.

Ma proprio su quest'ultimo fronte il GBER – sempre per gli aiuti a finalità regionale agli investimenti – ha creato un *link* tra investimento e occupazione introducendo un obbligo di mantenimento dei posti di lavoro riferibile all'organico nel suo complesso (cfr. § 3).

Abstract

Il saggio analizza le recenti norme di contrasto ai processi di delocalizzazione e riduzione dell'occupazione collocandole nel contesto dei modelli politico-economici presenti sulla scena moderna. Tali norme vengono analizzate con la lente della disciplina europea degli aiuti di Stato e rivelano una significativa distanza rispetto all'approccio europeo così come delineato nel GBER che pure appresta degli antidoti alle delocalizzazioni.

The article deals with the recent rules against the processes of relocation and reduction of employment, by placing them in the context of the political-economic models present on the modern scene. These rules are analysed from the point of view of the European framework for State aid and reveal a significant distance from the European approach as outlined in the GBER, which also contains antidote to relocations.

Key words

Delocalizzazione, sanzioni, aiuti per investimenti produttivi, aiuti con impatto occupazionale, approccio protezionistico.

Relocation, Sanctions, Aid for productive investments, Aid with an impact on employment, Protectionist approach.

Stefania Buoso

L'inclusione sociale dei disabili alla luce del diritto dell'Unione europea

Sommario: **1.** La soggettività dei disabili dalla carta di Nizza. **2.** Le categorie di disabilità, malattia, obesità nella giurisprudenza europea. **3.** La condanna dell'Italia per recepimento non corretto della direttiva 2000/78/Ce. **3.** Dal d.lgs. 216 del 2003 al d.lgs. 151 del 2015, percorsi evolutivi. **5.** Il ragionevole accomodamento nella giurisprudenza interna e le prospettive di estensione della tutela. **6.** Il lungo cammino dell'Europa sociale.

1. *La soggettività dei disabili dalla carta di Nizza*

La tutela della eguale dignità degli esseri umani si esprime attraverso l'utilizzo di un lessico condiviso, che identifichi la soggettività di ciascuno come "persona": il riconoscimento e la piena titolarità nonché effettività dei diritti delle persone con disabilità si configura, nondimeno, come un percorso complesso¹.

Il diritto primario europeo, con l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000, segna un passaggio fondamentale in questa direzione: nel riconoscimento e nel rispetto del diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure deputate ad assicurarne l'autonomia, l'integrazione sociale e lavorativa nonché la partecipazione alla vita della comunità è possibile rintracciare il progetto d'inclusione che dovrebbe plasmare

¹ CHARLTON, *Nothing about us without us. Disability oppression and empowerment*, University of California Press 2000; *Disability rights in Europe*, ed. By LAWSON, GOODING, Hart Publishing 2005; LAWSON, *Disability and equality law in Britain. The role of reasonable adjustment*, Hart Publishing 2008. Quanto al riferimento al percorso in cui la persona disabile diventa soggetto di diritti e di giustizia, v. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Giappichelli, 2016, p. 78 ss.

l'intervento regolativo di ciascuno degli ordinamenti giuridici europei, un disegno che parte – appunto – dalle persone e dalla loro eguaglianza di umanità.

Si tratta di una enunciazione di principio che ha segnato lo spostamento “dalla protezione paternalistica dei disabili al loro diritto alla piena inclusione”², facendone una questione non più solo di assistenza sociale e di *welfare* ma soprattutto di piena partecipazione alla vita della comunità. In precedenza, l'approccio tradizionalmente diffuso, di diritto diseguale, si fondava su una separatezza e diversità insuperabile che, a sua volta, prendeva le mosse da categorie giuridiche di natura teorica (capacità, idoneità, facoltà) che escludevano chiunque si discostasse dal modello base di normalità³.

Per “persone con disabilità” s'intendono “coloro che presentano durezze menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che, in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di eguaglianza con gli altri”: tale definizione, mutuabile dalla Convenzione Onu del 2006, consente tra l'altro di costruire un ponte interpretativo con il nostro art. 3 della Costituzione che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la piena partecipazione alla vita della comunità. Le menomazioni di varia natura sono identificate, sì, come ostacoli ma, nel quadro della tutela sostanziale della eguaglianza sono oggetto di rimozione da parte dell'ordinamento, presupponendo un “agire” da parte delle istituzioni pubbliche e, nel più ristretto contesto del lavoro, da parte di chi organizza l'attività produttiva.

Mantenendo il parallelismo tra Convenzione Onu⁴ e carta costituzionale italiana si osserva come al riconoscimento del “diritto al lavoro delle persone con disabilità su base di eguaglianza con gli altri”, di cui all'art. 27 del documento internazionale, corrisponde il riconoscimento del diritto al lavoro per “tutti i cittadini”, di cui all'art. 4 cost. a dimostrare, ancora una volta, la profonda attualità della nostra Carta.

L'Unione ha, peraltro, ratificato la convenzione Onu e adottato una

² IZZI, *Articolo 26*, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, p. 498.

³ BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 79.

⁴ *The Un convention on the rights of persons with disabilities in practice. A comparative analysis of the role of courts*, ed. by WADDINGTON, LAWSON, Oxford 2018.

Strategia europea sulla disabilità (2010-2020), quest'ultima corredata di diverse aree d'azione congiunta tra Unione e Stati membri finalizzate proprio a riprodurre obiettivi e contenuti della convenzione.

Il punto di partenza teorico di questo scritto è l'affiancamento, in una prospettiva di complementarietà, delle due formule d'inclusione sociale: tramite il lavoro e tramite assistenza⁵. Chi scrive intende, quindi, affermare la coesistenzialità tra misure di inserimento lavorativo e, in senso lato, di *welfare*, pur non potendo – nello spazio di questo saggio – indugiare sull'esame di ciascuno dei singoli interventi assistenziali operati nel nostro ordinamento, ciò implicherebbe una analisi su più livelli di governo, visto il sovente rinvio da parte della legge a regole o fondi regionali⁶.

La scelta espositiva è, dunque, quella di circoscrivere la riflessione alle acquisizioni d'inclusione sociale che si fondano sul diritto eurounitario: i precetti negativi – di diritto antidiscriminatorio – e positivi sono essi stessi funzionali al raggiungimento della finalità inclusiva, non solo in quanto direttamente rivolti alla persona disabile ma anche a chi si occupa della cura. Il caso Coleman, di cui alla pronuncia della Corte di Giustizia 17 luglio 2008, C-303/06, pone ben in evidenza come il principio di parità di trattamento non debba essere inteso in senso restrittivo, configurando una estensione delle regole di diritto antidiscriminatorio anche nei confronti di chi si occupa dei disabili⁷. Con riferimento alla inclusione c.d. mediata, la giurisprudenza interna prevalente ribadisce, per il familiare, il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al disabile e il divieto di trasferimento anche quando lo spostamento avvenga nell'ambito della stessa unità produttiva o di unità produttive vicine⁸.

⁵ ZOPPOLI, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico istituzionali*, in *DLM*, 2007, p. 75. L'Autore spiega che l'inclusione sociale si esplica "tramite il lavoro" e "tramite assistenza", modalità che nell'ordinamento dovrebbero, quantomeno, coesistere pacificamente.

⁶ La riflessione sulla inclusione tramite assistenza pone principalmente, ma non solo, il problema del rapporto tra risorse e misure assistenziali, così come è emerso nella sentenza costituzionale 275/2016 sul diritto allo studio e al trasporto dei disabili. D'ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD*, 2018, p. 93; si veda, per il rapporto tra misure assistenziali, disabilità e regole sulle unioni civili PISTORE, *Permessi e congedi per l'assistenza delle persone con disabilità. Stato dell'arte e profili critici alla luce della l. n. 76 del 2016*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.IT*, 375/2018.

⁷ Per una applicazione della dottrina Coleman v. Tribunale Milano, 20 settembre 2010; Tribunale Pavia 19 settembre 2009.

⁸ DI NOIA, *Ancora sulla "perimetrazione" delle agevolazioni ex art. 33 co. 5 l. n. 104/1992 per i*

In questo quadro, il tema del ragionevole accomodamento, di matrice europea, può fornire un apporto di sicuro interesse, configurandosi anche come corollario del principio europeo dell'adeguamento del lavoro all'essere umano⁹.

2. *Le categorie di disabilità, malattia, obesità nella giurisprudenza europea*

Il testo della direttiva 2000/78/Ce, che stabilisce un quadro generale sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, rovesciando il precedente approccio di diritto diseguale, si fonda non solo sui divieti di discriminazione diretta e indiretta relativi alla disabilità ma anche sull'obbligo positivo del datore di lavoro di adottare soluzioni ragionevoli. All'interno del perimetro degli articoli 1, 2 e 5 nonché del considerando 20 della direttiva si sviluppa l'apparato interpretativo della Corte di giustizia in materia. Nell'art. 1 della direttiva la disabilità rappresenta uno dei fattori di rischio sui quali intervenire per rendere effettivo il principio di parità di trattamento, d'altra parte le nozioni di discriminazione diretta e indiretta delineano il campo dell'agire vietato per quanto attiene ai trattamenti meno favorevoli in ragione della disabilità e gli atti apparentemente neutri idonei a mettere in una posizione di svantaggio la persona disabile, così come si legge all'art. 2.

La mancanza di una definizione di disabilità nella legislazione europea ha conferito alla Corte di giustizia ampio spazio di movimento nonché la possibilità di plasmare una nozione evolutiva¹⁰, concorrendo a delinearne il

lavoratori che assistono un familiare disabile, in *RIDL*, 2018, II, p. 91; Cass. 3 novembre 2015, n. 22421 con nota di BUOSO, *Trasferimento (implicito) e salvaguardia delle esigenze di assistenza del familiare disabile a seguito di pronuncia di illegittimità del termine*, in *RIDL*, 2016, II, p. 480 ss.; CALAFÀ, *Disabilità e lavoro: il diritto di scelta della sede del lavoratore (non solo) pubblico*, in *RGL*, 2008, II, p. 890 ss. Le agevolazioni rivolte a familiari, di cui all'art. 33 co. 5 della l. 104/1992, devono essere bilanciate con l'interesse organizzativo datoriale, anch'esso meritevole di tutela.

⁹ Ad esso si trovano riferimenti espliciti nella direttiva quadro 89/391/Cee concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, ma anche nella dir. 93/104/Ce e 2003/88/Ce su taluni aspetti della organizzazione dell'orario di lavoro.

¹⁰ VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, in *RIDL*, 2018, p. 109 ss. L'Autore auspica un recupero di centralità da parte del legislatore, sottolineando che "in una basilare logica di divisione dei poteri è solo" al legislatore "che compete l'opera di ponderazione generale

campo di applicazione *ratione personae*: è fuor di dubbio, difatti, che il modo d'intendere la disabilità ha un impatto decisivo anche sulle scelte regolative di protezione sociale¹¹.

Gli sviluppi giurisprudenziali hanno visto il passaggio da una nozione medica a una c.d. bio-psico sociale, così come risulta dal richiamo alle principali pronunce. In *Chacon Navas per handicap* si intende un «limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche (...) che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale» mentre in *HK Danmark* «una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile qualora tale malattia comporti una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata»¹². Tale ultima definizione lascia intendere che non basta, a configurare disabilità, uno stato limitante relativo alla persona intesa nella sua individualità ma occorre, invece, mettere in relazione detto stato con barriere di varia natura idonee ad ostacolare la partecipazione alla vita della comunità.

Il transitare da una concettualizzazione meramente medica ad una più ampia che comprende aspetti sociali e d'interazione, ben rappresentato nelle due sentenze citate, non impedisce però di mantenere ferma e netta la distinzione tra disabilità e malattia che in *Chacon Navas* trova il proprio fondamento, confermato peraltro dalla giurisprudenza successiva. Qui il riferimento letterale ai fattori di rischio elencati all'art. 1 della direttiva 2000/78/Ce diventa risolutivo nel senso che «il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di malattia», venendo ad essere «esclusa» una assimilazione pura e semplice delle due nozioni (v. p. 44). Questo è vero benché le stesse abbiano contatti, così come emerge nella definizione di *HK Danmark*: la malattia può avere un rapporto di causalità rispetto alla disabilità ma quello di malattia è un criterio non «indissolubilmente» le-

tra valori e interessi, nel caso specifico scegliendo *an, quid, quando e quomodo* circa le forme di tutela specificamente mirate a rispondere alle esigenze peculiari dei malati cronici¹³.

¹¹ FAVALLI, FERRI, *Defining disability in the EU non-discrimination legislation: judicial activism and legislative restraints*, in *European Public Law*, 2016, p. 1ss.; *European yearbook of disability law*, ed. by QUINN, WADDIGTON, Intersentia 2009.

¹² Corte di giustizia 11 luglio 2006, C-13/05 *Chacon Navas*; Corte di giustizia 11 aprile 2013, C-335/11 e 337/11 *Hk Danmark*.

gato all'*handicap*: da ciò deriva che la malattia, di per sé, non entra nel campo di applicazione della direttiva 2000/78/Ce¹³.

Sulla caratterizzazione temporale dello stato di limitazione viene, in altra occasione, precisato che “il carattere duraturo della menomazione deve essere esaminato tenuto conto dello stato di incapacità”, trattandosi di valutazione fattuale alla quale è tenuto il giudice del rinvio. La limitazione è duratura quando la menomazione non presenti una prospettiva ben delimitata di superamento nel breve periodo¹⁴.

In questo quadro, l'ipotesi della malattia cronica che si caratterizza per l'irreversibilità dello stato patologico oltre che del lungo – e non determinabile *ex ante* – decorso, può godere di tutele e previsioni normative di favore nei limiti in cui le persone con malattia cronica “soddisfino le condizioni per essere classificate come disabili”. Neppure la categoria giuridica in discorso ha, infatti, una propria autonomia¹⁵.

Il caso *Kaltoft*¹⁶ ha, d'altra parte, dato modo alla Corte del Lussemburgo di prendere in considerazione il fattore obesità¹⁷ giungendo ad affermare non solo che lo stesso non è menzionato dal testo della direttiva antidiscriminatoria ma anche che l'ambito di applicazione del testo europeo non deve essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente all'art. 1 (v. p. 35); il diritto dell'Unione europea non

¹³ Il licenziamento esclusivamente a causa di malattia non rientra nel quadro generale di lotta contro la discriminazione fondata sull'*handicap*, la malattia infatti è criterio che non si aggiunge a quelli di cui alla direttiva 2000/78/Ce.

¹⁴ Corte di giustizia 1 dicembre 2016, C-395/15, Daouidi. FERRI, *Daouidi vs Bootes Plus SL and the concept of “disability” in the EU anti-discrimination law*, in *ELLJ*, 2019, p. 69.

¹⁵ VARVA, *Malattie croniche e lavoro tra normativa e prassi*, cit.; si veda anche TIRABOSCHI, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutela delle persone con malattie croniche*, in *DRI*, 2015, p. 681; MILITELLO, *La tutela del lavoratore affetto da patologia oncologica in Italia*, in *DRI*, 2018, p. 479, in tal caso viene sottolineato che, pur non rientrando espressamente nel dettato della dir. 2000/78/Ce, il lavoratore affetto da patologia oncologica ha diritto a condizioni di lavoro “sane, sicure e dignitose”, così come recita l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali del 2000, e, per questo, ai dovuti adeguamenti del lavoro (*in primis* “l'adattamento dell'istituto della sospensione del rapporto di lavoro con conseguente conservazione dell'occupazione e della retribuzione”). Secondo l'Autrice “la mancata differenziazione del trattamento riservato alla malattia in generale da quello della malattia oncologica (...) genera una discriminazione nel trattamento della malattia direttamente connessa proprio alla condizione di malato oncologico”, cfr. p. 480.

¹⁶ Corte di giustizia 18 dicembre 2014, C- 354/13, *Kaltoft*.

¹⁷ Nell'ipotesi di cui alla causa principale viene contestato il licenziamento di una persona obesa.

stabilisce, invero, alcun principio generale di non discriminazione a motivo della obesità. Non si tratta, tuttavia, di una chiusura interpretativa netta. Lo stato di obesità rientra sotto l'ombrello protettivo della direttiva 2000/78/Ce se comporta una limitazione che, in interazione con barriere di diversa natura, impedisce la piena partecipazione del soggetto. L'obesità, pur non menzionata testualmente dal diritto secondario europeo, può, in altre parole, concorrere con altri elementi di menomazione e giustificare, caso per caso, l'applicazione della tutela antidiscriminatoria in parola; è necessario, appunto, che il giudice nazionale valuti la ricorrenza di determinate condizioni.

L'obesità potrebbe ostacolare la piena ed effettiva partecipazione su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori per esempio a causa della mobilità ridotta o dell'insorgenza di patologie che impediscano di svolgere l'attività lavorativa; nel caso valutato dalla corte il sig. Kaltoft, pur essendo obeso, aveva esercitato la propria attività lavorativa per ben quindici anni. La definizione della nozione di *handicap*, spiega peraltro la corte al p. 57, precede la determinazione e la valutazione delle misure di accomodamento appropriate previste dall'art. 5 della direttiva; si tratta di misure che, tengono conto, sì, dei bisogni delle persone disabili, ma non rappresentano elemento costitutivo della nozione cosicché la loro adozione non è rilevante rispetto alla sussistenza o meno dei requisiti di applicabilità della direttiva 2000/78/Ce.

3. *La condanna dell'Italia per recepimento non corretto della direttiva 2000/78/Ce*

La sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia¹⁸ mette in luce una serie di questioni relative alla effettività della tutela sociale delle persone disabili e, più in generale, alla fase discendente del diritto europeo, nel senso di adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi europei.

I profili problematici riguardano non solo la pluralità e frammentarietà¹⁹ delle fonti ma anche il loro collocarsi su diversi livelli di governo dato che, come la stessa sentenza del giudice del Lussemburgo rileva in più punti, le

¹⁸ Corte di giustizia 04 luglio 2013, C-312/11 Commissione europea vs Repubblica Italiana.

¹⁹ RICCARDI, *Disabili e lavoro*, Cacucci, 2018, p. 23. L'Autrice parla di "frammentazione" con riferimento alla "divisione in categorie" e ai "requisiti d'accesso" della tutela dei disabili.

regioni sono competenti a disciplinare con propri atti diversi profili d'intervento a favore delle persone disabili. È, in particolare, la legge 104/1992 che attribuisce alle regioni la competenza a regolamentare “le agevolazioni ai singoli disabili per recarsi al posto di lavoro”, “nonché gli incentivi, le agevolazioni e i contributi accordati ai datori di lavoro, anche al fine di adattare il posto di lavoro” (p.63).

Il fulcro della vicenda processuale riguarda l'attuazione dell'art. 5 della direttiva 2000/78/Ce: secondo la Commissione – pur di fronte a una pluralità di norme – nell'ordinamento italiano non esiste alcuna disposizione espressa di recepimento dell'obbligo generale di ragionevole accomodamento.

Le norme dichiarate rilevanti sono la citata legge n. 104/1992 “Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”, la legge n. 68/99 recante “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”, il d. lgs. 216/2003 espressamente di “Attuazione della direttiva 2000/78/Ce per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”, nonché il d. lgs. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

Una delle precisazioni preliminari, attiene al lessico: come si argomentava in precedenza, l'utilizzo dell'espressione “persona disabile” pare più opportuno e, in sé, esplicativo della soggettività del disabile; resta da precisare comunque che, nell'intero panorama delle norme lavoristiche citate nell'ordinamento interno²⁰, ricorrono anche le categorie giuridiche di “invalido” e “inabile”, trattandosi nel primo caso di soggetto con una lesione della capacità lavorativa specifica mentre, nel secondo, della capacità lavorativa generica²¹.

La Corte di giustizia, nella pronuncia in discorso, prende in rassegna i testi normativi citati e sottolinea che “non è sufficiente disporre misure pubbliche di incentivo e di sostegno ma è compito degli Stati membri imporre a tutti i datori di lavoro l'obbligo di adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore dei disabili”, così come emerge dall'art. 5 della direttiva (cfr. p. 62).

Maurizio Cinelli rileva che l'impressione di “severità” della sentenza

²⁰ Si pensi, prima di tutto all'art. 38 Cost. nei suoi commi 1 e 2.

²¹ V. AVIO, *I lavoratori disabili tra vecchie e nuove discipline*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, a cura di BALLESTRERO, BALANDI, 2005, Il Mulino, p. 155 ss.

della corte potrebbe derivare dalla “non buona reputazione” di cui il nostro Paese è oggetto nel settore: per questo l'enfasi sul dato letterale e il “richiamo forte” fatto al nostro Paese²².

Dal testo della pronuncia emerge chiaramente, dunque, il mancato recepimento in modo “completo” e “corretto” dell'obbligo relativo al ragionevole accomodamento, soprattutto a partire dal basso grado di effettività che, nei fatti, caratterizza le norme protettive del lavoro.

Viene, in altre parole, fatto perno su un richiamo “diretto” alla responsabilità di tutti i datori di lavoro, ai fini della individuazione di soluzioni il più possibile concrete. A livello interpretativo si può affermare, dunque, che completezza e correttezza della attuazione presuppongano un richiamo testuale dell'enunciato europeo di “accomodamento ragionevole” da parte del testo normativo di recepimento; si badi bene che il testo del d. lgs. 216/2003, nei suoi contenuti originari, non arrecava in sé alcun riferimento alla nozione di accomodamento ragionevole, né le altre precedenti norme presenti nell'ordinamento risultavano veicolare significato analogo.

Appare importante, in proposito, l'accostamento tra le nozioni di collocamento mirato e di accomodamento ragionevole, al fine di individuarne i punti di contatto. La prima, di cui all'art. 2 della legge 68/99, attiene principalmente alla fase dell'inserimento lavorativo e consiste nel mettere in rapporto le capacità lavorative della persona con disabilità con l'analisi dei posti e favorendo il conseguente inserimento; la seconda, invece, si presenta con sfumature di significato più ampie e onnicomprensive di tutte le possibili azioni che il datore di lavoro può svolgere nelle varie fasi dell'impiego (v. art. 5 e considerando 20 dir. 2000/78/Ce).

La riflessione sui modi di attuazione del diritto europeo lambisce questioni relative alle regole sugli *standard* protettivi, con particolare riferimento, al non regresso e alla c.d. clausola delle disposizioni più favorevoli²³; la Corte di giustizia configura, nella pronuncia in parola, i tratti principali del recepimento “completo e corretto” di una direttiva europea che può, invero, spingersi fino a richiedere una attuazione letterale dell'istituto di matrice europea, degli obiettivi e delle finalità che questo è deputato a raggiungere.

Il c.d. accomodamento ragionevole si accompagna all'universalismo sog-

²² CINELLI, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *RIDL*, 2013, p. 935.

²³ DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DRLI*, 2002, p. 449 ss.

gettivo, in quanto applicabile a “tutti i disabili” e obbligatorio per “tutti i datori di lavoro”; esso appare, in altri termini, come insieme vasto di misure idonee a portare in ciascun posto di lavoro e a ciascun destinatario i tratti di eguaglianza che le regole europee hanno plasmato, per il tramite del recepimento nell’ordinamento interno²⁴, una tutela effettiva, *case by case*, delle posizioni giuridiche soggettive dei disabili. Rileva anche la distinzione tra il concetto di accessibilità e quello di ragionevole accomodamento: mentre il primo è incondizionato e ha un rilievo “di gruppo” il secondo ha una natura individualizzata; l’obbligo di realizzare accomodamenti ragionevoli sorge, infatti, *ex nunc* solo nel momento in cui una persona con disabilità necessita di una particolare soluzione organizzativa²⁵.

4. Dal d. lgs. 216 del 2003 al d. lgs. 151 del 2015, percorsi evolutivi

L’aggiunta del co. 3 bis all’art. 3 del d. lgs. 216/2003, ad opera dell’art. 9 co. 4 del d.l. 76/2013 convertito in l. 99/2013, ha configurato il primo intervento espressamente di risposta alla condanna da parte della Corte del Lussemburgo e il legislatore più recente è, di nuovo, tornato sul tema della effettività della tutela delle persone disabili con il d. lgs. n. 151/2015²⁶, intervenuto a modificare la legge 68/99²⁷.

Se il co. 3 bis ha un “effetto potenzialmente dirompente” sulle acquisizioni teorico-giurisprudenziali di intangibilità del potere organizzativo datoriale nel senso di “tutelare il diritto al lavoro” della persona disabile²⁸, d’altra parte è di sicuro interesse la promozione dell’istituzione della figura del re-

²⁴ BRESCIANI, *I modelli regionali di attuazione della l. 68/99*, paper presentato al convegno *I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro*, Bari 23-24 novembre 2018.

²⁵ Cfr. FERRI, *Reasonable accomodation as a gateway to the equal enjoyment of human rights: from New York to Strasbourg*, in *Social Inclusion*, 2018, p. 40; si veda anche *Reasonable accomodation for disabled people in employment context*, prepared by FERRI, LAWSON, Luxemburg: Publication office of the European commission, 2016.

²⁶ Le modifiche apportate alla legge 68/99 “sono finalizzate con tutta evidenza a fornire una qualche risposta alla pronunzia della Corte europea, pur nella totale e per certi versi inspiegabile assenza di riferimenti alla stessa”, v. GAROFALO, *Jobs act e disabili*, in *RDSS*, 2016, p. 90.

²⁷ AVIO, Artt. 3-14, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, 2017, Kluwer, p. 1490 ss.

²⁸ SPINELLI, *La nuova disciplina dell’inserimento al lavoro delle persone disabili (d. lgs. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell’Unione europea*, in *Semplificazioni – sanzioni – ispezioni nel Jobs act 2*, a cura di GHERA, GAROFALO, Cacucci, 2016, p. 16.

sponsabile dell'inserimento lavorativo (d'ora in poi RIL)²⁹, deputato all'analisi delle caratteristiche dei posti di lavoro da assegnare ai disabili anche in considerazione degli accomodamenti ragionevoli che il datore di lavoro è tenuto ad adottare (v. art. 1 lett. *d* ed *e* del d. lgs. 151/2015). È significativo il riferimento ai sistemi di incentivi accordati ai datori di lavoro che assumono persone con disabilità di cui agli articoli 13 e 14 della l. 68/99 come modificata dal lgs. 151/2015. Per i profili qui d'interesse si richiama l'attenzione sulla funzione del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili che può essere utilizzato per il rimborso forfettario delle spese effettuate per l'adozione di ragionevoli accomodamenti a beneficio di lavoratori con capacità lavorativa residua inferiore al 50%; è significativa la precisazione secondo cui le “tecnologie di telelavoro” nonché le azioni di “riduzione delle barriere architettoniche”³⁰ costituiscono, a tal fine, soluzioni di accomodamento ragionevole³¹. Si noti, peraltro, che l'implementazione delle tecnologie di telelavoro, con esclusivo riferimento ai disabili, può configurarsi come rischiosa qualora sia intesa come misura prevalente e qualora abbia l'effetto sostanziale di sottrarli dal contesto lavorativo, configurandosi una eterogenesi delle finalità di inclusione; è cosa diversa, d'altra parte, se il più ricorrente ricorso alle tecnologie di telelavoro si accredita come misura generalizzata di benessere lavorativo. I più recenti studi riguardanti il telelavoro segnalano i suoi effetti “ambivalenti”: se lo stesso sembra favorire un maggior controllo sui tempi di lavoro, dall'altro le indagini rivelano un maggiore isolamento sociale e minori forme di supporto “da parte di colleghi e superiori”. Tale ultimo dato sembra avere, peraltro, conseguenze negative in merito allo sviluppo della capacità di fare fronte alle difficoltà lavorative e “avere anche ripercussioni sull'efficienza lavorativa”³².

Al momento di redazione di questo scritto non risulta emanato, nel la-

²⁹ La figura potrebbe essere coerente con la strategia del *diversity management* (modelli di gestione del personale che puntano sul miglioramento della produttività del lavoro), v. SPINELLI, *La nuova disciplina dell'inserimento al lavoro delle persone disabili (d. lgs. 151/2015) nel quadro della normativa internazionale e dell'Unione europea*, cit., p. 19.

³⁰ Le medesime erogazioni possono essere utilizzate anche per l'istituzione della figura del responsabile dell'inserimento lavorativo.

³¹ Lo rileva AVIO, facendo leva sul dato letterale e l'utilizzo della espressione “incluso” piuttosto che “o” (co. 4 art. 14). Cfr. AVIO, Artt. 3-14, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit., p. 1492.

³² FRACCAROLI, DEPOLO, *Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo*, in *DLRI*, 2017, p. 654.

voro privato, il decreto ministeriale attuativo citato dal d. lgs. 151/2015 mentre si registra che la figura del “responsabile dei processi di inserimento delle persone con disabilità” è stata delineata, nel lavoro pubblico, dal d. lgs. 75/2017 che, al proprio art. 10, ha modificato l’art. 39 ter del d. lgs. 165/2001. Le amministrazioni pubbliche con più di 200 dipendenti sono tenute, invero, a nominare un responsabile dei processi di inserimento: egli cura i rapporti con i centri per l’impiego per l’inserimento lavorativo dei disabili, predispone – sentito il medico competente – accorgimenti organizzativi o propone soluzioni tecnologiche per facilitare l’integrazione al lavoro, anche ai fini dei necessari accomodamenti ragionevoli; verifica, inoltre, l’attuazione del processo d’inserimento segnalando eventuali situazioni di disagio e di difficoltà d’integrazione.

5. *Il ragionevole accomodamento nella giurisprudenza interna e le prospettive di estensione della tutela*

La questione interpretativa dirimente, nella giurisprudenza, attiene al bilanciamento tra libertà d’iniziativa economica e diritto al lavoro della persona disabile, beni giuridici tutelati anzitutto dalla carta costituzionale.

Benché la novella d’inserimento testuale del “ragionevole accomodamento” sia recente, vi è nell’ordinamento altra norma la cui interpretazione si è analogamente posta al centro della contesa tra i beni giuridici in discorso. Il riferimento è all’art. 10 co. 3 della legge 68/99 ai sensi del quale il rapporto di lavoro può essere risolto qualora, anche utilizzando i “possibili adattamenti dell’organizzazione” del lavoro, la commissione Inail a ciò deputata accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all’interno dell’azienda³³.

È, qui, dibattuta la consistenza degli adattamenti organizzativi a fronte dell’aggravamento della condizione di salute del disabile. Le due principali linee interpretative vedevano alternarsi un approccio minimalista, dovendo tali accorgimenti essere esigibili già in attuazione del principio generale di buona fede e correttezza nell’esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.); nonché un approccio più articolato in cui, qualora gli interventi richiesti abbiano un carattere più complessivo, è revocata in dubbio la identificazione dei destinatari dell’obbligo di cooperazione: riguardando il disabile obbliga-

³³ Cfr. Cass. 13 novembre 2009, n. 24091.

toriamente assunto che si sia aggravato, il soggetto divenuto invalido nel corso del rapporto oppure il disabile il cui stato di salute si riveli incompatibile con le mansioni³⁴.

Sul piano interpretativo, l'espressione "possibili adattamenti" è stata intesa come ricomposizione di mansioni e ruoli da affidare al lavoratore protetto, ma non a modificare in modo sostanziale la organizzazione³⁵; confermando la linea giurisprudenziale che ammetteva adattamenti organizzativi in fase iniziale del rapporto ma escludendoli in ogni altro caso. Veniva, difatti, escluso che il datore di lavoro fosse "costretto a modificare o adeguare - con inammissibili costi aggiuntivi - la sua organizzazione aziendale alle condizioni di salute del lavoratore protetto, né a creare un nuovo posto di lavoro"³⁶, dal momento che "le limitazioni di libertà nello svolgimento delle attività economiche introdotte dalla normativa sul collocamento obbligatorio possono incidere sulla scelta dei collaboratori da assumere ma non sull'assetto organizzativo"³⁷.

È proprio in tale contesto che la novità legislativa sul ragionevole accomodamento acquista un valore rafforzativo delle istanze di tutela del disabile, nel senso della eliminazione delle barriere di diversa natura che "ostacolano la piena ed effettiva partecipazione delle persone disabili alla vita professionale su base di eguaglianza con gli altri lavoratori". Si tratta di soluzioni non solo materiali ma anche organizzative o relative alla cadenza o velocità con cui si effettua il lavoro (si veda, soprattutto, la sentenza Hk Danmark, p. 55).

L'impatto della novella sul ragionevole accomodamento è delineato, in particolare, da una pronuncia del Tribunale di Pisa, successiva al d. lgs. 216 del 2003: "l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di recesso costituito dalla sopravvenuta superfluità per quell'organizzazione della prestazione (in quanto non più utilmente impiegabile senza rischi per la sua salute) potrebbe

³⁴ TOMIOLA, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*, in *RIDL*, 2009, p. 656.

³⁵ Cfr. Tribunale Ferrara 22 ottobre 2008.

³⁶ Cass. 26 settembre 2002, n. 13960 secondo cui "il collocamento obbligatorio può far insorgere, a carico del datore di lavoro, un obbligo a contrarre nei confronti dell'invalido avviato sempreché esistano nell'azienda posizioni lavorative compatibili con il grado di menomazione da cui è affetto il soggetto protetto". Si veda anche Cass. 13 maggio 1994, n. 4667.

³⁷ TOMIOLA, *L'obbligo di cooperazione del datore di lavoro in caso di aggravamento dello stato di salute del lavoratore disabile*, cit., p. 656 ss.

ritenersi solo ove fosse verificata anche l'infruttuosità o l'impraticabilità di modifiche delle attrezzature aziendali, dei turni o della distribuzione delle mansioni, aventi un costo non sproporzionato". E' possibile, ivi, cogliere il richiamo alla direttiva europea che, nella esemplificazione del considerando 20, pone l'accento sulla sistemazione dei locali e delle attrezzature, dei ritmi di lavoro, della ripartizione dei compiti in funzione dell'*handicap*. Le conseguenze di tale assunto ricadono direttamente sul piano probatorio nel senso che grava sulla parte datoriale provare l'inesistenza o inutilità di tali ragionevoli accomodamenti, in quanto necessariamente costitutivi del giustificato motivo oggettivo, "alla luce dell'obbligo legale di non discriminazione per motivi di *handicap*". La prova, d'altra parte, non è raggiunta se presso l'unità produttiva permangono posizioni professionali che possano essere ricoperte senza pregiudizio per la salute della lavoratrice, anche sulla base della sola ricostruzione dei compiti tra gli addetti. La mancata adozione di misure di riassetto organizzativo configura "violazione del generale principio di parità di trattamento dei lavoratori portatori di *handicap* posto dalla direttiva 2000/78 e nell'ordinamento interno dal d. lgs. 216/2003, senza che (...) rilevi in alcun modo l'esistenza o la prova di un soggettivo intento (...) di discriminare la ricorrente", il divieto di discriminazione opera obiettivamente³⁸.

Il ragionevole accomodamento consente, dunque, di superare "il dogma della intangibilità dell'organizzazione aziendale"³⁹: in astratto, nessuna modificazione organizzativa è, come tale, esclusa dal raggio applicativo del concetto stesso. La verifica giudiziale si svolge in concreto nel valutare la ragionevolezza dello sforzo di adattamento e cooperazione del datore di lavoro, in considerazione delle specifiche circostanze del caso. L'analisi dei costi – e il relativo giudizio di eventuale sproporzione – è da effettuarsi in relazione a dimensioni e risorse dell'impresa: non è mera analisi aziendale costi/benefici ma autentico bilanciamento di interessi; in ipotesi di licenziamento della persona disabile, per il datore di lavoro si assommano, in altre parole, l'obbligo di *repechage* in senso stretto e di accomodamento ragionevole⁴⁰.

Si segnala, in proposito, che nella citata sentenza *Chacon Navas* si può in-

³⁸ Le citazioni sono tratte dalla sentenza del Trib. di Pisa 16 aprile 2015, giudice estensore Tarquini.

³⁹ CIMAGLIA, *Niente su di noi senza di noi: la Corte di giustizia delinea il nuovo diritto al lavoro delle persone con disabilità*, in *RGL*, 2013, III, p. 405.

⁴⁰ GIUBBONI, *Sopravvenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione adeguatrice*, in *RIDL*, 2012, II, p. 289 ss.

dividuaire entro quali limiti le persone disabili siano tutelate per quanto attiene alle condizioni di licenziamento; viene, di talché, statuito che il divieto in materia di licenziamento, relativo alla discriminazione fondata sull'handicap, osta a un licenziamento fondato su un *handicap* che, tenuto conto dell'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli per i disabili, “non sia giustificato dal fatto che la persona di cui trattasi non è competente, capace, o disponibile a svolgere le mansioni essenziali del suo posto di lavoro” (p. 51 della sentenza *Chacon Navas*). Tale pronuncia, secondo alcuni, trascura la forza espansiva del contenuto dell'art. 5 della direttiva 2000/78/C, partendo comunque dal presupposto che essa non prescrive il mantenimento della occupazione di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del proprio lavoro. Non entra, pertanto, nel merito della portata dei provvedimenti appropriati ex art. 5 ma, “prudenzialmente”, individua i casi in cui il licenziamento del disabile sia ingiustificato⁴¹. Con la sentenza *Hk Danmark* viene stabilito, invece, che un datore di lavoro non può licenziare un lavoratore assente per il solo fatto che il datore non abbia disposto un ragionevole accomodamento, promuovendo un significativo passo avanti nella garanzia della effettività dell'art. 5 della direttiva⁴². L'assenza del lavoratore con disabilità è, in altre parole, da attribuire al fallimento datoriale nella ri-sistemazione, secondo ragionevolezza, piuttosto che allo *status* del disabile.

Tornando a considerare, in ottica di sistema, le regole del nostro ordinamento, si può dire che nell'opportuno raccordo tra art. 10 co. 3 l. 68/99, art. 3 co. 3 bis d. lgs. 216/2003 e art. 42 d. lgs. 81/2008⁴³ si compone il mosaico della tutela lavoristica della persona disabile; si tratta di norme che denotano una forte potenzialità: se interpretate congiuntamente, sono idonee a “seguire il lavoratore” e promuoverne la “sicurezza”⁴⁴. L'ambiente di lavoro non solo

⁴¹ PASTORE, *Disabilità e lavoro: prospettive recenti della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *RDSS*, 2016, p. 213.

⁴² *International and European labour law*, ed. by ALES, BELL, DEINERT, ROBIN OLIVER, Hart Publishing, 2018, p. 537.

⁴³ VINCIERI, *Tutela della salute e obbligo di adibizione del lavoratore a mansioni compatibili*, in *RIDL*, 2016, II, p. 589.

⁴⁴ PASCUCCI, *Dieci anni di applicazione del d. lgs. n. 81/2008*, in *DSL*, 2018, p. 7, l'Autore enfatizza sul passaggio dalla “sicurezza nei luoghi di lavoro” alla “sicurezza dei lavoratori”. Si noti, peraltro, che l'accomodamento ragionevole, funzionale alla inclusione delle persone disabili, e il contenuto del generale obbligo di sicurezza sono accomunati dal suddetto giudizio di bilanciamento dal momento che, entrambi, richiedono un difficile apprezzamento degli interessi in gioco e la loro sistematizzazione.

viene ad essere più *friendly* – nel senso di più adattabile alle esigenze individuali⁴⁵ – ma anche più sicuro concorrendo a garantire il valore della salute e integrità del cittadino⁴⁶. Il telelavoro, in questo quadro, non è una misura “benefica in sé” ma lo diventa all’interno di politiche di monitoraggio, valutazione, integrazione nonché di identificazione e rotazione delle figure professionali da coinvolgere⁴⁷.

6. *Il lungo cammino dell’Europa sociale*

Negli ultimi tempi appare indiscusso che l’Unione europea abbia abbandonato la strada della armonizzazione tramite tutele minime e abbia mostrato una “rarefazione degli interventi di *hard law*”, con un autentico indebolimento della portata delle proprie iniziative in materia sociale⁴⁸.

Tuttavia, le acquisizioni di matrice europea, relative alla effettività delle disposizioni della direttiva 2000/78/Ce, della nozione di disabilità nonché del ragionevole accomodamento, lasciano aperta la strada a spiragli di “riconciliazione” della Europa sociale e, soprattutto, non potrebbero essere ignorate qualora la volontà politica si indirizzasse verso la costruzione di una “Unione sociale europea”, così come definita da Maurizio Ferrera, facendo perno sulla “carica valoriale e simbolica”, racchiusa in questa espressione⁴⁹. Quando si parla di tutela delle persone con disabilità, invero, ci si attesta proprio nel cuore delle questioni relative alla Europa sociale.

In generale, appare, dunque, importante evitare di relegare il progetto sociale ad ambito limitato e occasionale d’intervento: occorre non solo l’estensione del novero delle competenze europee ma anche più democrazia sociale e maggiore vincolatività dei diritti sociali fondamentali; se così non

⁴⁵ BARBERA, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 79.

⁴⁶ BALANDI, *Il contenuto dell’obbligo di sicurezza*, in *Quad. DLRI*, 1993, p. 79.

⁴⁷ FRACCAROLI, DEPOLO, *Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo*, cit., p. 655.

⁴⁸ GOTTARDI, *Le modificazioni del sistema delle fonti e l’impatto sulle istituzioni Ue*, in *RGL*, 2018, p. 630. L’Autrice evidenzia come la produzione normativa si concentri principalmente sulle situazioni di transfrontalierità così come dimostra la recente direttiva 2018/957/Ce sul distacco.

⁴⁹ FERRERA, *Si può costruire una Unione sociale europea?*, in *QC*, 2018, p. 584.

fosse non resterebbe altro che, prendendo a prestito le parole di Roger Blanpain, “invocare miracoli”⁵⁰.

⁵⁰ BLANPAIN, *The European social model (ESM): Myth or Reality?*, in *ELLJ*, 2011, p. 149. Secondo l'Autore “The road seems long, the path steep and narrow. Miracles are called for”.

Abstract

Il saggio esplora i principali aspetti delle nozioni di disabilità, malattia, obesità alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Il diritto dell'Unione europea, in particolare l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali e la direttiva 2000/78/Ce, hanno cambiato il modo di considerare le "persone con disabilità". In questo contesto i contenuti dell'art. 5 della direttiva 2000/78/Ce hanno permesso di aumentare il grado di inclusione sociale della persona con disabilità nell'ambiente di lavoro. L'Autrice mette, inoltre, in relazione tali assunti con le regole e la giurisprudenza dell'ordinamento interno, avendo ben presente la fase di crisi in cui l'Europa sociale si trova.

The essay explores the main aspects of the notions of disability, sickness, obesity in the light of Court of Justice case law. The European union law, in particular art. 26 of the Charter of fundamental rights and 2000/78/Ce directive, changed the way to consider "persons with disability". In this context the contents of art. 5 of 2000/-78/Ce directive allowed to increase the degree of social inclusion of the person with disability in working environment. The Author puts in relation these concepts with Italian rules and case law, having in mind the crisis that affects social Europe nowadays.

Key words

Persone con disabilità, inclusione sociale, ragionevole accomodamento, giurisprudenza europea.

Persons with disability, social inclusion, reasonable accommodation, european case law.

Corte di Cassazione 12 aprile 2017 n. 9392 – Pres. Napolitano, Rel. Tria.

Dirigenza pubblica – valutazione della prestazione – determinazione degli obiettivi – conoscenza tempestiva degli obiettivi – valutazione illegittima – danno da perdita di *chance*.

Accertata l'illegittimità del procedimento di valutazione negativa del dirigente pubblico, il giudice del merito non può sostituirsi all'organo deputato alla verifica dei risultati. Ma, in base al principio secondo cui la perdita di chance è dimostrabile anche per presunzioni e la relativa liquidazione è necessariamente equitativa, non può escludere in radice la sussistenza del diritto al risarcimento dei danni per perdita di chance se ritualmente richiesto.*

* Massima redatta dall'Autore.

Pasquale Monda

La valutazione della dirigenza pubblica all'esame della Cassazione

Sommario: **1.** Una breve panoramica della sentenza. **2.** La formulazione dell'obiettivo secondo l'art. 19 d.lgs. 165/01. **3.** Le scelte del d.lgs. 74/17 sull'assegnazione degli obiettivi ai dirigenti. **4.** La "conoscenza tempestiva" dell'obiettivo. **5.** La valutazione illegittima tra approccio procedurale e dovere di correttezza. **6.** Il danno da perdita di *chance*. **7.** La prova e il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

1. Una breve panoramica della sentenza

Nella sentenza in epigrafe la Cassazione indaga la relazione tra valutazione e gestione premiale, soffermandosi su taluni dei presupposti necessari per accedere agli incentivi e chiarendo la tutela destinata al dirigente qualora, per cause a lui non imputabili, i suddetti presupposti dovessero mancare. A fornire l'occasione per l'analisi, è una vicenda non rara nella prassi: gli obiettivi cui è collegata la valutazione negativa vengono comunicati al dirigente solo in sede di colloquio di valutazione, escludendo la "possibilità di svolgere la prestazione in modo utile a conseguire il premio".

Venendo al merito delle questioni, la Cassazione ritiene che dal decreto legislativo 165 del 2001 affiori "in linea generale" la definizione *all'atto di conferimento dell'incarico* e poi *annualmente* dell'oggetto e degli *obiettivi*. Nel precisare simile affermazione, tanto sintetica quanto densa di implicazioni, si osserva che: a) stando all'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, "sono definiti *contrattualmente* ... gli obiettivi da conseguire e la durata dell'incarico"; b) l'art. 16 del d.lgs. n. 165 del 2001 annovera tra i compiti dei dirigenti di uffici dirigenziali generali "l'attuazione dei piani, programmi e direttive generali definite dal Ministro e l'attribuzione ai dirigenti della responsabilità di specifici progetti e gestioni, definendo gli obiettivi che i dirigenti devono perseguire e attribuendo le conseguenti risorse umane, finanziarie e materiali"; c) il raggiungimento degli obiettivi va "valutato anche sulla base di specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità e di comparazione dei costi, rendimenti e risultati", che ogni Amministrazione deve "elaborare *periodicamente* e comunque *annualmente* (vedi art. 17 della legge n. 59 del 1997 e s.m.i.)". Sicché – prosegue la Corte – è legittima la valutazione negativa del

dirigente, impedendo la corresponsione del premio, solo se “l’interessato sia stato posto in condizione di conoscere tempestivamente gli obiettivi da raggiungere anno per anno”^{*}.

È importante chiarire subito che la Cassazione, nello sviluppare le proprie argomentazioni, prescinde dal d.lgs. 150/09, come modificato dal d.lgs. 74/17, essendo i fatti dedotti in giudizio anteriori alla sua entrata in vigore. Tale aspetto aiuta a comprendere le ragioni che consentono alla Corte di ricorrere alle regole collettive sulla valutazione, per dare maggiore forza alla propria riflessione; regole che, dopo il d.lgs. 150/09, non hanno più alcuna applicazione, essendo la valutazione una di quelle materie dove al contratto collettivo sono posti paletti insormontabili¹. Ciò non riduce l’interesse per le pronunce: sia perché è di primissimo piano riflettere sulle tematiche affrontate dalla Corte, centrali nel dibattito sulla valutazione, sia perché la medesima Corte, per la prima volta, riconosce al dirigente il diritto di chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

Quest’ultimo costituisce uno dei profili maggiormente interessanti della citata giurisprudenza; ad avviso dei giudici di legittimità, “è rinvenibile un dettagliato procedimento di valutazione”, che, se violato, non permette al giudice di “sostituirsi all’organo deputato ad effettuare la verifica dei risultati che condiziona la corresponsione dell’indennità di risultato e, quindi, commisurare automaticamente la condanna dell’ente datore di lavoro a risarcire i danni richiesti all’indennità di risultato non percepita dal dirigente. Tuttavia, in base al principio consolidato secondo cui la perdita di *chance* è dimostrabile anche per presunzioni e la relativa liquidazione è necessariamente equitativa, il giudice non può neppure escludere in radice la sussistenza del diritto al risarcimento dei danni per perdita di *chance*, ritualmente richiesto”.

^{*} Sono miei tutti i corsivi nelle citazioni.

¹ Il riferimento è all’art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01, secondo cui “nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità, la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge”. Per ulteriori approfondimenti, v. da ultimo, NATULLO, *Tra legge e contratto: l’“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico* e DELFINO, *I nuovi “spazi negoziali”*, entrambi in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, rispettivamente p. 15 ss., p. 41 ss.

2. *La formulazione dell'obiettivo secondo l'art. 19 d.lgs. 165/01*

Nel ragionare sui principi elaborati dalla Cassazione, giova partire da quanto detto a proposito dell'art. 19 d.lgs. 165/01.

Ad avviso della Corte, secondo la norma in parola, gli obiettivi vanno definiti contrattualmente: si tocca un punto sicuramente complesso e molto dibattuto in letteratura, da trattare con la dovuta attenzione.

Procedendo con ordine, va osservato che, nello sviluppare appieno l'impostazione privatistica della riforma sulla dirigenza, il legislatore della c.d. seconda privatizzazione affidava al contratto individuale la determinazione dell'intero contenuto dell'incarico: oggetto, obiettivi, durata e trattamento economico. Ma tale soluzione, incline a valorizzare il ruolo istituzionale del dirigente, è stata drasticamente e incontrovertibilmente ribaltata dalla legge 145/02², che attribuisce a un provvedimento unilaterale il compito di definire tutti gli elementi dell'incarico e limita al contratto c.d. accessivo il solo trattamento economico³.

Sia chiaro, ne deriva un problema importante, perché la determinazione dell'obiettivo rappresenta un momento assai delicato per la tenuta delle scelte di sistema riguardanti la dirigenza: l'obiettivo costituisce, al contempo, lo snodo ultimo della programmazione politica e il fulcro sia della responsabilità gestionale attribuita al dirigente sia di una parte cospicua della sua retribuzione. Ecco perché la soluzione contrattuale, sulla quale puntava il precedente assetto normativo, costituiva un importante anello di congiunzione tra il principio della separazione funzionale, alla base del rapporto tra politica e amministrazione, la responsabilità e la retribuzione correlata al risultato⁴. Ben si comprendono, al-

² La legge 145/02 è applicabile ai fatti dedotti in giudizio, dal momento che questi si riferiscono al periodo compreso tra il 2003 e il 2005: sull'immediata applicabilità della l. 145/02, argomentata in base al suo art. 3, co. 7, v. MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, 2002, p. 1005 ss.

³ Su tali aspetti, v., tra i tanti, ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 90 ss.; CARINCI F., *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (Breve storia di una scommessa perduta)*, in *LPA*, 2006, p. 1049 ss.; D'ALESSIO, *Incarichi di funzioni dirigenziali*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, p. 1062 ss.; RICCI M., *La dirigenza pubblica rivisitata: luci ed ombre*, in *LPA*, 2016, p. 297 ss.; ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, in *ED, Annali V*, 2012, p. 535 ss.; ZOPPOLI L., *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *LPA*, 2008, p. 1 ss.

⁴ Sin da ora sia consentito rinviare su questo aspetto e per ogni altra implicazione che qui

lora, le ragioni che hanno indotto a ritenere l'opzione unilaterale assai debole, essendo decisamente "arduo restringere davvero lo spazio del contratto, nella definizione del contenuto dell'incarico, dinanzi alla sua riaffermata competenza per il trattamento economico, che non può evidentemente disgiungersi dalla più generale natura del contratto di dirigente"⁵. E si comprendono anche le ragioni che hanno alimentato un ricco dibattito, dai significativi risvolti teorici e pratici, sia sulla possibilità di rinvenire negli obiettivi dell'art. 19 il reale fulcro dei processi di valutazione sia sullo spazio del consenso nel programmare gli elementi della medesima valutazione⁶.

A tale dibattito la stessa Cassazione non appare insensibile, perché, pur non sostenendolo espressamente, sembrerebbe (ma il condizionale è d'obbligo) escludere che sugli obiettivi indicati nel provvedimento sia fondata la valutazione della prestazione. Si afferma, al riguardo, che dal decreto legislativo 165 del 2001 "affiora 'in linea generale' la definizione all'atto di conferimento dell'incarico e poi *annualmente* dell'oggetto e degli obiettivi" e che "il conseguimento degli obiettivi va valutato anche sulla base di specifici indicatori di efficacia, efficienza ed economicità e di comparazione dei costi, rendimenti e risultati che ogni Amministrazione deve elaborare *periodicamente* e comunque *annualmente*", con l'effetto che la valutazione negativa presuppone "che l'interessato sia stato posto in condizione di conoscere tempestivamente gli obiettivi da raggiungere, anno per anno"⁷.

3. Le scelte del d.lgs. 74/17 sull'assegnazione degli obiettivi ai dirigenti

Quanto detto aiuta a comprendere la rilevanza del recente comma 1-bis dell'art. 9 introdotto dal d.lgs. 74, che, per i soli dirigenti individuati dal-

non si avrà modo di approfondire a MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016.

⁵ V. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 548 ss.

⁶ V., principalmente, ALES, *La corretta definizione degli elementi contenutistici del provvedimento di incarico quale presupposto legittimante della valutazione della "prestazione dirigenziale" nelle pubbliche amministrazioni: teoria e prassi a confronto nell'esperienza italiana e comparata*, in AA.VV., *I sistemi di valutazione della dirigenza nelle pubbliche amministrazioni dello Stato*, Methis, 2005, p. 77 ss.; ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 63/2008, pp. 13-17; MONDA, *op. cit.*, 2016, pp. 121-168.

⁷ Sono miei tutti i corsivi riportati nelle citazioni.

l'art. 19, commi 3 e 4, collega la valutazione della prestazione dirigenziale al “raggiungimento di specifici obiettivi... definiti nel *contratto individuale*” (mio il corsivo).

La norma aiuta a chiarire l'incerto quadro giuridico con il quale la Casazione si confronta, perché, rinvenendo la fonte degli obiettivi per valutare la prestazione dirigenziale nel contratto, priva di tale compito il provvedimento⁸: diversamente, si giungerebbe a una duplicazione di competenze senza alcuna logica. È significativo evidenziare, inoltre, che la norma, limitando la soluzione negoziale solo agli obiettivi in parola, “recupera” il ruolo del contratto senza contraddire l'art. 19 d.lgs. 165/01.

Naturalmente, le considerazioni fatte impongono di rivedere il ruolo che gli obiettivi determinati dal provvedimento hanno nel processo di valutazione e di chiarire la periodicità degli obiettivi individuali.

Sul primo aspetto, se la gestione dirigenziale deve comunque attuare gli obiettivi determinati dal provvedimento, non è peregrino sostenere che essi, proprio perché vanno realizzati, delimitino l'ambito nel quale definire, per ognuna delle annualità che compongono la durata dell'incarico stesso, l'obiettivo da valutare. L'obiettivo contenuto nel provvedimento, quindi, non costituirebbe il fulcro della valutazione della gestione dirigenziale, ma un limite esterno alla sua individuazione e ne rappresenterebbe un “presupposto costitutivo”: l'obiettivo definito contrattualmente, pertanto, finirebbe con l'essere una delle possibili declinazioni dell'obiettivo stabilito nel provvedimento, che, solo così, verrebbe conseguito.

Nell'affrontare l'altra questione, è utile aver presente una delle principali e più note innovazioni del decreto legislativo n. 150/09, ossia il ciclo delle performance. Si tratta di un procedimento che, dettando puntuali tempistiche e stabilendo un rigido sistema di connessioni tra le sue varie fasi, scandisce in modo meticoloso il passaggio dall'indirizzo programmatico agli obiettivi gestionali. Tali vincoli procedurali coinvolgono anche gli obiettivi per valutare il dirigente; sicché – interessa osservare – l'annualità menzionata dalla lett. d) dell'art. 5, co. 2, se riguarda sicuramente i programmi da definire al-

⁸ Gli obiettivi di cui discorre il comma 1-bis altro non sono che gli “obiettivi individuali” del comma 1 e con questa dizione saranno individuati nel prosieguo dell'analisi. Va aggiunto che l'art. 9 d.lgs. 150/09 fa dei citati obiettivi individuali uno degli elementi che strutturano la performance individuale, con la quale il legislatore punta a valutare la prestazione dirigenziale in una prospettiva essenzialmente incentivante. Su tutti tali profili v., *amplius*, MONDA, *op. cit.*, cap. II.

l'inizio di ogni ciclo delle performance, non può che riguardare pure gli obiettivi individuali⁹. E questo perché, stando alla logica procedimentale dell'art. 4 d.lgs. 150/09, simili obiettivi devono sviluppare i programmi annuali e ne condividono la durata: necessaria, del resto, per misurare, entro il termine di conclusione dell'intero ciclo, il raggiungimento del risultato¹⁰.

Tutto ciò sembra consolidare la lettura della Cassazione, che ricava l'annualità della valutazione e degli obiettivi cui essa è correlata dall'art. 17 della legge n. 59 del 1997: ovvero, la disposizione che ha portato alla disciplina sui controlli interni del d.lgs. 286/99¹¹.

Certo, il comma 1-*bis*, pur costituendo un riferimento normativo determinante nel precisare il quadro giuridico esaminato dalla Cassazione, non è privo di incertezze.

Ne costituisce un valido esempio la limitazione della soluzione bilaterale ai soli dirigenti individuati dall'art. 19, commi 3 e 4, d.lgs. 165/01: una scelta discutibile, giacché sia la responsabilità *ex art. 21* sia gli incentivi retributivi caratterizzano l'intera dirigenza senza alcuna differenza qualitativa. Dunque, anche per i dirigenti individuati dal comma 5 dell'art. 19 è avvertita l'esigenza di instaurare, definendo contrattualmente l'obiettivo, quel fondamentale anello di congiunzione tra il principio di separazione funzionale, alla base del rapporto tra politica e amministrazione, la responsabilità e la retribuzione di risultato del quale già si è detto¹².

⁹ A differenziare i programmi triennali e i programmi da definire all'inizio del ciclo di gestione della performance è l'art. 10 d.lgs. 150/09.

¹⁰ Giova ricordare che pure il ciclo di gestione delle performance ha una periodicità annuale: a confermarlo sono numerose disposizioni del decreto legislativo n. 150 del 2009, tra queste è utile ricordare gli artt. 7, co. 1, e 10, secondo cui la valutazione va svolta annualmente e la Relazione annuale sulle performance – ossia il documento finale del ciclo – va redatto ogni anno.

¹¹ Giova precisare che l'art. 17 l. 59/97 fissava i criteri cui il Governo doveva attenersi nel “riordinare e potenziare i meccanismi e gli strumenti di monitoraggio e di valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche” una delega attuata con il d.lgs. 286/99.

¹² Ben si comprendono, allora, i tentativi di dimostrare come anche per la dirigenza di cui al comma 5 dell'art. 19 d.lgs. 165/01 sia praticabile la strada della formulazione negoziata degli obiettivi che concorrono alla valutazione. Non potendo in questa sede ripercorrere le argomentazioni alla base di tale soluzione, sia consentito rinviare a MONDA, *op. cit.*, cap. IV.

4. La “conoscenza tempestiva” dell’obiettivo

Affidando al contratto la formulazione degli obiettivi individuali, il legislatore contribuisce in modo significativo alla piena effettività di un principio cui la Cassazione dedica solo brevi cenni; un principio, invece, degno della massima attenzione, perché individua quella che, secondo alcuni autori, costituisce una condizione basilare per scongiurare valutazioni arbitrarie: il riferimento è alla “conoscenza tempestiva degli obiettivi da parte del valutato”¹³.

Più precisamente, stando al comma 1-bis, l’obiettivo individuale non può che essere definito mediante un duplice consenso: espressione dell’incontro tra la proposta di obiettivo – formulata dal soggetto politico, dai dirigenti apicali e generali – e l’accettazione – espressa dal dirigente che con la politica *direttamente* si interfaccia e dai dirigenti *immediatamente* “sottordinati” a quelli che eseguono la proposta – della stessa. È fin troppo evidente che il principio consensualistico offre al valutato un ruolo di primissimo piano nella formazione dell’obiettivo individuale, subordinandone la definizione al suo assenso; un assenso che presuppone la preventiva “conoscenza” o, se si preferisce, il preventivo apprezzamento di tutti i possibili risvolti collegati all’obiettivo individuale: insomma, lo schema negoziale del comma 1-bis garantisce la massima conoscenza possibile, costituendo, al contempo, il principale antidoto a obiettivi arbitrari o irrealizzabili.

Quanto alla tempestività, va preventivamente considerato, come già approfondito in altra sede¹⁴, che la proposta di obiettivo integra un obbligo giuridico in senso proprio; un obbligo radicato sul diritto del dirigente a percepire la retribuzione di risultato negoziata con il contratto accessivo. Per l’esattezza, il contratto accessivo produce un obbligo retributivo perfetto *ab initio*, che richiede, però, la successiva determinazione diacronica, tramite obiettivi individuali, del *quantum* di attività necessario a raggiungere il risultato e a ottenere l’incentivo. Tuttavia, se la corretta esecuzione dell’obbligo retributivo impone di adottare tutte le misure occorrenti a rendere esigibile il credito e se l’obiettivo individuale va assegnato solo tramite un contratto,

¹³ V., eloquentemente, D’ALESSIO, BOLOGNINO, *Il dirigente come soggetto “attivo” e “passivo” della valutazione*, in PIZZETTI, RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Studi Cis Anci, EDK editore, 2010, p. 166 ss.

¹⁴ V. MONDA, *op. cit.*, pp. 148-151.

la proposta in esame non può che rappresentare la principale esplicazione dell'obbligo di consentire la liquidazione del credito.

La configurazione di un obbligo a eseguire la proposta di obiettivo individuale – per venire a quello che più interessa – implica che la stessa vada correttamente adempiuta e, quindi, anzitutto realizzata; ma, per accertare se la proposta sia stata fatta, occorre precisare il termine entro il quale formularla: sicché, il rispetto dei tempi entro cui far conoscere l'obiettivo diventa, nella prospettiva del contratto, una necessità.

Eppure, il d.lgs. 150/09 non contiene specifiche indicazioni al riguardo, limitandosi a far intendere, con l'art. 7, co. 1, che competente a definire i suddetti tempi sia il sistema di valutazione. Quest'ultimo, dovendo essere adottato “al fine di ... valutare annualmente la performance”, non può non precisare tutti gli aspetti organizzativi del procedimento di valutazione, tra cui sicuramente rientra il termine in parola, indispensabili a esaurirne annualmente lo svolgimento: naturalmente, le previsioni del sistema saranno vincolanti per le parti coinvolte nella formazione dell'obiettivo. Sebbene rimessa all'amministrazione, la scelta sui tempi deve comunque rispettare taluni vincoli legali; vincoli conseguenti al rigido procedimento introdotto dal ciclo delle performance e, dunque, al sistema di relazioni giuridicamente rilevanti che da esso deriva.

Per l'esattezza, l'elaborazione degli obiettivi individuali, richiedendo di individuare preventivamente gli indirizzi programmatici annuali, sarà necessariamente successiva alla loro formulazione. Inoltre, dato che gli obiettivi della dirigenza – come affiora dal coordinamento tra l'art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/09 e il comma 1-bis dell'art. 9 d.lgs. 150/09 – vanno riportati (e non definiti) nel Piano della performance, la loro formulazione, oltre a essere successiva agli indirizzi programmatici annuali, deve concludersi entro un tempo utile a riprodurre gli stessi obiettivi nel Piano della performance¹⁵: è

¹⁵ Corre l'obbligo di precisare che, secondo l'art. 10, co. 1, lett. a), il Piano della performance ... definisce ... gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale”. La norma risale all'originaria formulazione del d.lgs. 150/09 e, ponendo l'accento sul termine “definizione”, sembrerebbe rimettere al Piano il compito di formulare gli obiettivi del dirigente: una lettura apparsa subito non proprio convincente, perché la “definizione” di cui discorre la norma riguarda obiettivi “assegnati”. A questo quadro viene aggiunto, dal d.lgs. 74/17, il comma 1-bis dell'art. 9, che, valorizzando il contratto, implicitamente esclude la possibilità di rinvenire nel Piano la fonte degli obiettivi individuali: diversamente, sarebbe privata di senso la recente innovazione legislativa, che, non va tralasciato, è cronologicamente successiva all'art. 10, co. 1, lett. a). Ecco perché, come più ampiamente approfondito in altra sede (MONDA, *La valutazione delle*

questo l'esito di una stringente dinamica procedimentale, dal carattere inderogabile¹⁶, al quale l'elaborazione degli obiettivi individuali non è sottratta.

L'ordinamento, quindi, non esplicita i tempi di formazione dell'obiettivo annuale, ma li influenza con disposizioni vincolanti per il sistema di valutazione. Certo, nulla impedisce che il sistema non ottemperi alla delega normativa e ometta di stabilire il suddetto termine. Tuttavia, ferma la dubbia legittimità del sistema, non è esclusa, mancando i tempi entro cui proporre l'obiettivo, l'applicabilità dell'art. 1183 c.c.¹⁷; il valutato, pertanto, potrà richiedere l'esecuzione del diritto a ricevere la proposta appena saranno individuati gli indirizzi programmatici annuali: ovvero, il momento a partire dal quale la proposta può essere realizzata.

5. *La valutazione illegittima tra approccio procedurale e dovere di correttezza*

L'indagine deve ora proseguire esaminando quando, secondo la Corte, la valutazione del dirigente non è svolta regolarmente e precisando la tutela azionabile in simili circostanze.

La Cassazione desume dai principi sullo svolgimento della valutazione un procedimento che, se violato, rende illegittima la medesima valutazione e le sue "implicazioni gestionali". La prospettiva è indubbiamente attuale e merita la massima attenzione: se già il quadro normativo precedente al decreto legislativo 150/09 si prestava a individuare un "procedimento di valutazione", a tale conclusione sicuramente porta il vigente ordinamento, che, proprio sulla valutazione interviene con un intenso approccio procedimen-

performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 370 ss.), è plausibile ritenere che nel Piano gli obiettivi vadano, lo si diceva nel testo, unicamente riportati.

¹⁶ L'art. 74 d.lgs. 150/09, nel qualificare l'art. 4 d.lgs. 150/09, come attuativa dell'art. 97 Cost., vi rinviene un principio generale dell'ordinamento. Sicché, all'art. 4 d.lgs. 150/09 e alle ulteriori disposizioni del capo II, riportate nel medesimo art. 74, co. 1, è demandato il compito di implementare un valore costituzionale, specificando le caratteristiche che gli assetti organizzativi devono avere per preservare la funzione istituzionale della valutazione. Questo consente di annoverare tali prescrizioni tra le disposizioni imperative dell'art. 1418, co. 1, c.c.: un'ipotesi che, per costante giurisprudenza, ricorre ogni qual volta "si è al cospetto di norme adottate in attuazione di valori Costituzionali" (V. Cass. 18 luglio 2003, n. 11256).

¹⁷ L'art. 1183 c.c. – è opportuno precisarlo – consente al creditore di esigere immediatamente l'adempimento della prestazione.

tale, sublimato dal ciclo di gestione delle performance. Sicché, quanto detto dalla Cassazione circa gli effetti che la violazione del procedimento comporta sulla valutazione trova senz'altro conferma nell'art. 4 d.lgs. 150/09; l'alterazione del ciclo delle performance, data la sua inderogabilità, ne inficia il corretto svolgimento, con effetti destinati a ripercuotersi sul suo terminale conclusivo: sia l'accesso sia l'esclusione dal circuito premiale saranno illegittime.

La Cassazione, però, va anche oltre e afferma che i vincoli destinati a ripercuotersi sulla legittimità della valutazione non si esauriscono nelle sole "regole procedurali", dovendovi aggiungere pure taluni dei limiti generali destinati all'autonomia organizzativa del datore di lavoro. Tra essi la Corte pone l'accento sull'obbligo di correttezza, applicabile alla valutazione data la sua natura privatistica, anche se poi non ne approfondisce tutte le possibili implicazioni. A siffatto obbligo, invece, occorre guardare con attenzione, perché esso offre la preziosa opportunità di individuare nell'arbitrio un limite cui la valutazione non può giungere.

Molto potrebbe essere detto sul punto, ma in questa sede ci si limiterà a osservare che l'obbligo di correttezza, tra l'altro, impedisce un uso improprio dell'autonomia di giudizio intrinseca alla valutazione: eventualità che ricorre – sulla scia di una nota giurisprudenza – a fronte di uno "sproporzionato e ingiustificato utilizzo del potere, al fine di raggiungere esiti diversi e ulteriori rispetto a quelli per il quale è attribuito"¹⁸. Sia chiaro, fermo il confine della "corretta valutazione", è consentito un sindacato giudiziario puramente esterno, che non investe il merito delle scelte organizzative espresse nella valutazione: ciò, del resto, riflette la più generale intangibilità delle decisioni gestionali¹⁹.

6. *Il danno da perdita di chance*

Si giunge, così, alle tutele giudiziarie azionabili dal dirigente qualora, per effetto della valutazione irregolarmente svolta, gli si precluda l'accesso ai premi.

¹⁸ V. Cass. 7 maggio 2013, n. 10568.

¹⁹ V. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, p. 83 ss.

La Cassazione, muovendo dall'intensa relazione tra valutazione della prestazione e incentivi²⁰, riconosce al dirigente la possibilità di agire in giudizio per chiedere il risarcimento del danno da perdita di *chance*²¹. La perdita di *chance* – si osserva – sostanzia “non la perdita di un vantaggio economico, ma la perdita della mera possibilità di conseguirlo”. L'affermazione è coerente alla ricostruzione, diffusa in giurisprudenza, della perdita di *chance* quale danno emergente²²: un danno – ritengono i giudici di legittimità – che non esprime una lesione a una mera aspettativa di fatto, “ma a un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita ... configura un danno concreto ed attuale... (che) non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di ottenerlo”²³. Stando a questa ricostruzione, quindi, la *chance* individua un bene giuridico presente nel patrimonio del soggetto e la sua lesione assume una dimensione concreta e attuale, dovendo essere concreta e attuale la probabilità di accrescere il patrimonio giuridico.

Ebbene, tornando alla valutazione, i presupposti sostanziali del danno da perdita di *chance* sicuramente ricorrono a fronte di una valutazione negativa illegittima. Sia chiaro, la liquidazione del premio non è automatica, perché dipende dal conseguimento degli obiettivi e dei comportamenti. Ma, se tali elementi, come nella vicenda esaminata dalla Cassazione, dovessero mancare, o, alla luce di quanto detto, dovessero essere valutati ovvero formulati in modo non corretto si interromperebbe quella “successione di eventi idonei a raggiungere un vantaggio”, che, nel caso in esame, è costituito dall'incentivo: il dirigente, cioè, subirebbe una perdita irrimediabile, venendo privato della possibilità di avere una valutazione che permette di liquidare il premio.

7. *La prova e il risarcimento del danno da perdita di chance*

Qualche precisazione ulteriore, invece, meritano le altre due questioni affrontate dai giudici di legittimità: la prova del danno e il suo risarcimento.

²⁰ Una relazione tanto intensa che sia la mancanza della valutazione sia i suoi esiti negativi impediscono di liquidare il premio.

²¹ Sul punto v. già MONDA, *op. cit.*, pp. 246-248.

²² Da ultimo Cass. 12 ottobre 2018, n. 25471.

²³ V. Cass. 29 novembre 2012, n. 21245.

Sul primo aspetto, la Cassazione si mostra decisamente critica verso la decisione della Corte d'Appello – ad avviso della quale il “danno ‘de quo’ non sarebbe stato ‘concretamente’ dimostrato” – ritenendo che le sue osservazioni “sembrano non tener conto della richiamata giurisprudenza di codesta Corte secondo cui la perdita di *chance* è dimostrabile anche per presunzioni”. L'affermazione tocca un aspetto delicato, perché, leggendo i motivi di ricorso, si evince che la Cassazione viene chiamata a pronunciarsi sull'*automatica* sussistenza dell'obbligo di risarcire la perdita di *chance* a fronte di una valutazione illegittima. La Cassazione, affermando che “la perdita di *chance* è dimostrabile anche per presunzioni”, esclude l'automatismo risarcitorio, ma, data la particolarità del danno in parola e l'assenza di precedenti sugli esiti della valutazione illegittima, talune puntualizzazioni ulteriori non appaiono per nulla secondarie: soprattutto se riguardanti l'articolazione della prova.

Al riguardo, è utile precisare che la prova del danno da perdita di *chance*, conseguente a una valutazione negativa illegittima, spetta a chi chiede il relativo risarcimento²⁴. Tale prova, inoltre, deve sostanziarsi nel dimostrare sia l'illegittimità della valutazione sia la perdita della concreta probabilità di avere il premio; quest'ultimo profilo, in particolare, va dimostrato attestando, diacronicamente, l'esistenza della concreta possibilità di giungere all'incentivo quando il comportamento che rendeva illegittima la valutazione si configurava. Certo, non c'è alcun dubbio che la prova sia complessa; del resto, è per fronteggiare simile complessità che la Cassazione ammette sia le presunzioni sia il calcolo probabilistico²⁵: molteplici, infatti, sono le sentenze dove la Cassazione afferma che “chi voglia ottenere ... i danni derivanti da perdita di *chance* ... ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita”²⁶.

Venendo alla quantificazione del danno, nelle pronunce in esame si legge che esso debba avvenire “necessariamente in modo equitativo”: anche sul punto i precedenti della Corte inducono, quantomeno, a un approfondimento ulteriore.

In più occasioni la giurisprudenza ha osservato che, alla base della sud-

²⁴ Su quest'ultimo profilo, v., da ultimo, Cass. 9 maggio 2018, n. 11165; Cass. 15 ottobre 2018, n. 25727; Cass. 14 novembre 2017, n. 26850.

²⁵ In tal senso v. Cass. 14 novembre 2017, n. 26850 e Cass. 12 aprile 2018, n. 9063.

²⁶ Così si esprime la significativa sentenza della Cassazione n. 1752 del 2005.

detta quantificazione, debba porsi un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di ottenere il vantaggio economico. Con l'effetto di calcolare il danno assumendo, come parametro di riferimento, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato ridotto di un coefficiente proporzionato alla probabilità di acquisire il vantaggio stesso²⁷.

Pertanto, nel fare dell'equità il criterio necessario a quantificare il danno da perdita di *chance* senza null'altro aggiungere, la Cassazione non pare valorizzare appieno i suoi numerosi precedenti. Tra l'altro, nel caso della valutazione, quantificare il danno attraverso il "coefficiente di riduzione" proporzionato alla possibilità di avere il pieno vantaggio economico è piuttosto agevole. È sufficiente osservare, solo per fare un esempio, che, allorché dovesse mancare l'obiettivo annuale (è il caso della sentenza esaminata), il potere organizzativo, dovendo comunque sviluppare i contenuti dell'incarico in conformità all'art. 97 Cost., non potrà, per ragioni logiche prima che giuridiche, determinare un regresso rispetto agli esiti gestionali già realizzati nell'annualità precedente²⁸. Sicché, se la frazione annuale dell'obiettivo programmatico rinviene il suo esito nel risultato finale, il dirigente, nell'eseguire l'incarico con efficacia ed efficienza, dovrà migliorare o, a seconda dei casi, mantenere gli esiti finali della struttura già raggiunti. Ebbene, sia il miglioramento sia il mantenimento consentono di individuare lo scarto tra quanto effettivamente realizzato dell'obiettivo contenuto nell'incarico e quanto, per implementarne i contenuti, verosimilmente avrebbe pianificato l'obiettivo individuale; uno scarto che potrebbe fornire un valido supporto nel calcolare il menzionato "coefficiente di riduzione": minore è tale scarto, maggiore è la probabilità di giungere alla piena liquidazione del premio.

²⁷ Da ultimo v. Cass. 10 novembre 2017, n. 26694; Cass. 9 marzo 2018, n. 5641. Ma, in tal senso, v. già Cass. 27 maggio 2002, n. 7745; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15759; Cass. 9 novembre 1997, n. 11522; Cass. 15 marzo 1996, n. 2167; Cass. 29 aprile 1993, n. 5026; Cass. 7 marzo 1991, n. 2368.

²⁸ Diversamente, si rischia di incorrere in una responsabilità dirigenziale per inosservanza delle "direttive imputabili al dirigente", tra cui sicuramente rientrano gli obiettivi fissati nel provvedimento: v. più approfonditamente, MONDA, *op. cit.*, pp. 165-168.

Key words

Dirigente pubblico, contratto e formulazione degli obiettivi, valutazione illegittima, risarcimento per perdita di chance.

Public manager, contract and formulation of objectives, illegitimate evaluation, compensation for loss of chance.

Corte D'appello Milano, 26 luglio 2018, n. 1005 – Pres. Bianchini, Est. Bianchini – E. Z. (avv.ti Ganzarolli, Sangalli, Caput) c. INAR-CASSA (avv. Pandolfo)

Pensione superstiti – Previdenza per gli ingegneri e architetti – Coppia omosessuale stabilmente convivente – Diritto alla pensione di reversibilità prima della l. 76/2016 – Sussiste – Applicazione dell'art. 2 Cost. da parte del giudice comune – Ammessa.

Il diritto al trattamento pensionistico di reversibilità, costituzionalmente garantito e rientrante fra i diritti/doveri di assistenza e solidarietà propri delle relazioni affettive di coppia in cui rientra anche quella omosessuale stabile, va riconosciuto al partner superstite di una coppia omosessuale cui non sia stato consentito di istituzionalizzare la propria relazione, attraverso l'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. anche da parte del giudice comune e senza la necessità di porre la questione al vaglio della Corte Costituzionale.

★ ★ ★

Silvia Borelli

La pensione di reversibilità per le coppie omosessuali.

*Par cete voie s'il vous plait, caro Trabucchi!**

Sommario: 1. I fatti oggetto del giudizio e la decisione della Corte d'Appello. 2. La qualificazione della pensione di reversibilità Inarcassa come retribuzione. 3. Le similitudini fra unioni omosessuali e unioni fondate sul matrimonio. 4. I rimedi in caso di discriminazione diretta. 5. *Once upon a time*, la pensione di reversibilità.

1. *I fatti oggetto del giudizio e la decisione della Corte d'Appello*

La sentenza che qui si commenta riguarda la vicenda di una coppia omosessuale che aveva convissuto stabilmente e ininterrottamente dal 1976 e che, nel 2012, appena istituito il Registro amministrativo delle unioni civili di Milano, ivi si iscriveva¹. Un partner della coppia, che a partire dal 30 aprile 2015 aveva goduto della pensione di vecchiaia Inarcassa, decedeva il 14 giugno 2015. A seguito di tale decesso, il partner superstite chiedeva a Inarcassa la pensione di reversibilità, richiesta che veniva rigettata in quanto, ai sensi dell'art. 24 reg. Inarcassa, solo il coniuge sposato ha diritto a tale trattamento. La coppia in questione non aveva potuto né sposarsi, perché nel nostro ordinamento ciò è consentito solo a persone di sesso diverso, né unirsi in unione civile, in quanto la c.d. legge Cirinnà (l. 20 maggio 2016 n. 76) era entrata in vigore dopo il decesso di uno dei partner².

* Il titolo del contributo riprende e ribalta quello di un saggio in cui Trabucchi denuncia i fattori di erosione della famiglia, rapporto che “dev'essere tra uomo e donna, perché da noi non si concepirebbe parlare di famiglia per un'unione omosessuale”. Tra i fattori di erosione, l'autore annovera il principio di parità: “quante volte, l'invocazione di un criterio di non discriminazione porta a innaturali e irragionevoli pretese di parità là dove la natura e la vita imporrebbero differenze” (*Par par cete voie s'il vous plait!*, in *RDC*, 1981, p. 356). Si ringrazia Madia D'Onghia per il confronto durante la redazione della nota. La responsabilità di quanto scritto rimane a carico dell'autrice.

¹ Al Registro delle unioni civili possono iscriversi “due persone maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, residenti e coabitanti nel comune di Milano” (art. 4 Regolamento approvato con deliberazione del Consiglio comunale di Milano n. 30 del 26 luglio 2012). Con l'iscrizione, i partner sono riconosciuti come “famiglia anagrafica” ai sensi dell'art. 4 d.P.R. 30 maggio 1989 n. 223.

² La l. 76/2016 è stata adottata a conclusione di un lungo e difficoltoso iter parlamentare, e dopo che la Corte costituzionale (14 aprile 2010 n. 138) sollecitava il legislatore a “individuare forme di garanzia e di riconoscimento” per le unioni omosessuali, e la Corte europea dei diritti

Il Tribunale di Milano, adito dal partner superstite, riteneva che l'unica legittimata a valutare la ragionevolezza dell'art. 24 reg. Inarcassa fosse la Corte costituzionale. Tuttavia, proseguiva il Tribunale meneghino, non era possibile sollevare la questione di legittimità costituzionale a causa della natura regolamentare della norma controversa.

Con la sentenza in commento, la Corte d'Appello di Milano ribalta la decisione del giudice di primo grado, e riconosce al partner superstite il diritto alla pensione di reversibilità, applicando direttamente l'art. 2 Cost. La decisione della Corte d'Appello si fonda su due considerazioni: da un lato, la riconducibilità delle unioni omosessuali alle formazioni sociali tutelate dall'art. 2 Cost; dall'altro, la qualificazione del diritto alla pensione di reversibilità come diritto inviolabile dell'uomo³. Se la prima osservazione non è oggi contestabile⁴, la seconda è tutt'ora dibattuta, in dottrina e in giurisprudenza⁵. "Audace" è poi il passaggio argomentativo in cui si fa diretta applicazione dell'art. 2 Cost.⁶

dell'uomo condannava il nostro paese a causa della mancanza di "uno specifico quadro giuridico che prevedesse il riconoscimento e la tutela" delle unioni omosessuali (21 luglio 2015, Oliari e a. c. Italia, § 185). Tale legge non estende l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, ma individua un nuovo istituto, l'unione civile, mediante cui possono unirsi solo le coppie dello stesso sesso. L'unione civile costituisce, ad oggi, l'unico modo che hanno le coppie omosessuali per accedere al diritto alla pensione di reversibilità (art. 1, co. 20, l. 76/2016).

³ Sul riconoscimento al convivente *more uxorio* dei diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. si v. le sentenze della Corte costituzionale 24 marzo 1988 n. 404 (sul diritto all'abitazione) e 5 luglio 2016 n. 213 (sul permesso mensile retribuito per l'assistenza del disabile grave).

⁴ La Corte costituzionale (138/2010) annovera le unioni omosessuali fra le formazioni sociali protette dall'art. 2 Cost., riconoscendo così "il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

⁵ Sia la Corte costituzionale (23 ottobre 2010 n. 461 su cui v. CATAUDELLA, *Pensione di reversibilità e convivenza more uxorio*, in *GCost*, 2001, p. 1651) che la Cassazione (3 novembre 2016 n. 22318 su cui v. CARCHIO, *Il convivente more uxorio non ha diritto alla pensione ai superstiti*, in *LG*, 2017, p. 261; FERRARI, *Insussistenza di un «diritto fondamentale» alla reversibilità della pensione del convivente more uxorio*, in *FI*, 2017, I, 142, p. 300; MALZANI, *Famiglie e tutele ad assetto variabile. La pensione di reversibilità nelle convivenze more uxorio*, in *ADL*, 2017, I, p. 173; NUNIN, *Convivenza e reversibilità della pensione di inabilità: senza unione civile, nulla cambia*, in *FD*, 2017, p. 313) hanno negato la riconducibilità del diritto alla pensione di reversibilità ai diritti inviolabili garantiti dall'art. 2 Cost. Sul punto v. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013, p. 27 ss.

⁶ Sul punto v. FALSONE, *Quali diritti per le coppie omosessuali prima della legge sulle unioni civili? Il caso della pensione di reversibilità*, in *RGL*, 2019, II, in corso di pubblicazione e CORDIANO, PERUZZI, *Unioni omoaffettive e riconoscimento della pensione di reversibilità prima della riforma Cirinnà*, in *RIDL*, 2018, II, p. 852.

Certamente, sarebbe percorribile la strada del rinvio alla Corte costituzionale, per decidere circa la ragionevolezza dell'art. 7, co. 1, lett. a), l. 3 gennaio 1981 n. 6, a cui il regolamento Inarcassa dà esecuzione (C. Cost. 183/2010). Nel commento che segue si vuole però mettere in luce come il riconoscimento del diritto alla pensione di reversibilità al partner dello stesso sesso possa essere argomentato seguendo un diverso percorso che, ancorandosi nelle solide fondamenta del diritto Ue antidiscriminatorio, pare offrire un approdo più sicuro.

2. *La qualificazione della pensione di reversibilità Inarcassa come retribuzione*

Come si legge al considerando n. 13, la dir. 2000/78 del 27 novembre 2000 si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni sono assimilate a una retribuzione ai fini dell'applicazione dall'art. 157 Tfue. Secondo l'interpretazione consolidata della Corte di giustizia, "la circostanza che talune prestazioni siano corrisposte dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere carattere di «retribuzione» ai sensi dell'art. 157 Tfue (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 44 e la giurisprudenza ivi citata)⁷. Per valutare se un regime pensionistico rientra o meno in tale nozione, i giudici di Lussemburgo si avvalgono del criterio dell'impiego, ed esaminano se la pensione è corrisposta in ragione di un precedente rapporto di lavoro (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 46 e la giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*, § 34). A tal fine, occorre esaminare "se la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, se è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo è calcolato in base all'ultima retribuzione" (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 48 e la giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*, § 35). Il fatto che la pensione non sia corrisposta al lavoratore, ma al suo co-

⁷ Sul caso *Maruko v. CALAFÀ, Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia CE*, in RGL, 2009, II, p. 248; VIZIOLI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla pensione di reversibilità nelle unioni di fatto tra partner dello stesso sesso*, in GI, 2009, 8/9, p. 1904; CARUSO, *Discriminazione fondata sull' "orientamento sessuale": la Corte di giustizia riconosce la pensione di reversibilità al partner di un'unione solidale registrata*, in RDSS, 2008, 3, p. 832; IZZI, *La direttiva 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, in LG, 2008, 12, p. 1231.

niuge superstite, “non è tale da infirmare questa interpretazione, in quanto tale prestazione è un vantaggio che trae origine dall’iscrizione al regime del coniuge del superstite” (C. Giust. 1 aprile 2008, C-267/06, *Maruko*, § 45 e la giurisprudenza ivi citata; C. Giust. 24 novembre 2016, C-443/15, *Parris*, § 33).

Orbene, è indubitabile che la pensione di reversibilità Inarcassa riguardi solo una categoria particolare di lavoratori (gli architetti e gli ingegneri), che sia proporzionale agli anni di servizio e che il suo importo sia calcolato in base ai contributi versati, i quali dipendono dal reddito professionale⁸. La pensione di reversibilità Inarcassa rientra dunque all’interno della nozione di retribuzione ai sensi dell’art. 157 Tfu.

Su tale conclusione non incide il fatto che l’iscritto al regime Inarcassa sia (stato) un libero professionista. La dir. 2000/78 si applica infatti “alle condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo” (art. 3, § 1, lett. a); v. analogamente art. 3, co. 1, lett. a), d. lgs. 9 luglio 2003 n. 216). Seppure ciò non viene ripetuto alla lett. c) (che riguarda le condizioni di lavoro, compresa la retribuzione), si deve ritenere che, anche per queste materie, i divieti di discriminazione di cui alla dir. 2000/78 si applichino sia al lavoro subordinato che al lavoro autonomo. Sarebbe infatti assurdo vietare la discriminazione al momento dell’accesso al lavoro autonomo e consentirla invece nello svolgimento del rapporto di lavoro. Peraltro, nelle numerose decisioni in cui la Corte di giustizia ha valutato se un trattamento pensionistico debba essere considerato “retribuzione”, non si è mai occupata della qualificazione del rapporto di lavoro che sta(va) alla base dell’iscrizione al regime previdenziale: ciò che conta è che una persona sia (stata) iscritta a un regime previdenziale professionale (*Maruko*, § 43 e ss.; *Parris*, § 30 e ss.). L’orientamento della Corte è del tutto condivisibile se si considera che il diritto a un trattamento previdenziale e l’importo dello stesso può essere basato su periodi contributivi svolti come lavoratore subordinato e/o lavoratore autonomo⁹.

⁸ In base all’art. 24 Reg. Inarcassa, sono reversibili le pensioni di vecchiaia, vecchiaia unificata, anzianità, inabilità, invalidità, la prestazione supplementare e la pensione contributiva. Il diritto alle prestazioni indicate viene maturato in ragione degli anni di iscrizione e contribuzione a Inarcassa, e il relativo importo dipende dall’ammontare dei contributi versati (artt. 17-23 reg. Inarcassa).

⁹ Il reg. Inarcassa richiama le previsioni relative al cumulo (art. 24 bis che rinvia all’art. 1, co. 239 ss., l. 24 dicembre 2012 n. 228), alla totalizzazione (art. 16.2, lett. a) che rinvia al d. lgs. 2

Altra questione da risolvere riguarda il fatto che la dir. 2000/78 (così come il d. lgs. 216/2003, art. 3, co. 2, lett. d) “lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano” (considerando n. 22). Come però osservato dalla Corte di giustizia, gli Stati membri, nell’esercizio della loro competenza su tali materie, “devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione” (*Maruko*, § 59 e la giurisprudenza ivi richiamata; *Parris*, § 58; in materia di libera circolazione delle persone v. C. Giust. 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, § 38). Tuttalpiù che i divieti di discriminazione di cui alla dir. 2000/78 sono espressione del principio di eguaglianza, annoverato tra i principi generali del diritto dell’Unione europea (C. Giust. 19 aprile 2016, C-441/14, *Dansk Industri*, § 35).

Le similitudini fra unioni omosessuali e unioni fondate sul matrimonio

Chiarita l’applicabilità del principio di non discriminazione basata sull’orientamento sessuale al caso di specie, si tratta ora di valutare se l’unione omosessuale è comparabile a quella fondata sul matrimonio. A tal fine, occorre in primo luogo notare che il partner omosessuale non può essere assimilato al convivente *more uxorio*¹⁰. Il primo, infatti, non può sposarsi a causa del suo orientamento sessuale, né poteva, fino alla data di entrata in vigore della l. 76/2016, unirsi civilmente. Per il partner omosessuale non può dunque escludersi la comparabilità con il coniuge “in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsabilità dei diritti e doveri” che nascono soltanto dal vincolo matrimoniale (C. Cost. 11 marzo 2009 n. 86; 18 maggio 1989 n. 310; 23 ottobre 2000 n. 461; Cass. 22318/2016). Né può argomentarsi la mancata inclusione del partner omosessuale tra i soggetti beneficiari del trattamento pensionistico di reversibilità in ragione del fatto che tale “trattamento si collega geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato, manca” (C. Cost. 86/2009 e 461/2000; Cass.

febbraio 2006 n. 42) e alla ricongiunzione dei periodi assicurativi (art. 27 che rinvia alla l. 5 marzo 1990 n. 45).

¹⁰ La differenza tra convivenze *more uxorio* e unioni omosessuali è stata evidenziata anche dalla Corte di giustizia che ha rilevato come il fatto che l’art. 85 d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 neghi la rendita Inail al convivente superstita non configura alcuna discriminazione fondata sull’orientamento sessuale (C. Giust. 17 marzo 2009 (ord.), C-217/08, *Mariano*, § 28).

22318/2016). Tali condizioni sono infatti, di per sé, discriminatorie, dato che le coppie dello stesso sesso non possono sposarsi né hanno potuto, fino all'entrata in vigore della legge Cirinnà, contrarre unione civile (C. Giust. 12 dicembre 2013, C-267/12, *Hay*, § 44)¹¹.

Nel caso che qui si discute non si può neppure sostenere che la convivenza “può venire a cessare unilateralmente e in qualsivoglia momento” (C. Cost. 13 novembre 1986 n. 237; C. Cost. 461/2000). I partner si erano infatti iscritti al Registro amministrativo delle unioni civili di Milano, ciò che garantiva una certa stabilità al loro rapporto.

Va osservato che, quando si è occupata dei diritti delle coppie omosessuali, la Corte di giustizia ha sempre rimesso al giudice *a quo* il compito di decidere se le persone dello stesso sesso si trovano “in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale” (*Maruko*, § 69; C. Giust. 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*, § 52)¹². Invero, il sindacato sulla comparabilità deve essere svolto “non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi” (*Römer*, § 42; *Hay*, § 33). Il giudice *a quo* deve cioè tenere conto di tutte le circostanze del caso e valutare se l'unione di persone dello stesso sesso presenta le caratteristiche che giustificano il riconoscimento della pensione di reversibilità nel caso di unione fondata sul matrimonio.

Nel nostro ordinamento, la pensione di reversibilità viene riconosciuta ai familiari superstiti in ragione del “venir meno della fonte di reddito sulla quale fin a quel momento avevano potuto fare affidamento”¹³. Presupposto comune a tutte le categorie dei superstiti per l'ammissione al diritto alla pensione di reversibilità è la vivenza a carico del pensionato al momento della morte, requisito che si presume *juris et de jure* per il coniuge e i figli minori di 18 anni¹⁴.

¹¹ Sul caso *Hay* v. RIZZI, *Il caso Hay e la Corte di Giustizia: una nuova dottrina contro le discriminazioni delle coppie omosessuali*, in *RGL*, 2015, II, p. 47.

¹² Sul caso *Römer* v. PICARELLA, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dal caso P. alla sentenza Römer*, in *RIDL*, 2011, II, p. 1325; NINATTI, *Il caso Römer: limiti di materia, principio di uguaglianza o tutela di diritti?*, in *QC*, 2011, p. 693; WINKLER, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'unione europea. Il caso Römer*, in *RCP*, 2011, p. 1980.

¹³ CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2018, p. 614. Sulla funzione della pensione di reversibilità v. in particolare C. Cost. 8 luglio 1987 n. 286; 22 giugno 1988 n. 777; 12 maggio 1999 n. 180; 27 ottobre 1999 n. 419.

¹⁴ PIERINI, *La pensione ai superstiti*, in *Trattato di previdenza sociale*, diretto da BUSSI e PERSIANI,

A parere della Corte costituzionale (15 giugno 2016 n. 174), “nella pensione di reversibilità erogata al coniuge superstite, la finalità previdenziale si raccorda a un peculiare fondamento solidaristico. Tale prestazione, difatti, mira a tutelare la continuità del sostentamento e a prevenire lo stato di bisogno che può derivare dalla morte del coniuge”¹⁵.

Di conseguenza, qualora il giudice rilevi che i partner omosessuali si presta(va)no, reciprocamente e stabilmente, assistenza morale e materiale, analogamente a quanto prescritto per i coniugi, deve concludere che le due situazioni sono comparabili. Né il giudice può richiedere, per il partner dello stesso sesso, la prova della vivenza a carico, in quanto ciò configurerebbe una disparità di trattamento rispetto al coniuge, discriminatoria perché fondata sull’orientamento sessuale¹⁶.

Va osservato che, in *Maruko, Römer e Hay*, la Corte di giustizia si è occupata della discriminazione subita dai partner dello stesso sesso che avevano contratto un’unione civile registrata da cui il legislatore tedesco (nei primi due casi) e francese (nel terzo) fanno discendere obblighi analoghi a quelli previsti per le coppie unite in matrimonio (in particolare, l’obbligo reciproco dei partner di prestarsi soccorso e assistenza e di contribuire in maniera adeguata ai bisogni della comunità familiare mediante il loro lavoro e il loro patrimonio: *Römer*, § 47). Nei casi di specie, dunque, la valutazione della comparabilità è incentrata sui diritti e gli obblighi dei coniugi e delle persone legate in un’unione civile, “quali disciplinati nell’ambito dei corrispondenti istituti e che risultano pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione in questione” (*Römer*, § 52). La Corte di giustizia aggiunge però che il giudice deve valutare se il partner di un’unione civile “si trova in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella di una persona coniugata” (enfasi aggiunta; *Römer*, § 52).

In dottrina vi è chi ha parlato di approccio *top-down* e *bottom-up* al riconoscimento della famiglia¹⁷: nel primo caso, vi è una “formalizzazione giu-

1974, vol. I, p. 433; PERSIANI, *La funzione della pensione di reversibilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *GCost.*, 1980, I, p. 498; PERSIANI, D’ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, 2016, p. 236; BETTINI, *I diritti dei superstiti del lavoratore*, in *ADL*, 2011 p. 871.

¹⁵ Lo stesso fondamento solidaristico, prosegue la Corte, “permea l’istituto anche nelle sue applicazioni più recenti alle unioni civili” (C. Cost. 174/2016).

¹⁶ Sulla vivenza a carico v. SGROI, *Vivenza a carico e pensione ai superstiti*, in *RGL*, 2006, II, p. 153.

¹⁷ AIMO, CONSITO, GIANONCELLI, LONG, *Essere famiglia per il diritto: riflessioni interdisciplinari*, in *LD*, 2018, p. 699.

ridica del legame familiare”, a cui conseguono diritti e doveri sanciti *ex lege*; nel secondo caso, il legislatore o il giudice riconoscono una situazione di fatto, prendendo atto di alcuni “indicatori dell’esistenza della vita familiare” (quali, i legami affettivi, la convivenza e coabitazione, la collaborazione e la solidarietà economica), a prescindere dall’esistenza di un vincolo formale. Che le unioni omosessuali siano una famiglia, da tutelare ai sensi dell’art. 8 Cedu, ce lo ha ripetuto, più volte, la Corte europea dei diritti dell’uomo (v. in particolare C. Eur. Dir. Uomo 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, § 91)¹⁸, la cui giurisprudenza è richiamata anche dalla Corte di giustizia ai fini dell’interpretazione dell’art. 7 Cdfue (*Coman*, § 50). Il divieto di discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale obbliga il giudice ad adottare l’approccio *bottom-up* sopra descritto, e a rilevare che, nei casi come quello in esame, i partner provvedevano stabilmente e reciprocamente all’assistenza morale e materiale, e che pertanto la loro situazione è comparabile a quella dei coniugi e come tale è meritevole di tutela da parte dell’ordinamento.

3. I rimedi in caso di discriminazione diretta

Nei paesi in cui il matrimonio è riservato alle persone di sesso diverso, qualora il giudice rilevi che la situazione del partner dello stesso sesso è comparabile a quella del coniuge, la norma nazionale che non riconosce al primo il diritto di beneficiare di un trattamento equivalente a quello garantito al secondo deve “essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull’orientamento sessuale” (*Maruko*, C-267/06, § 72; *Parris*, § 46). Invero, “una disparità di trattamento fondata sullo status matrimoniale dei lavoratori, e non esplicitamente sul loro orientamento sessuale, è pur sempre una discriminazione diretta in quanto, essendo il matrimonio riservato alle persone di sesso diverso, i lavoratori omosessuali sono impossibilitati a soddisfare la condizione necessaria per ottenere i benefici rivendicati” (*Hay*, § 44).

Trattandosi di discriminazione diretta, possono applicarsi solo le eccezioni previste dall’art. 2, § 5, dir. 2000/78 (recepito dall’art. 3, co. 2, lett. c), d.

¹⁸ “The notion of “family” under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock” (*Schalk e Kopf c. Austria*, § 91).

lgs. 216/2003) che, “istituendo una deroga al divieto di discriminazioni, deve essere interpretato in senso stretto” (*Hay*, § 46). Questa è la principale differenza tra le sentenze *Maruko*, *Römer* e *Hay* da un lato, e la sentenza *Parris* dall’altro, in cui la Corte di giustizia si è pronunciata su una disposizione che subordinava l’erogazione della pensione di reversibilità al fatto di avere contratto il matrimonio o l’unione civile prima del sessantesimo anno di età. Essendo la regola formulata in termini neutri, la Corte esclude trattarsi di discriminazione diretta e ne valuta l’eventuale carattere indirettamente discriminatorio (§ 49 e ss.). Per questi motivi (e altri che non possono qui esaminarsi)¹⁹, le conclusioni cui giunge la Corte in *Parris* non sono rilevanti per risolvere il caso in esame.

È pacifico che, nel caso di specie, non ricorre alcuna ragione di sicurezza pubblica, ordine pubblico, prevenzione dei reati o tutela della salute (art. 3, co. 2, lett. c), d. lgs. 216/2003).

Una volta riconosciuto che l’art. 24 reg. Inarcassa, negando il diritto alla pensione di reversibilità al partner omosessuale che si trova in posizione analoga a quella del coniuge superstite, configura una discriminazione diretta, il giudice deve disapplicare la norma discriminatoria e riconoscere al partner omosessuale la medesima prestazione garantita al coniuge. Il giudice nazionale deve infatti assicurare la piena efficacia del diritto Ue, “disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale” (*Römer*, § 54). Peraltro, nel caso di specie, il giudice civile è tenuto a disapplicare la norma regolamentare non conforme all’art. 3, co. 1, lett. a), d. lgs. 216/2003. L’intervento del giudice ordinario per garantire, ai partner della coppia omosessuale, “in presenza di specifiche situazioni, il di-

¹⁹ La sentenza *Parris* presenta una serie di punti controversi: in primo luogo, la Corte di giustizia, pur citando l’obbligo, per gli Stati membri, di rispettare il diritto antidiscriminatorio, non sottopone la disposizione oggetto del giudizio *a quo* a tale controllo (§ 58 e ss.; sul punto, le conclusioni dell’Avvocato generale sono di tenore ben diverso: 30 giugno 2016, C-443/15, § 65-99); in secondo luogo, i giudici di Lussemburgo negano l’esistenza di una discriminazione diretta fondata sull’età, applicando estensivamente le deroghe di cui all’art. 6, § 2, dir. 2000/78 (§ 74 e ss.; anche su questo punto si discostano le conclusioni dell’Avvocato generale: 30 giugno 2016, C-443/15, § 119-145); la Corte si rifiuta poi di esaminare la discriminazione multipla (§ 79). Nel nostro ordinamento, una norma come quella prevista dal diritto irlandese non supererebbe, con ogni probabilità, il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale (v. 12 maggio 1988 n. 587; 7 marzo 1990 n. 123; 15 giugno 2016 n. 174).

ritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata”, è stato sollecitato anche dalla Cassazione (15 marzo 2012 n. 4184; 9 febbraio 2015 n. 2400).

A tale conclusione, non possono opporsi generiche esigenze di bilancio dato che si tratta di una decisione relativa a un caso specifico, i cui effetti hanno una portata ben diversa da quelli generati dalle pronunce additive della Corte costituzionale²⁰. La fattispecie di cui si discute riguarda inoltre una categoria ben delimitata di persone (i *partner* dello stesso sesso che non si possono sposare, né hanno potuto contrarre un’unione civile) e dunque gli eventuali maggiori oneri per il regime previdenziale sarebbero contenuti. In generale, non è poi possibile che le sole esigenze di contenimento della spesa pubblica giustifichino una misura discriminatoria (*Maruko*, § 77; C. Giust. 19 giugno 2014, cause riunite da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, *Specht*, § 77; 11 novembre 2014, C-530/13, *Schmitzer*, § 41; 17 giugno 1998, C-243/95, *Hill e Stapleton*, § 40; 6 aprile 2000, C-226/98, *Jørgensen*, § 39).

Per inciso, va detto che, da tempo, la dottrina discute circa la razionalità della disciplina della pensione di reversibilità (e, in generale, delle prestazioni a favore dei superstiti), anche alla luce della condivisibile esigenza di meglio utilizzare le limitate risorse pubbliche²¹. Spetta, tuttavia, al legislatore intervenire (possibilmente in maniera organica) su questa disciplina, per garantirne la sistematicità, la ragionevolezza e la conformità alla Costituzione e alle fonti sovranazionali. Diversamente, il diritto antidiscriminatorio affida al giudice ordinario il compito di intervenire per assicurare che l’applicazione di quella disciplina non pregiudichi, nel caso concreto, il generale principio di eguaglianza.

²⁰ V. da ultimo D’ONGHIA, *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *LD* 2018, p. 93; MASSA, *Previdenza, assistenza e vincoli di bilancio. Tre tesi sulla giurisprudenza costituzionale degli anni della crisi*, in *LD*, 2018, p. 77.

²¹ Sul dibattito seguito alla sent. 174/2016 della Corte costituzionale v. CALAFÀ, *Matrimonio tardivo e reversibilità della pensione*, in *LG*, 2016, p. 1082; CORDIANO, *Convivenza di fatto e pensione di reversibilità: riflessioni a seguito della legge n. 76/2016*, in *VTDL*, 2017, 4, p. 1035; FABOZZI, *La pensione di reversibilità anche al coniuge giovane (Corte costituzionale 27 luglio 2016, n. 174)*, in *RDSS*, 2016, 4, p. 763; GAROFALO, *Amore senza età e pensione di reversibilità*, in *RDSS*, 2017, 1, p. 79; PISTORE, *Convivenze di fatto e tutela dei superstiti tra problemi vecchi e nuovi*, in *VTDL*, 2017, 4, p. 1057; SANDULLI, *La Corte costituzionale orienta il legislatore delle pensioni. A proposito delle sentenze nn. 173 e 174/2016*, in *RDSS*, 2016, 4, p. 687. Sul punto v. anche CAPURSO, *La pensione ai superstiti. Alla ricerca di un fondamento*, in *RDSS*, 2016, 4, p. 609; MALZANI, *op. cit.*, p. 175.

4. Once upon a time, *la pensione di reversibilità*

La sentenza che si commenta si iscrive nella lunga storia di decisioni con cui i giudici, di merito e di legittimità, la Corte costituzionale e le corti sovranazionali hanno plasmato la disciplina della pensione di reversibilità. Quella storia ci racconta delle lotte di donne e uomini, di età diverse, di diverso orientamento sessuale, divorziati, separati o conviventi, per il riconoscimento di un diritto concepito, in origine, per le vedove che si presumevano dipendere economicamente dal capo famiglia, il marito defunto²². La famiglia, oggi, non è solo questo²³. Le corti, nazionali e sovranazionali, devono ricordarcelo e, per quanto possono, intervenire.

²² V. UNEDDU, *Pensione di reversibilità e art. 3 della Costituzione*, in *GCost*, 1972, p. 1282; PIERINI, *op. cit.*, p. 429 e ss.; PERSIANI, *op. cit.*, p. 494.

²³ Come ci ha insegnato la Corte costituzionale, il concetto di famiglia va interpretato “tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi” (sent. 138/2010). Sul punto v. le condivisibili riflessioni di RANIERI, “*Love wins*” ... e la giustizia pure, in *ADL* 2019, in corso di pubblicazione. In generale, v. BILOTTA, *Quanto è lontana l’Europa?*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 1/2015, p. 1 ss., http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2015_n15-1/OI_mono_07-Bilotta.pdf.

Silvia Borelli, Maura Ranieri*
Criminalità mafiosa
e diritto del lavoro

Sommario: **1.** Le ragioni di un *open space*. **2.** Norme. **3.** Decisioni. **4.** Prassi. **5.** Ricerche.

1. *Le ragioni di un open space*

Con questo numero si inaugura un osservatorio annuale, ospitato da *Diritti Lavori Mercati*, avente ad oggetto le interrelazioni, dirette e indirette, visibili e sommerse, tra il diritto del lavoro e le misure di contrasto alla criminalità organizzata di matrice mafiosa.

La decisione di preservare uno spazio di tal tipo trova fondamento in una pluralità di considerazioni che possono qui essere meramente accennate. Innanzitutto, è dato pressoché acclarato quello secondo cui le mafie sono divenute, malgrado le attività repressive messe in campo, “protagoniste di una parte dell’economia italiana e internazionale”¹.

Meno diffusa, purtroppo, e anzi ancora troppo spesso ammantata da fuorvianti misture di luoghi comuni e stereotipi, è la conoscenza delle esperienze mafiose, della loro struttura così come del *modus operandi*, delle loro duttili caratteristiche così come del variegato rapporto instaurato con i territori, tradizionali o di nuovo insediamento.

* Il presente lavoro è interamente frutto di una comune riflessione delle Autrici; tuttavia, la stesura dei paragrafi 3 e 5 è da attribuire a Silvia Borelli, quella dei paragrafi 1, 2 e 4 a Maura Ranieri. Per segnalazioni, commenti e idee sull’osservatorio è possibile scrivere a silvia.borelli@unife.it e ranieri@unicz.it.

¹ Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, XVII legislatura, Roma, 7 febbraio 2018, p. 16.

Un fenomeno, dunque, che ha nella *complessità* l'elemento in grado di sintetizzarne le peculiarità attuali² e, al contempo, la lente attraverso cui indagarne forme, strutture e funzionamento.

A riprova di ciò è sufficiente richiamare quella “pervasiva sovrapposizione” tra area del lecito e area dell'illecito su cui le mafie fanno leva, al punto da divenire “fattore che mette sotto stress [...] il nesso tra legale e il-legale”³; ancora, e in una prospettiva più tarata sulla dimensione lavorista, si rifletta sulla penetrazione delle mafie in settori variegati che, pur non intaccando il paradigma dell'esistenza di ambiti economici maggiormente esposti alle infiltrazioni mafiose, consente di accreditare il passaggio concettuale dai “settori a rischio” ai “rischi di settore”⁴.

Da ultimo, preme evidenziare che lo studio del fenomeno mafioso non ha occupato particolarmente, per quanto di competenza, la comunità dei giuslavoristi risentendo, di certo in maniera eccessiva, di quell'approccio fortemente condizionato dalla logica repressiva che, per lungo tempo e a tratti in modo esclusivo, ha polarizzato l'agire del legislatore.

A ben vedere, invece, i punti di intersezione tra diritto del lavoro e politiche e misure di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso appaiono plurimi e meritevoli di riflessione. Valga per tutti, a mero titolo esemplificativo, la triste sorte cui vanno incontro le imprese sottoposte a misure di prevenzione (sequestro e/o confisca) che, nella maggior parte (se non quasi nella totalità)⁵ dei casi, non riescono a sopravvivere nel mercato in condizione di legalità.

In queste ragioni (e non solo) si radica la volontà di accendere i riflettori sul tema attraverso la creazione di un luogo aperto e accessibile, occupato

² Sia consentito il rinvio a RANIERI, *Misure di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva lavoristica: lo stato dell'arte*, in BORELLI, METE (a cura di), *Mafie, legalità, lavoro*, Quaderni di città sicure, 2018, n. 42, p. 103.

³ SCIARRONE, STORTI, *Complicità trasversali tra mafia ed economia. Servizi, garanzie, regolazione*, in SM, 2016, p. 354.

⁴ VISCOMI, *Lavoro e legalità: «settori a rischio» o «rischio di settore»? Brevi note sulle strategie di contrasto al lavoro illegale (e non solo) nella recente legislazione*, in RGL, 2015, I, p. 603 ss.

⁵ Secondo una ricerca di qualche anno fa nell'arco temporale compreso tra il 1983 e il 2013 l'85% delle imprese sottratte alla criminalità organizzata sono fallite non riuscendo a rimanere sul mercato a seguito della depurazione dalle infiltrazioni e/o dai controlli mafiosi. La ricerca *Gli investimenti delle mafie*, condotta da *Transcrime* (Centro di ricerca interuniversitario) e parte di un progetto di ricerca di più ampio respiro nell'ambito del Progetto PON Sicurezza 2007-2013 (*Gli investimenti e il riutilizzo dei beni confiscati*), è reperibile su <http://www.transcrime.it/investimentioc/>.

non solo dagli esiti delle nostre ricerche, ma destinato ad accogliere le indicazioni di tutti coloro che vorranno offrire un contributo.

Tendenzialmente l'osservatorio, che proporrà il materiale raccolto nell'anno antecedente a quello della sua pubblicazione, si comporrà di quattro sezioni distinte dedicate: alla normativa (sovrnazionale, nazionale e regionale); alla giurisprudenza; alle (buone) prassi e infine a itinerari di ricerca ritenuti meritevoli di segnalazione.

Prima di procedere oltre vogliamo manifestare una sincera e profonda gratitudine nei riguardi della Rivista, di tutta la comunità scientifica che la anima e, in particolare, dei proff. Mario Rusciano e Lorenzo Zoppoli poiché se è vero, come ci sembra, che l'interprete sia un ingegnere più che un matematico ovvero un progettista, tenuto per assicurare saldezza ai propri ponti a confrontarsi inevitabilmente con altri saperi⁶, altrettanto vero ci pare che un interprete, così come un progettista, goda di particolare fortuna allorché incontri spiriti vivaci e menti lungimiranti capaci di vedere un ponte anche là dove ancora non c'è.

2. *Norme*

L'apporto legislativo più recente si compone di qualche sporadico provvedimento europeo, di più frequenti e poco lineari interventi nazionali e di alcune regolazioni regionali meritevoli di indicazione.

Sul piano sovranazionale, il reg. 1805/2018 del 14 novembre 2018 disciplina il procedimento secondo cui “uno Stato membro riconosce ed esegue nel suo territorio provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi da un altro Stato membro” (art. 1, par. 1). Fra i reati per i quali è prevista la possibilità di eseguire i provvedimenti di congelamento e di confisca, senza che sia necessaria, nello Stato di esecuzione, la verifica della doppia incriminabilità dei fatti che hanno dato luogo a tale provvedimento, figurano i reati connessi alla “partecipazione a un'organizzazione criminale” (art. 3, par. 1).

Per quanto concerne, invece, la dimensione nazionale pare opportuno

⁶ Si prendono in prestito le parole e il pensiero di Massimo D'Antona cfr. D'ANTONA, *Introduzione. Diritto sindacale in trasformazione*, in D'ANTONA (a cura di), *Lettere di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990, p. XX.

prender le mosse dalla discussa e discutibile riforma del Codice Antimafia ad opera della l. 17 ottobre 2017, n. 161. La riforma, in cui convivono non senza difficoltà criticità e buoni propositi⁷, modifica diversi aspetti della normativa⁸; in particolare, meritano attenzione le disposizioni volte a sanare, quanto meno nelle intenzioni del legislatore, talune problematicità presenti nel Codice sin dalla sua emanazione. In questa direzione, ad esempio, sembrano essere state adottate tutte le misure dirette ad incidere sul tema, oltremodo spinoso, della amministrazione, gestione e destinazione delle imprese sequestrate e confiscate.

Sul punto le variazioni sono state plurime: dall'adozione di criteri trasparenti e limiti (numerici e di incompatibilità) alla nomina degli amministratori giudiziari⁹ alla riorganizzazione dell'Agencia nazionale per i beni confiscati; da un'apposita regolazione per il controllo giudiziale delle imprese alla previsione di specifiche misure economiche e finanziarie in favore delle aziende sequestrate e confiscate; dall'obbligo di istituzione, presso le prefetture, dei tavoli provinciali permanenti sulle suddette aziende a forme diversificate di sostegno, quale la possibilità per amministratori e Agencia di avvalersi di un supporto tecnico da parte di altri imprenditori.

Tra le deleghe contenute nel progetto riformatore apposita menzione merita quella relativa alla tutela del lavoro attuata con il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 72 (*Tutela del lavoro nell'ambito delle imprese sequestrate e confiscate in attuazione dell'articolo 34 della legge 17 ottobre 2017, n. 161*).

A dire il vero, però, le aspettative alimentate dalla delega sono state deluse da un testo volto ad affrontare la questione della tutela del lavoro in un'ottica essenzialmente rimediabile; posto che l'ambizioso progetto si risolve nella estensione o nella previsione di specifiche misure di sostegno al reddito, sotto forma di ammortizzatori sociali, senza cioè alcun reale investimento,

⁷ Cfr. per tutti, VISCONTI, *Codice Antimafia: luci e ombre della riforma*, in *DPP*, 2018, p. 145 ss.

⁸ Per un'analisi dettagliata dell'intervento riformatore sia permesso il rinvio a RANIERI, *op. cit.*, spec. p. 106 ss.

⁹ Le modalità di nomina, revoca e in generale l'attività degli amministratori giudiziari è stata oggetto di apposita delega. Quest'ultima, attuata con il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 54 (*Disposizioni per disciplinare il regime delle incompatibilità degli amministratori giudiziari, dei loro coadiutori, dei curatori fallimentari e degli altri organi delle procedure concorsuali, in attuazione dell'articolo 33, commi 2 e 3, della legge 17 ottobre 2017, n. 161*), si muove nel senso di rafforzare trasparenza e correttezza nella scelta degli amministratori giudiziari attraverso, ad esempio, l'estensione delle ipotesi di incompatibilità.

progettuale ed economico, nella salvaguardia dei livelli occupazionali e, quindi, nella sopravvivenza dell'attività produttiva.

Gli interventi successivi, la cui paternità va attribuita al primo Governo in carica nel corso della XVIII legislatura (Governo Conte), si contraddistinguono per un duplice profilo. Per un verso, su un piano metodologico, è verificabile il ritorno, quanto mai inopportuno, ad una frammentazione e settorialità dell'azione legislativa. Per altro verso, invece, con riguardo ai contenuti delle recenti novelle, si deve annotare un arretramento nella progettazione e predisposizione di strategie e azioni di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva ivi indagata.

Così, se in sede di conversione del cd. decreto Genova (d.l. 28 settembre 2018, n. 109 *Disposizioni urgenti per la città di Genova, la sicurezza della rete nazionale delle infrastrutture e dei trasporti, gli eventi sismici del 2016 e 2017, il lavoro e le altre emergenze*) ad opera della l. 16 novembre 2018, n. 130 viene recuperato il limite del rispetto della normativa antimafia nell'agire del Commissario straordinario¹⁰, contestualmente si rimette ad un decreto del Ministro dell'Interno¹¹ il compito di selezionare "speciali misure amministrative di semplificazione per il rilascio della documentazione antimafia, anche in deroga alle relative norme".

Ben più incisive, invece, sono le novità introdotte con la l. 1 dicembre 2018, n. 132 di conv. del d.l. 4 ottobre 2018, n. 133 (cd. decreto Sicurezza).

A fronte dello stanziamento di maggiori risorse (ad esempio per la gestione straordinaria degli enti locali sciolti per infiltrazioni mafiose o per l'ordinaria attività dell'Agenzia per i beni confiscati) e dell'inasprimento di alcune misure (quale l'ampliamento delle ipotesi di incandidabilità e l'allungamento della relativa durata per gli amministratori responsabili di condotte che hanno causato lo scioglimento degli enti), si pongono alcuni interventi correttivi che suscitano più di una perplessità.

Tra questi precipuo accenno meritano l'estensione delle ipotesi di vendita dei beni (mobili e immobili) oggetto di confisca, rispetto alla quale criteri e controlli predisposti dal legislatore non offrono sufficiente garanzia a

¹⁰ Con maggior precisione nell'art. 1, co. 5, d.l. 109/2018 si precisa "il Commissario straordinario opera in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione [...] nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea".

¹¹ Cfr. d.m. 20 novembre 2018, n. 156981 *Disposizioni urgenti per la città di Genova. Misure amministrative di semplificazione in materia antimafia*.

fronte del rischio che la criminalità organizzata si riappropri direttamente (o con molta più probabilità indirettamente) del bene, nonché il declassamento da obbligo a mera facoltà dell'istituzione dei tavoli provinciali permanenti sulle aziende sequestrate¹².

Da ultimo, nel panorama nazionale di recente composizione vanno ricordati due provvedimenti che, pur non riguardando in via diretta i temi ivi oggetto di interesse, contengono previsioni che, per altre vie, potrebbero agevolare le attività dei gruppi criminali¹³. Il cd. decreto Semplificazione (d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 convertito dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12) interviene, anche se in maniera meno invasiva e preoccupante nella versione licenziata in sede di conversione rispetto alla formulazione originaria, sul Codice degli appalti e abolisce il SISTRI (Sistema concernente la tracciabilità dei dati ambientali relativi ai rifiuti) in prospettiva della introduzione (futura) di un meccanismo più agevole.

La legge di bilancio, invece, (l. 30 dicembre 2018, n. 145) affianca ad un aumento della dotazione del fondo di rotazione per la solidarietà delle vittime di reati di tipo mafioso, delle richieste estorsive e dell'usura un paio di previsioni di discutibile effetto. Da un lato, infatti, è innalzata la soglia economica (da 1000 a 5000 euro) oltre la quale le amministrazioni pubbliche devono far ricorso al mercato elettronico della p.a.; dall'altro lato, si prevede una deroga per il 2019 al Codice dei contratti pubblici per cui le stazioni appaltanti potranno ricorrere, per l'affidamento di lavori di importo compreso tra 40000 e 150000 euro, all'affidamento diretto "previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici".

Per quanto concerne le fonti regionali nel 2018 hanno visto la luce interventi di impatto differente. Così, accanto a leggi finalizzate allo studio del fenomeno mafioso o volte a rafforzare l'antimafia istituzionale e sociale o, ancora, a innovare normative pregresse¹⁴, si pongono azioni regolative di ca-

¹² Peraltro, preme segnalare che di lì a poco il medesimo Governo istituisce presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali il Tavolo operativo per la definizione di una nuova strategia di contrasto al caporalato e allo sfruttamento lavorativo in agricoltura (art. 25 *quater* d.l. 23 ottobre 2018, n. 119 convertito dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136).

¹³ Per un approfondimento nell'ambito delle politiche antimafia sulla distinzione tra politiche esplicite e implicite e politiche dirette e indirette si rinvia a METE, *La lotta alle mafie tra movimenti e istituzioni*, in SALVATI, SCIOLLA (a cura di), *L'Italia e le sue regioni: l'età repubblicana*, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 2015, spec. pp. 307 e 308.

¹⁴ I riferimenti sono rispettivamente a: l. 10 dicembre 2018, n. 9 (legge Molise sull'Istituzione di una Commissione consiliare speciale, a carattere temporaneo, di studio sul fenomeno della criminalità

rattere più generale che affrontano (finalmente in alcuni territori critici) le problematiche connesse alla presenza di gruppi di criminalità organizzata di origine mafiosa.

Tra queste ultime vi sono la l. 26 aprile 2018, n. 9 della regione Calabria (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto del fenomeno della 'ndrangheta e per la promozione della legalità, dell'economia responsabile e della trasparenza*) e la l. 30 novembre 2018, n. 45 della regione Basilicata (*Interventi regionali per la prevenzione e il contrasto della criminalità e per la promozione della cultura della legalità e di un sistema integrato di sicurezza nell'ambito del territorio regionale*).

Entrambe le normative chiederebbero una disamina approfondita che non è possibile assicurare in questa sede, ciò nonostante la lettura delle disposizioni fa balzare immediatamente agli occhi alcune notazioni significative. Invero, al di là dell'indiscutibile valore simbolico che tali interventi recano in sé non si può fare a meno di evidenziare che il legislatore regionale finisce spesso per ricalcare provvedimenti adottati altrove¹⁵, svelando un insufficiente adattamento ai contesti e un'inadeguata riflessione su strumenti e azioni utili e spendibili in un dato territorio. Inoltre, con particolare riferimento alla legge calabrese, colpisce lo scarsissimo investimento di risorse economiche senza le quali diviene oltremodo malagevole rendere efficaci le misure prospettate e realizzabili gli obiettivi prefissati.

3. Decisioni

La giurisprudenza più recente si occupa di lavoro e criminalità organizzata di matrice mafiosa soprattutto in relazione a licenziamenti nell'ambito di imprese sequestrate o colpite da interdittive antimafia, o di lavoratori condannati per reati di mafia. L'analisi della giurisprudenza conferma dunque l'approccio quasi esclusivamente rimediabile alla tutela del lavoro, già evidenziato nell'analisi della legislazione (v. sopra).

organizzata in Molise); l. 9 agosto 2018, n. 15 (legge Sicilia sull'*Istituzione della Giornata regionale del ricordo e della legalità e del Forum permanente contro la mafia e la criminalità organizzata*); l. 12 febbraio 2018, n. 3 (legge Campania di modifica della l. 16 aprile 2012, n. 7 in materia di beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata).

¹⁵ Si vedano, ad esempio, le similitudini tra la già citata legge calabrese e la l. 28 ottobre 2016, n. 18 della regione Emilia Romagna (*Testo unico per la promozione della legalità e per la valorizzazione della cittadinanza e dell'economia responsabili*).

Un primo gruppo di pronunce riguarda il licenziamento di lavoratori dipendenti dell'impresa sequestrata, qualora l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del giudice delegato, ritenga di risolvere il contratto di lavoro ai sensi dell'art. 56 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. A parere dei giudici di merito¹⁶ e di legittimità¹⁷, in tale ipotesi non opera la normativa lavoristica in materia di licenziamenti, salvo l'obbligo di adeguata motivazione dell'atto di recesso. Il concorso di norme deve essere infatti risolto "in favore della prevalenza della disciplina contenuta nell'art. 56 del d.lgs. 159/2011, in quanto normativa speciale e di ordine pubblico"¹⁸.

In tale disposizione si rinviene la "fonte normativa legittimante l'autorizzazione giudiziale al recesso"¹⁹. La finalità del contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso, mediante il sistema delle misure di prevenzione a carattere patrimoniale, prevale dunque su quella di tutela del lavoratore contro i licenziamenti illegittimi. Spetta, in particolare, al giudice delegato valutare l'opportunità del subentro nel rapporto di lavoro o della sua risoluzione da parte dell'amministratore delegato. "Tale valutazione deve essere condotta alla stregua delle finalità e della ratio sottese alla normativa di prevenzione, avendo cioè riguardo al rischio che la prosecuzione del rapporto di lavoro possa frustrare le esigenze del sequestro e della eventuale successiva confisca di prevenzione, anche in considerazione della componente fiduciaria che caratterizza detti rapporti di lavoro e della rilevanza di eventuali collegamenti del dipendente con le attività illecite del proposto"²⁰.

Il circolo vizioso può crearsi – a parere di chi scrive – nel momento in cui i giudici ritengono correttamente assolto l'obbligo di motivazione con il mero richiamo, nella lettera di comunicazione del licenziamento, al decreto di non subentro emesso dal giudice delegato. Il rischio di "buttare il bambino con l'acqua sporca" è evidente in quelle pronunce che legittimano il licenziamento sulla base del fatto che l'art. 35 co. 3 d.lgs. 159/2011 esclude la possibilità di nomina quale amministratore giudiziario per coloro che hanno

¹⁶ Trib. Roma sez. lav. ord. n. 70498/2018, inedita; Trib. Roma sez. lav. ord. 83203/2018, inedita; Trib. Roma sez. III 19 ottobre 2018, in corso di pubblicazione su *RGL*.

¹⁷ Cass. 27 aprile 2017 n. 10439, in *FI*, archivio integrale online; Cass. 9 marzo 2018 n. 21166, in *De Jure*; Cass. 19 ottobre 2018 n. 26478, in *FI*, 2019, I, c. 245; Cass. 23 marzo 2018 n. 32404, in *FI*, Repertorio, 2018, Misure di prevenzione [4260], n. 61.

¹⁸ Trib. Roma sez. III 19 ottobre 2018, cit.

¹⁹ Trib. Roma sez. III 19 ottobre 2018, cit.

²⁰ Trib. Roma sez. III 19 ottobre 2018, cit.

svolto un'attività lavorativa in favore del proposto²¹. A tale orientamento, si oppongono coloro che escludono l'applicazione analogica dell'art. 35 al dipendente dell'impresa sequestrata, il cui rapporto è regolato dall'art. 56, in quanto la prima disposizione disciplina esclusivamente il regime delle incompatibilità al ruolo di amministratore giudiziario²². Anche quest'ultimo filone giurisprudenziale ritiene, tuttavia, che l'amministratore non sia tenuto "ad esporre analiticamente e dettagliatamente tutti gli elementi di fatto e di diritto posti a base del recesso"²³. L'obbligo di motivazione del recesso pare dunque essere declinato in modo differente nell'ipotesi di licenziamento di cui all'art. 56 d.lgs. 159/2011. Non è ben chiaro, inoltre, quale sia il rimedio in caso di violazione dell'obbligo di motivazione. Viene invece precisato che, anche nell'ipotesi di licenziamento *ex art. 56 d.lgs. 159/2011*, competente a pronunciarsi sulla legittimità del recesso è il giudice del lavoro²⁴.

Altra vicenda che qui interessa ha riguardato i lavoratori licenziati da imprese colpite da interdittiva antimafia, quando il provvedimento prefettizio viene poi rimosso (*rectius*, dichiarato illegittimo) dal giudice amministrativo. Nei casi di specie, la Cassazione²⁵ ha ritenuto che non sussista un giustificato motivo oggettivo; non ha però applicato al licenziamento illegittimo il rimedio previsto dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 in caso di manifesta insussistenza del fatto (la cd. tutela reintegratoria attenuata). A parere dei giudici di legittimità, al momento del licenziamento, esisteva "l'interdittiva prefettizia, afferente anche la posizione del lavoratore, potenzialmente idonea ad incidere sul regolare funzionamento dell'organizzazione dell'impresa". L'illegittimità del recesso risiede nel fatto che la società non ha dimostrato "le ragioni che rendevano intollerabile attendere la rimozione dell'impedimento alle normali funzioni del lavoratore", impedimento che poteva avere una durata temporanea tenuto conto che l'impresa aveva tempestivamente impugnato l'interdittiva prefettizia. Come noto, il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 non prevede più la fattispecie della "manifesta insussistenza del fatto" in relazione al giustificato motivo oggettivo. Si dovrebbe tuttavia riflettere in merito all'applica-

²¹ Cass. 23 marzo 2018 n. 32404, cit.; v. già Cass. 10 luglio 2015, n. 14467, in *FI*, Repertorio, 2015, Lavoro (rapporto), [3890] n. 1137.

²² Cass. 9 marzo 2018, n. 21166, cit.

²³ Trib. Roma sez. III 19 ottobre 2018, cit. che richiama Cass. 10 luglio 2015, n. 14467, cit.

²⁴ Trib. Roma sez. III 19 ottobre 2018, cit.

²⁵ Cass. 18 dicembre 2017, n. 30323, in *FI*, Repertorio, 2017, Lavoro (rapporto) [3890], n. 1207; Cass. 10 gennaio 2018, n. 331, in *FI*, 2018, I, c. 472.

zione del co. 2 dell'art. 3 d.lgs. 23/2015 nei casi in cui l'interdittiva venga dichiarata illegittima in quanto "la presenza di lavoratori aventi precedenti penali e comunque vicini per rapporti di parentela o affinità, ad esponenti dei locali clan mafiosi" non è, di per sé, indice di infiltrazioni mafiose.

Sul licenziamento di lavoratori condannati per associazione a delinquere di tipo mafioso, si è espresso il Tribunale di Roma²⁶. Il caso riguardava un dirigente della società Eur S.p.a. coinvolto nel procedimento "Mafia Capitale". Informata del fatto che il dirigente veniva sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere, la Eur s.p.a. procedeva alla sospensione cautelare del rapporto di lavoro. Costituitasi poi come parte civile nel procedimento penale, la Eur s.p.a. acquisiva la documentazione necessaria per valutare la condotta del dirigente che veniva quindi licenziato in tronco. Richiamando il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia, il giudice romano esclude che si possa invocare la tardività della contestazione disciplinare, in quanto "il principio della tempestività della contestazione nell'immediatezza dell'addebito va inteso in un'accezione relativa, compatibile con l'intervallo di tempo necessario al datore di lavoro per il preciso accertamento delle infrazioni commesse dal prestatore". Il Tribunale ammette poi la "contestazione *per relationem*" del licenziamento, "mediante il richiamo agli atti del procedimento penale instaurato a carico del lavoratore, per fatti e comportamenti rilevanti anche ai fini disciplinari, ove le accuse formulate in sede penale siano a conoscenza dell'interessato".

Merita di essere qui ricordata anche la sentenza con cui la Cassazione²⁷ ha escluso l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. nel caso di impresa confiscata. Secondo la disciplina vigente all'epoca dei fatti (art. 2 *undecies* l. 31 maggio 1965 n. 575; in senso analogo v. art. 48, co. 8, d.lgs. 159/2011), le imprese confiscate sono mantenute nel patrimonio dello Stato. Pertanto, il regime giuridico dei beni confiscati "è assimilabile a quello dei beni demaniali o a quello dei beni compresi nel patrimonio indisponibile"²⁸. Anche in questo caso, la finalità di contrasto della "criminalità organizzata attraverso l'eliminazione dal mercato di un bene di provenienza illecita" prevale sull'esigenza di tutela dei lavoratori.

Va infine ricordata la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia che ha chiuso il primo grado del procedimento Aemilia (dispositivo del 31 ottobre

²⁶ Trib. Roma sez. lav. 26 giugno 2017 n. 6255, in *De Jure*.

²⁷ Cass. 11 giugno 2018 n. 15085, in *Fl*, Repertorio, 2018, Misure di prevenzione [4260], n. 36.

²⁸ Cass. 11 giugno 2018 n. 15085, cit.

2018; non sono ancora state depositate le motivazioni), in cui viene stabilito l'ammontare del risarcimento danni a favore delle molte parti civili, tra cui figurano Cgil, Cisl e Uil dell'Emilia Romagna e le due Camere del Lavoro di Reggio Emilia e Modena²⁹. A queste ultime è stato riconosciuto un risarcimento pari a oltre mezzo milione di euro ciascuna per la gestione della mano d'opera da parte di alcuni soggetti appartenenti alla 'ndrangheta nei cantieri e il conseguente danno all'attività sindacale.

4. *Prassi*

Tra le prassi virtuose rinvenibili nell'ultimo periodo merita segnalazione la stipulazione di taluni Protocolli che, come ogni atto di natura concertativa, si modellano in modo differente a partire dall'individuazione dei sottoscrittori sino alla definizione dei contenuti.

In quest'ambito, pur se più risalente nel tempo, va richiamato il Protocollo d'intesa tra la Regione Emilia Romagna e il Tribunale di Bologna per la gestione dei beni sequestrati e confiscati che pare una prassi particolarmente valida. L'accordo, sottoscritto l'8 settembre 2017, da una pluralità di soggetti, istituzionali e non, risulta degno di nota posto che ognuna delle parti coinvolte assume impegni concreti e funzionali ad assicurare l'effettiva prosecuzione dell'attività d'impresa.

Così, ad esempio, il Tribunale si adopera, fra l'altro, a perseguire un approccio manageriale nell'amministrazione delle imprese e a sostenere piani industriali e di sviluppo per le stesse; gli amministratori pubblici (nella specie la Regione) assumono diversi oneri tra cui promuovere meccanismi di sostegno pro-attivo delle aziende, assicurare la continuità produttiva e la salvaguardia dei livelli occupazionali anche attivando percorsi formativi, favorire la messa in rete delle imprese sul territorio e la collaborazione e lo scambio di informazioni tra i diversi soggetti ivi operanti, promuovere la costituzione di cooperative di lavoratori per la gestione dei beni confiscati e azioni di tutoraggio manageriale nei riguardi delle imprese sottoposte a misure di prevenzione.

Il mantenimento dei livelli occupazionali e quindi il recupero dell'atti-

²⁹ Le stesse organizzazioni sindacali si erano costituite parti civili anche nel procedimento in rito abbreviato e hanno ottenuto il risarcimento del danno subito anche nella sentenza che ha chiuso tale rito (Trib. Bologna 7 ottobre 2016 n. 797).

vità produttiva vede coinvolti, con varie modalità, altri sottoscrittori del patto come le organizzazioni sindacali e le associazioni imprenditoriali e di categoria, oltre a realtà associative storicamente impegnate nella lotta contro le mafie.

Meritevole di attenzione è la presenza dell'ABI tra le parti che hanno siglato il Protocollo, ove si rifletta sul dato per cui tra le maggiori difficoltà si annovera proprio l'interruzione dei rapporti tra imprese e istituti bancari. Gli impegni sottoscritti, anche se non rinsaldati dal vincolo giuridico dell'obbligatorietà, giocano un ruolo decisivo nella sopravvivenza dell'azienda; così è, ad esempio, per la possibilità di non revocare automaticamente le linee di credito a seguito dell'intervento di una misura di sequestro o per la rinegoziazione delle relazioni bancarie a seguito di sequestro o confisca o, ancora, per l'erogazione, a determinate condizioni, di finanziamenti volti a permettere la continuazione dell'attività produttiva.

Simile, tanto nella individuazione delle parti stipulanti quanto nella definizione dei contenuti adottati, è il Documento d'intesa per la gestione e lo sviluppo dei beni e delle aziende sequestrate e confiscate siglato il 18 ottobre 2018 tra il Tribunale di Milano e vari soggetti (enti pubblici, ordini professionali e associazioni di vario tipo tra cui, anche in tal caso, l'ABI). Anche questo accordo, pur se con misure non pienamente sovrapponibili a quelle poc'anzi descritte, contiene una serie di impegni finalizzati essenzialmente ad affiancare le previsioni normative; a conferma dunque che queste ultime risultano ad oggi poco efficaci o comunque non sufficienti nel percorso di bonifica, recupero e sopravvivenza delle aziende contaminate.

5. Ricerche

Come già detto in apertura, le interrelazioni tra mafie e lavoro sono tuttora, purtroppo, poco indagate. Al contrario, cominciano ad affiorare studi su mafie e impresa, alimentati anche dall'attenzione sollevata, sul punto, da alcuni gruppi di ricerca che hanno evidenziato la complessità dei rapporti tra criminalità organizzata e impresa, sollecitando ulteriori indagini in materia³⁰.

³⁰ SCIARRONE (a cura di), *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, Donzelli, 2011; SCIARRONE (a cura di), *Mafie al Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Donzelli, 2014.

Il volume *Mafie, legalità, lavoro*, a cura di S. Borelli e V. Mete (Quaderni di Città sicure, n. 42, 2018) riporta i risultati di una ricerca sviluppata a partire dal PRIN *Legal Frame Work* coordinato da D. Gottardi³¹. Il dialogo interdisciplinare tra giuslavoristi, processual-penalisti, sociologi e antropologi ha permesso, da un lato, di indagare su alcune pratiche di illegalità in settori economici specifici (l'autotrasporto in Emilia Romagna e l'intermediazione di manodopera in Veneto), dall'altro, di esaminare gli strumenti di contrasto alle imprese mafiose. Su quest'ultimo aspetto, si segnalano le riflessioni di F. Nicolicchia che evidenzia i rischi a cui può condurre l'attuale tendenza al proliferare delle parti civili nel processo penale. S. Borelli e M. Persi si soffermano invece sui limiti delle sempre più numerose certificazioni di legalità delle imprese, derivanti anche alla mancanza di interconnessione con le altrettanto numerose banche dati sulle imprese e sulla loro attività. Riprendendo alcune riflessioni già altrove svolte³², M. Ranieri si sofferma sull'esigenza di superare la logica emergenziale che anima la legislazione antimafia, e di mettere a punto "una strategia complessiva, coordinata e sinergica" di contrasto alla criminalità organizzata. Chiudono il volume tre saggi che si concentrano sulle presenze mafiose in Emilia Romagna (G. Corica e V. Mete), sul ruolo delle regioni nella lotta al fenomeno mafioso (E. Arcidiacono) e sulle politiche adottate dalla regione Emilia Romagna in materia (G.G. Nobili).

Nel volume *L'impresa grigia. Le infiltrazioni mafiose nell'economia legale. Un'analisi socio-giuridica* (S. Pellegrini, Ediesse, 2018), vengono descritti i risultati degli studi fatti in materia dall'Autrice. La riflessione si concentra sui settori in cui opera l'impresa criminale (il traffico di stupefacenti, lo smaltimento dei rifiuti, le agromafie), sui vantaggi competitivi di cui beneficia l'impresa mafiosa (lo scoraggiamento della concorrenza, la compressione salariale, la disponibilità di capitali), sulle molteplici relazioni tra crimine organizzato e impresa, sulle modalità di espansione territoriale delle mafie, sui costi per la collettività di questa espansione, sui principali reati mediante cui la mafia entra nelle imprese (estorsione e usura), sugli strumenti di aggredire i patrimoni mafiosi. Nel corso dell'indagine, affiorano alcuni riferimenti normativi,

³¹ La collana Quaderni di Città sicure dimostra l'impegno costante e attivo della regione Emilia Romagna nello studio della criminalità organizzata. I volumi della collana sono disponibili sul sito: <http://autonomie.regione.emilia-romagna.it/criminalita-organizzata/approfondimenti/menu-laterale/quaderni-di-citta-sicure-1/volumi-on-line-rapporti>.

³² RANIERI, *Contrasto alla criminalità organizzata e diritto del lavoro: indifferenze, interrelazioni e cortocircuiti*, in *LD*, 2015, p. 375 ss.

non accompagnati tuttavia da un'approfondita ricerca su aspetti rilevanti, quali, ad esempio, la giurisprudenza sulle interdittive antimafia o sul concorso in associazione mafiosa. Degno di nota è il capitolo sul ruolo dei professionisti nell'espansione dell'economia mafiosa, in cui si mette in luce come queste figure svolgano compiti essenziali per l'accumulazione illecita di capitali e il rafforzamento del gruppo criminale; per tale ragione, la loro collaborazione è determinante nella lotta contro la mafia. Nel capitolo di chiusura vengono riportati i dati relativi a un'indagine sulle imprese confiscate, svolte nell'ambito del progetto ICARO - *Instrument to remove Confiscated Asset Recovery's Obstacle*.

In maniera ancora più approfondita sul tema cruciale del rapporto tra attività criminali di stampo mafioso e attività professionali si inseriscono le riflessioni e le proposte contenute in *Mafie e libere professioni. Come riconoscere e contrastare l'area grigia* (S. D'Alfonso, A. De Chiara, G. Manfredi, Donzelli, 2018).

Il volume restituisce un'esperienza particolarmente interessante sia per il contesto in cui è maturata sia per gli esiti cui approda. Quanto al primo aspetto, invero, l'indagine si inserisce in un progetto di più ampio respiro che coinvolge l'Ateneo federiciano (e, in particolare, il Laboratorio interdisciplinare di ricerca su mafie e corruzione, LIRMAC), la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (CRUI) e la Commissione parlamentare Antimafia e finalizzato ad effettuare una ricognizione della didattica e della ricerca sui temi della legalità e del contrasto alla criminalità organizzata di matrice mafiosa all'interno delle università.

La ricerca, che si avvale di una base particolarmente significativa e interessante di documenti, fonti e statistiche, muove dalla consapevolezza della centralità strategica che l'area grigia, e nello specifico le libere professioni, può assumere nel radicamento e nel consolidamento delle organizzazioni mafiose e dunque, potenzialmente, anche nella individuazione di opportune e adeguate strategie di contrasto.

Si rivela di estremo interesse il tentativo (riuscito) di individuare attraverso un'indagine serrata i profili di maggiore problematicità (da certune criticità presenti nella normativa vigente, giusto per fare qualche esempio, all'inefficacia dei sistemi di controllo messi in campo) e di suggerire, al contempo, alcune strade percorribili.

Tra queste il progetto di un Codice delle libere professioni dotato di precise caratteristiche o l'idea di un investimento formativo serio a partire

proprio dalle aule e dagli studi universitari rappresentano proposte particolarmente ingegnose e innovative che, se adeguatamente sviluppate, potrebbero irrobustire le misure di contrasto alla criminalità organizzata di origine mafiosa e favorire quell'approfondimento di studio e conoscenza dei fenomeni mafiosi vero e principale antidoto alla presenza delle mafie sui territori.

Due volumi pubblicati nel 2018 si occupano di imprese sequestrate e confiscate. Il primo (G.M. Mazzanti e R. Paraciani, *L'impresa confiscata alle mafie. Strategie di recupero e valorizzazione*, Franco Angeli, 2018) riporta i risultati di una ricerca svolta nell'ambito dell'Osservatorio sulla Legalità istituito grazie all'intesa tra il Comune di Forlì ed il Campus di Forlì dell'Alma Mater. Dopo avere esaminato i caratteri dell'impresa mafiosa ed evidenziato l'ombrello protezionistico di cui questa beneficia, gli Autori si soffermano sulla legislazione che permette di aggredire i patrimoni dei mafiosi e sulla situazione delle imprese confiscate. L'analisi conferma dati già noti (il fatto che il maggior numero di imprese confiscate si trovi nel meridione, sia di piccole dimensioni e basso livello tecnologico), ribadendo che nella stragrande maggioranza dei casi (92,7 %) l'impresa viene liquidata³³, mentre solo lo 0,2% delle imprese confiscate è destinato in cessione gratuita a cooperative di lavoratori. Nella seconda parte del volume sono riportati alcuni casi di imprese recuperate. Partendo da questa analisi, gli Autori si soffermano sugli elementi necessari per realizzare efficaci interventi di recupero delle imprese confiscate (il raccordo tra i soggetti preposti alla gestione dell'impresa confiscata, la formazione degli amministratori giudiziari, la tempestività dell'intervento, le certificazioni di qualità e di eticità, l'accesso al credito, la possibilità di instaurare legami con altri imprenditori, il ruolo dell'associazionismo e delle reti sociali).

Il secondo volume (*La valutazione delle aziende sottoposte a misure di prevenzione*, a cura di F. La Rosa, Giuffrè, 2018) si occupa di aspetti più tecnici, concernenti la valutazione e la gestione delle imprese sequestrate e confiscate. La dettagliata analisi svolta degli Autori è utile, da un lato, per superare le difficoltà che affronta l'Agenzia nazionale per i beni confiscati nel momento in cui deve stimare il valore dell'impresa confiscata, dall'altro, per offrire agli amministratori giudiziari risposte alle criticità gestionali che devono affron-

³³ Questo dato deve, tuttavia, essere letto anche alla luce del fatto che numerose imprese sequestrate sono "imprese cartiere".

tare (per la redazione dei documenti informativi contabili, del bilancio di esercizio, delle relazioni di stima delle imprese sequestrate, del piano industriale). Anche in questo volume si sottolinea che “i tempi drammaticamente lunghi intercorrenti tra il provvedimento di sequestro e la confisca definitiva” ostacolano la possibilità di recupero dell’impresa (p. 2).

In chiusura dell’osservatorio, deve essere ricordato un volume fondamentale per lo studio della materia di cui ci si occupa: *La mafia. Centosessant’anni di storia*, di S. Lupo, Donzelli, 2018. Il volume sviluppa e sistematizza le tante ricerche dell’Autore sulle organizzazioni criminali mafiose. Al di là della dettagliata e documentata ricostruzione dei fatti storici, l’Autore ci insegna un metodo: studiare e capire la mafia in rapporto con l’antimafia. Il monito dell’Autore è quello di evitare di “seguire la china della discussione pubblica, che troppo spesso si è ubriacata e tutt’oggi si ubriaca dell’immagine della mafia come invincibile super-potere” (p. XVI), per cercare di capire come e perché lo Stato italiano ha oscillato e oscilla tra fasi di tolleranza e fasi di repressione.

Key words

Osservatorio, mafie, lavoro, impresa.

Overview, mafie, work, enterprise.

Federica Saulino

Organizzazione del lavoro nella FCA e relazioni industriali

Sommario: **1.** Il contesto economico e giuridico in cui nasce il Contratto Collettivo Specifico di Lavoro di FCA-CNHI. **2.** Un nuovo organismo di rappresentanza aziendale. **3.** Lo sciopero in FCA-CNHI. **4.** La partecipazione dei lavoratori in FCA-CNHI: le Commissioni paritetiche. **5.** Conclusioni. Il CCSL 11 marzo 2019: ancora un accordo “separato” in FCA-CNHI.

1. *Il contesto economico e giuridico in cui nasce il Contratto Collettivo Specifico di Lavoro di FCA-CNHI*

La presente analisi si inserisce all’interno del dibattito sull’impatto delle nuove forme di organizzazione del lavoro sulle relazioni industriali, che è stato oggetto del XXII Congresso mondiale della Società Internazionale del Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale di Torino sulle trasformazioni del lavoro. Si è discusso di un fenomeno di rilevanza internazionale, che attraversa ogni sistema nazionale, seguendo spesso la stessa tendenza, rappresentata dalla decentralizzazione della contrattazione collettiva specie a livello aziendale¹.

¹ In Italia, il fenomeno interessa specialmente il settore della medio-grande impresa, sebbene le confederazioni sindacali restino ancorate alla centralità del ruolo svolto dalla contrattazione collettiva nazionale. Solo nell’ultimo Accordo interconfederale del 9 marzo 2018, è possibile scorgere una nuova linea politica da parte dei sindacati protesa a riconoscere l’importanza, ai tempi d’oggi, di uno sviluppo effettivo della contrattazione collettiva aziendale. V. punto 5 dell’AI 9 marzo 2018 su www.cgil.it. In generale sulle tendenze della contrattazione collettiva in Italia, v. OLIVELLI, *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Giuffrè, 2016; D’AMURI, GIORGIANTONIO, *Stato dell’arte e prospettive della contrattazione aziendale in Italia*, in *DRI*, 2014, 297 ss.; CARRIERI, TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino 2013; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Carocci, 2012; LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della*

I principali spunti di riflessione che hanno guidato questa indagine riguardano gli effetti della nascita di nuove forme di rappresentanza sulla qualità delle relazioni industriali e il loro impatto sul sistema italiano di diritto sindacale.

Più nel dettaglio, oggetto di esame sono stati gli eventi che hanno coinvolto l'industria italiana del settore metalmeccanico negli ultimi anni e in particolare il gruppo automobilistico FCA-CNHI. Questo settore è stato duramente colpito da una crisi di sovrapproduzione, che ha condotto le imprese ad adottare nuovi processi manifatturieri e nuove strategie di *business* per resistere alla competizione globale.

In questo contesto, la FCA-CNHI si è distinta per aver intrapreso iniziative straordinarie volte a rinnovare l'organizzazione del lavoro all'interno dei suoi stabilimenti produttivi. Innanzitutto, è uscita dalla Confederazione Generale degli Industriali, allo scopo di recedere da tutti gli accordi collettivi sottoscritti in precedenza e cessare ogni vincolo con le regole generali della contrattazione collettiva, ancora fondata sul ruolo centrale dei contratti di livello nazionale².

In secondo luogo, il gruppo automobilistico ha adottato un accordo collettivo di livello aziendale applicabile in tutti i siti di produzione sul territorio italiano e destinato a regolare ogni profilo dell'organizzazione del lavoro, per rispondere alle necessità dell'azienda di incrementare la produttività e la competitività sul mercato globale³.

crisi, in *DLRI*, 2012; ALES, *Dal "caso Fiat" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *DLRI*, 2011; FERRARO, *La riforma del sistema contrattuale*, in *RIDL*, 2008.

² Tale operazione ha suscitato molte perplessità circa gli effetti del recesso sul piano dell'ultrattività delle regole fissate dai contratti collettivi precedenti, v. in proposito, LASSANDARI, *La "strana" disdetta del contratto nazionale di categoria dei metalmeccanici*, in *LD*, 2010, p. 353 ss.

³ Tra i primi commentatori dell'iniziativa intrapresa dal gruppo FCA-CNHI vi sono: DE LUCA TAMAJO, *Accordo di Pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, in *RIDL*, 2010, p. 797 ss.; ACCORNERO, *Pomigliano d'Arco, ovvero la parabola del contratto*, in questa rivista, 2010, p. 255-257; LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DRLI*, 2012, p. 50 ss.; CELLA, *Pomigliano e Mirafiori: incertezze e "fallimenti" nelle culture sindacali*, in *DLRI*, 2011; TRIGILIA, *Fiat e Mezzogiorno. La difficile difesa del lavoro nella globalizzazione*, in *DRLI*, 2011, 103 ss.; BAVARO, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, in *DRLI*, 2011, p. 313 ss.; ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, in *LD*, 2011, p. 421 ss.; AIMO, IZZI, *Azione sindacale e vicende Fiat: la voce di Massimo Roccella*, in *LD*, 2011, p. 411 ss.; LASSANDARI, *La contrattazione collettiva: prove di decostruzione di un sistema*, in *LD*, 2011, p. 321 ss.; L. ZOPPOLI, *Il "caso Fiat" e il sistema di relazioni industriali italiano: trasformazioni socio-cul-*

Denominato Contratto Collettivo Specifico di Lavoro (CCSL), proprio in quanto contenente norme proprie per il raggiungimento degli obiettivi di *performance* economica-produttiva fissati dal gruppo, esso rappresenta l'unico contratto collettivo vigente in FCA-CNHI, nell'assenza di altri di livello superiore. Tale accordo, tuttavia, non ha ricevuto l'adesione di uno dei maggiori sindacati italiani del settore, la Fiom-Cgil, con tutte le conseguenze, che si analizzeranno in avanti, sulla tenuta dell'impianto di relazioni industriali all'interno del gruppo.

Il CCSL è stato concluso nel dicembre del 2010 e già rinnovato nel luglio del 2015, con le firme dei sindacati Fim-Cisl, Uilm-Uil, Fismic, Ugl Metalmeccanici, l'Associazione Quadri e Capi FIAT.

L'11 marzo 2019 è stato stipulato dalle stesse parti l'accordo di rinnovo, che vede ancora la mancata sottoscrizione da parte della Fiom-Cgil.

Il CCSL ha introdotto all'interno degli stabilimenti FCA-CHNI il *World Class Manufacturing System*, un sistema di produzione nel quale l'organizzazione del lavoro è finalizzata al raggiungimento del massimo risultato in termini di *performance* aziendale, attraverso una riduzione sistematica di ogni tipo di spreco e di perdita, che fonda sul capitale umano la risorsa più importante per le tecniche produttive impiegate⁴.

Sul piano normativo, questo ha significato un incremento dei turni di lavoro; ha determinato un uso più flessibile delle pause dal lavoro e dei permessi retribuiti, in base alle esigenze dell'azienda; ha comportato l'applicazione di misure disciplinari severe contro l'assenteismo; ha predisposto una maggiore mobilità professionale, seguendo un nuovo sistema di inquadramento professionale, e ha posto l'incremento salariale in linea con la produttività dell'azienda. Sul piano delle relazioni sindacali, la rinnovata organizzazione aziendale ha insistito su nuove forme di rappresentanza dei lavoratori, su strategie di incremento della partecipazione dei lavoratori e su dibattute restrizioni all'esercizio dello sciopero.

turali e politica del diritto, in *EL*, 2011, pp. 23 ss. Il n. 5 di *EL* del 2011 è interamente dedicato all'analisi di queste vicende, con *Introduzione. Il caso Fiat* di BARTOCCI, BORIONI, e con i contributi di BERTA, L. ZOPPOLI, ICHINO, LEONARDI, TUCCINO, VOLPATO, CECCOTTI, PIRONE, KING, JURGENS, GARIPPO, OHLSSON, PERRA, *Stato, sindacato e impresa tra conflitto e una nuova stagione di accordi. Gli Accordi Fiat 2010: un'occasione per riflettere sulle relazioni industriali in Italia*, in *Soc. lav.*, 2012, p. 236 ss.

⁴ Per maggiori dettagli sul sistema *WCM* si rimanda a CALAFÀ, *Cartoline da Detroit*, in *LD*, 2011, p. 363 ss.

Il presente contributo si focalizzerà sull'analisi delle regole di gestione delle relazioni industriali in FCA-CNHI. Queste sono state duramente criticate, sia ad opera del sindacato non aderente (la Fiom-Cgil), che da una parte della dottrina, ma in tutto confermate dal nuovo accordo siglato l'11 marzo 2019.

Tra i primi commentatori c'è stato anche chi ha previsto che gli eventi che hanno interessato il gruppo automobilistico avrebbero esteso i loro effetti sull'intera struttura del modello italiano di relazioni industriali⁵. Le sfide della globalizzazione e le continue divergenze tra le diverse sigle sindacali avrebbero, infatti, mostrato i limiti oggi non più sostenibili del sistema sindacale italiano, rappresentati dall'assenza di una legge sulla rappresentanza e dall'anomia in materia di sciopero.

2. *Un nuovo organismo di rappresentanza aziendale*

Secondo la strategia organizzativa aziendale adottata in FCA-CHNI con la firma del Contratto Collettivo Specifico di Lavoro, il buon funzionamento dei processi e l'incremento della produttività del lavoro possono essere assicurati se si previene il conflitto all'interno dell'impresa e si garantisce l'esigibilità dei patti collettivi, nell'ottica di un sistema di relazioni sindacali maggiormente partecipativo⁶.

Per realizzare questi obiettivi, il CCSL è intervenuto sulla rappresentanza aziendale dei lavoratori, istituendo un nuovo organismo all'interno di ciascun stabilimento: il Consiglio delle RSA. Introdotto con il contratto di luglio 2015 all'interno degli stabilimenti FCA-CHNI e confermato dall'accordo di rinnovo di marzo 2019, questo è l'unico organo di rappresentanza sindacale a poter discutere con la direzione aziendale sull'applicazione delle norme collettive e al quale il contratto riconosce il diritto di attivare misure di autotutela.

Esso è composto da tutte le RSA costituite presso ciascun sito di produzione, connesse alle associazioni sindacali nazionali che hanno firmato il CCSL; ma, negli stabilimenti in cui l'organico è superiore alle 900 unità, concorrono alla formazione del Consiglio solo quelle rappresentanze che

⁵ DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 789.

⁶ V. Premessa al CCSL 2019, che conferma quella contenuta nel CCSL 2015.

hanno ottenuto, all'interno del singolo stabilimento, almeno il 6 per cento dei voti dalla base, per un massimo di cinque membri. Questi compongono il cd. Comitato esecutivo (art. 1 bis, Titolo I CCSL 2019, già art. 1 bis, Titolo I CCSL 2015).

Le ipotesi in cui avviene il confronto tra il Consiglio delle RSA (o il Comitato Esecutivo) e la direzione aziendale sono quelle nelle quali occorre introdurre un cambiamento nell'organizzazione del lavoro (come nel caso del rinnovo dei turni; della distribuzione del tempo di lavoro; della schedulazione delle ferie o della concessione dei permessi retribuiti), ovvero quando nasce un conflitto interpretativo sulle clausole del CCSL.

Si ricorda che una delle maggiori sigle sindacali della categoria dei metalmeccanici, la Fiom-Cgil, non avendo aderito al contratto, è esclusa dalla formazione del Consiglio delle RSA, venendo, così, di fatto estromessa da ogni confronto con la direzione aziendale sulle questioni relative all'organizzazione produttiva.

Tra i motivi della mancata adesione al CCSL da parte della Fiom rientra proprio la scelta di istituire questo organismo di rappresentanza, il quale, specie nella forma di Comitato esecutivo, è stato giudicato come un mezzo per ingabbiare il pluralismo sindacale e dominare le rappresentanze dei lavoratori, soprattutto dal momento che all'interno del gruppo non è stato più possibile costituire le RSU⁷, che invece avrebbero continuato a dar voce all'intera base occupazionale⁸.

In vista del rinnovo del CCSL avvenuto l'11 marzo 2019, la Fiom ha mantenuto la linea dura contro l'istituzione dei Consigli di RSA, battendosi per il riconoscimento reciproco di tutti i livelli di rappresentanza sindacale e delle loro prerogative⁹. La Fiom chiedeva, inoltre, l'introduzione di "pratiche di partecipazione democratica diretta dei lavoratori" alle decisioni che comportano l'adozione di misure di autotutela, anziché continuare a riconoscere in via esclusiva al Consiglio la titolarità ad indire lo sciopero.

⁷ Sull'importanza del ruolo delle RSU all'interno dell'azienda, v. BELLOCCHI, *Rappresentanza e diritti sindacali in azienda*, in *DLRI*, 2011, p. 543 ss.; NATULLO, *Le RSA ieri, oggi: e domani?*, in questa rivista, 2010; CARRIERI, *Le RSU nel sistema italiano di relazioni industriali*, in *LD*, 1996, p. 153 ss.

⁸ L'impossibilità di costituire le RSU all'interno degli stabilimenti di FCA-CNHI è una conseguenza dell'uscita del gruppo dal sistema confederale e da tutti i suoi accordi conclusi in precedenza. In merito a tale questione, si veda LISO, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, in *DLRI*, 2011, p. 331.

⁹ V. documento di presentazione della piattaforma su www.fiom-cgil.it.

La compagnia, invece, con il consenso delle altre oo.ss. di categoria, ha confermato le regole sulla rappresentanza sindacale e sull'esercizio dello sciopero introdotte nel 2015. La Fim-Cisl, invero, ha rivendicato la scelta di istituire il Consiglio delle RSA, ritenendo che questo, proprio nella sua composizione di Comitato esecutivo, crei all'interno delle unità produttive più grandi una decentralizzazione del potere di rappresentanza delle RSA, grazie al quale viene assicurato un più alto livello di responsabilità dell'azione sindacale.

Ad ogni modo, l'impossibilità della Fiom-Cgil di rappresentare le istanze degli iscritti innanzi alla direzione aziendale non ha impedito loro di far sentire in questi anni la propria voce, attraverso l'organizzazione di scioperi e manifestazioni, in merito ai quali si dirà nel paragrafo successivo.

3. *Lo sciopero in FCA-CNHI*

Si è detto che il CCSL riconosce il Consiglio delle RSA quale unico titolare, all'interno dell'unità produttiva, del potere di attivare misure di autotutela (art. 1-bis, Titolo I CCSL 2019, già art. 1-bis, Titolo I CCSL 2015), previo espletamento della cd. procedura di raffreddamento prevista dal successivo art. 12. Questo stabilisce che, laddove sia in atto un conflitto all'interno dell'unità produttiva¹⁰, il Consiglio delle RSA, su deliberazione della maggioranza assoluta dei suoi membri, è tenuto ad inviare una richiesta scritta alla direzione aziendale per ottenere un incontro tempestivo finalizzato alla sua risoluzione. Se l'esito di questo incontro risultasse negativo, vengono coinvolte le rappresentanze sindacali regionali e nazionali delle associazioni firmatarie. Laddove anche la consultazione con le rappresentanze territoriali di livello più alto dovesse rivelarsi infruttuosa, il conflitto si apre a due soluzioni: l'invio di una richiesta congiunta alla Commissione Paritetica Nazionale, ovvero la proclamazione dello sciopero da parte del Consiglio delle RSA, con un preavviso di almeno 24 ore (art. 12, Titolo I CCSL 2019, già art. 12 Titolo I CCSL 2015).

Tali norme avrebbero l'effetto di disconoscere il diritto di scioperare in via autonoma in capo alle singole RSA e ai lavoratori, allo scopo di assicurare

¹⁰ Tale procedura non si applica, così come previsto dal CCSL 2015, ai conflitti che si estendono oltre la singola unità produttiva.

un maggiore controllo del conflitto nei luoghi di lavoro e garantire l'esigibilità dei patti collettivi. Il CCSL interviene, così, sul tema, da sempre dibattuto, della titolarità del diritto di sciopero¹¹, offrendo una soluzione orientata ad enfatizzare il ruolo e le responsabilità del Consiglio delle RSA nella gestione delle relazioni sindacali.

Tuttavia, prima di giungere a conclusioni sull'effettiva portata delle suddette previsioni, occorre analizzare i contenuti della cd. clausola di responsabilità, di cui all'art. 11, Titolo 1 e della cd. clausola di inscindibilità, di cui all'art. 9 dello stesso Titolo del CCSL 2019 (già artt. 11 e 9 del CCSL 2015).

La cd. clausola di responsabilità stabilisce che il mancato rispetto delle norme del CCSL da parte del Consiglio delle RSA, nonché ogni altro comportamento messo in atto dalle singole OO.SS., idoneo a determinare l'inesigibilità delle norme collettive, possono comportare l'applicazione da parte dell'azienda di sanzioni a carico del sindacato inadempiente. Il potere sanzionatorio dell'azienda, da esercitare nel rispetto dei principi di proporzionalità e di progressività rispetto alla specifica violazione, si determina attraverso la sospensione dell'obbligo di pagamento dei contributi sindacali da parte dell'azienda; il rifiuto di quest'ultima di concedere i permessi retribuiti ai dirigenti sindacali, previsti dal contratto collettivo e, nei casi di particolare gravità derivante dalla reiterazione delle violazioni, lo scioglimento del Consiglio delle RSA e la necessità di costituirne uno nuovo.

Questa clausola non rappresenta, di certo, un *unicum* nel sistema di relazioni sindacali italiano. Gli stessi accordi interconfederali – come già quello del 28 giugno 2011 e il Testo Unico sulla rappresentanza dei lavoratori del 10 gennaio 2014, sottoscritti all'unanimità da Cgil, Cisl e Uil – riconoscono la possibilità per i contratti collettivi nazionali e aziendali di prevedere, in caso di mancato rispetto delle norme collettive, clausole sanzionatorie con effetti pecuniari o di sospensione temporanea dei diritti sindacali di fonte contrattuale, con limitazione degli effetti alle sole oo.ss. contraenti¹².

¹¹ Per un approfondimento, si rinvia a NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, 2103; CORAZZA, *Il nuovo conflitto. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, Giuffrè, 2012, p. 75 ss.; GHERA, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale (spunti critici e di metodo)*, in questa rivista, 2012, p. 243; ROMEI, *Ripensare il diritto di sciopero?*, in *DLRI*, 2012, p. 331; RUSCIANO, *Diritto di sciopero e assetto costituzionale*, *RIDL*, 2009; A. ZOPPOLI, *La titolarità del diritto di sciopero*, Jovene, 2006; SANTONI, *Lo sciopero*, 2001, Jovene.

¹² Per un'analisi della letteratura sul tema delle clausole di responsabilità nel sistema italiano

Ciò che, invece, caratterizza la clausola del CCSL è l'estensione della responsabilità delle oo.ss. al caso in cui siano i lavoratori, singolarmente o collettivamente, a determinare l'inesigibilità delle norme collettive (art. 11, comma 3, Titolo I CCSL 2019, già art. 11, comma 3, Titolo I CCSL 2015). Questa ipotesi, da alcuni definita come un caso di responsabilità oggettiva del sindacato per l'attività dei lavoratori, viene giustificata dalle parti contraenti in virtù del dovere di influenza che il sindacato avrebbe nei confronti dei lavoratori medesimi (sebbene limitatamente ai suoi iscritti).

In verità, tale previsione scaturisce dalla mancanza, nel nostro sistema di relazioni sindacali, di una soluzione univoca circa la questione della titolarità del diritto di sciopero¹³, che ha quindi condotto l'azienda ad incalzare la responsabilità del sindacato al fine di garantire in ogni modo il controllo dei conflitti.

Nell'accordo di rinnovo del 2019, il richiamo alla responsabilità delle oo.ss., affinché venga garantita l'esigibilità del contratto, è ancor più forte. La nuova disposizione di cui al comma 2, art. 9 la estende a tutti i livelli delle rispettive organizzazioni sindacali e impone di indire un'apposita riunione della Commissione Paritetica nazionale in caso di situazioni che determinano l'inapplicabilità del CCSL.

La cd. clausola di inscindibilità (art. 9, Titolo I CCSL) prevede che le regole del contratto collettivo integrano quelle del contratto individuale di lavoro, con la conseguenza che, se il singolo lavoratore non rispetti una norma collettiva, espone sé stesso all'applicazione di misure disciplinari, come nel caso in cui contravvenisse ad una norma del contratto individuale.

Una tale correlazione non desta particolari perplessità, se la norma collettiva violata dovesse rientrare nella cd. parte normativa del contratto collettivo, dal momento che, secondo l'opinione comune, le sue regole (es. quelle riguardanti i vincoli di orario, il rispetto delle pause, la turnazione, ecc.) sono oggetto del potere di negoziazione del sindacato. Lo stesso non può affermarsi nel caso in cui il lavoratore non ottemperi ad una disposizione cd. obbligatoria del contratto collettivo, che invece pone obblighi e responsabilità esclusivamente in capo alle oo.ss. stipulanti.

delle relazioni industriali v. CORAZZA, *op. cit.*, p. 105 ss.; EADEM, *Clausole di responsabilità e patti di tregua sindacale negli accordi Fiat*, in *EL*, 2011, p. 117.

¹³ Per un approfondimento sulla pluralità di tesi esistenti in dottrina in merito alla suddetta questione, si rinvia alla letteratura indicata in nota n. 9.

Si è discusso, allora, se i lavoratori che decidessero di attivarsi autonomamente per lo sciopero, a dispetto delle procedure e delle prerogative riconosciute dal CCSL al Consiglio delle RSA, siano esposti all'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'azienda. Siffatta ipotesi desta forti dubbi di legittimità costituzionale, sia da un punto di vista oggettivo, dal momento che il rischio di sanzione minerebbe la libertà di sciopero proclamata dall'art. 40 Cost., sia da un punto di vista soggettivo, perché l'estensione della responsabilità del sindacato in capo ai singoli lavoratori presupporrebbe un potere dispositivo del sindacato circa il diritto di sciopero, che andrebbe ben oltre la sua regolamentazione, assumendo efficacia abdicativa laddove si accordasse all'azienda il potere di licenziare il lavoratore in sciopero¹⁴.

Tuttavia, se andiamo ad analizzare il rinvio che l'art. 9 faceva all'art. 33 del CCSL 2015 e che oggi fa agli artt. 23 e 24 del CCSL 2019, ai fini dell'individuazione delle singole fattispecie di rilevanza disciplinare, l'esercizio di sciopero non è mai contemplato tra le ipotesi passibili di sanzione.

Diverse sono state le rappresentazioni del caso. Secondo l'interpretazione autentica, proveniente dal maggior sindacato tra quelli firmatari dell'accordo¹⁵, la cd. clausola di inscindibilità non permetterebbe all'azienda di sanzionare i singoli lavoratori in sciopero. Il CCSL riconoscerebbe all'azienda il potere di sanzionare esclusivamente il sindacato, così come previsto dall'art. 11, mentre la previsione dell'art. 9 rappresenterebbe solo uno strumento per responsabilizzare i lavoratori e richiamarli al rispetto delle regole contrattuali. Sullo stesso piano di giudizio si pone un autorevole commentatore, che ha interpretato l'inscindibilità tra le norme collettive e quelle individuali nel senso di ritenere sanzionabili solo quei comportamenti ostruzionistici o altre violazioni diversi dallo sciopero¹⁶. Questo sarebbe il significato da attribuire alla norma di carattere residuale contenuta nella lettera o dell'art. 23 CCSL 2019 (già lettera l dell'art. 33 CCSL 2015), che prevede l'applicazione di sanzioni di natura conservativa nel caso in cui il lavoratore trasgredisca "in altro modo" l'osservanza del contratto collettivo o commetta "qualsiasi mancanza che porti pregiudizio alla disciplina, alla morale, all'igiene ed alla sicurezza dello stabilimento/sede di lavoro".

¹⁴ Sul tema dell'indisponibilità del diritto di sciopero, v. *funditus*, CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, cit., p. 105

¹⁵ V. il documento pubblicato dalla Fim-Cisl il 28 gennaio 2010 "L'accordo di Pomigliano: una analisi dei contenuti", in www.cisl.it.

¹⁶ DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*

Altra dottrina, invece, ha considerato legittima la possibilità che l'azienda sanzioni i lavoratori che non rispettino le regole sullo sciopero dettate dal CCSL, poiché questa è l'unica materia ancora capace di essere oggetto di scambio in tempi di crisi¹⁷, come tale risulterebbe pienamente negoziabile da parte del sindacato. Infine, c'è stato chi ha giudicato la cd. clausola di inscindibilità assolutamente incostituzionale, perché trasforma gli obblighi del sindacato in vincoli per i lavoratori¹⁸.

Chi scrive aderisce ad una lettura costituzionalmente orientata della clausola in esame, i quali effetti non possono estendersi fino a determinare l'applicazione di misure disciplinari contro i lavoratori che non rispettino i patti collettivi in tema di sciopero. Si considera, piuttosto, come sopra anticipato, che la richiesta di esigibilità del CCSL venga garantita dalla estensione della responsabilità del sindacato ai casi in cui la violazione derivi da comportamenti individuali e/o collettivi dei lavoratori (art. 11, penult. comma)¹⁹.

I dubbi di legittimità della clausola di inscindibilità e l'ambiguità del suo enunciato, comunque idoneo ad esercitare un effetto dissuasivo dell'esercizio dello sciopero, hanno spinto fin da subito le associazioni sindacali ad intervenire a livello confederale, le quali, tra l'altro, hanno ritrovato sul tema un'unanimità di consensi. Queste dichiararono, in occasione della stipula dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011²⁰, che le clausole di responsabilità sono vincolanti solo per il sindacato e non anche per i singoli lavoratori²¹.

¹⁷ ICHINO, *Appunti di un giurista su Pomigliano*, in www.lavoce.info.it dell'8 giugno 2010. Egli ritiene che la natura individuale del diritto di sciopero non precluda la possibilità per il sindacato di negoziare tale diritto, allo stesso modo di come avviene per il diritto alla retribuzione, ad un orario di lavoro legittimo ovvero alla tutela professionale.

¹⁸ MARIUCCI, *Back to future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, in *LD*, 2011, p. 239 ss. Su questo piano anche la Fiom-Cgil, la quale ha eletto tale previsione come uno dei motivi di mancata adesione al CCSL.

¹⁹ Tuttavia, la legittimità di un'ipotesi di responsabilità oggettiva di fonte contrattuale è altra questione dibattuta all'interno della dottrina civilistica, alla quale si fa debitamente rinvio. Per tutti v. ALPA, *La responsabilità oggettiva*, in *Contratto e impr.*, 2005, p. 959.

²⁰ Sulla ritrovata unanimità delle confederazioni sindacali, v. TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *ADL*, 2011, p. 613 ss.; TREU, *op. cit.*, p. 618 ss.

²¹ Con questa dichiarazione, la classe sindacale sembra acclamare la teoria della titolarità individuale del diritto di sciopero, contro la quale, invece, si è schierata quella parte della dottrina che ritiene non risponda più alle esigenze attuali del sistema di relazioni industriali. Questo esige meno conflitto e più partecipazione, caratteristiche che potrebbero essere meglio sup-

Altro aspetto da considerare riguarda la compatibilità delle cc.dd. clausole di responsabilità e di inscindibilità con l'art. 39 Cost.²². Sebbene gli artt. 9 e 11, Tit. I CSSL non facciano specifico riferimento, quali loro destinatari, ai sindacati firmatari del CSSL e ai lavoratori iscritti agli stessi, non vi è dubbio che tali norme vincolino entrambi questi ultimi e non anche coloro che non vi hanno aderito²³. Per questo motivo, la mancata firma al contratto da parte della Fiom-Cgil riduce sensibilmente le prerogative di controllo delle rappresentanze antagoniste da parte della direzione aziendale²⁴.

In conclusione, si ritiene che le clausole di cui agli artt. 11 e 12 Titolo I CSSL, sulle quali le parti hanno strutturato il loro patto di tregua, sia nel contratto del 2015 che in quello del 2019, siano destinate a produrre effetti unicamente in capo alle associazioni sindacali stipulanti. Questo patto, nella misura in cui procedimentalizza l'esercizio dello sciopero e limita la sua portata ai soli casi in cui il conflitto attenga ad una materia regolata dal CSSL, non produce effetti abdicativi del diritto di sciopero dei lavoratori, in pieno accordo con il dettato costituzionale.

portate dalla concezione duale della titolarità del diritto di sciopero. Secondo tale opinione, da un lato si permetterebbe al sindacato di tenere sotto controllo il conflitto attraverso procedure di proclamazione e dall'altro, si riconoscerebbe ai singoli lavoratori la scelta se aderire o meno allo sciopero. Sullo sviluppo di questa tesi, v. A. ZOPPOLI, *op. cit.*

²² V. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 Cost. oggi.*, in *Studi in onore di Gino Giugni*, Carocci, 1999, p. 305 ss.

²³ Più specificamente sulla questione degli effetti della contrattazione "separata", resa ancor più stringente dalla previsione di clausole di tregua, v. LASSANDARI, *Problemi e ricadute della contrattazione "separata"*, in *DRLI*, 2010, p. 323 ss.; MARESCA, *Accordi collettivi separati tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in *RIDL*, 2010, p. 29 ss.

²⁴ Alcuni commentatori hanno ritenuto che lo scopo principale di FCA-CNHI sotteso all'uscita da Confindustria, sia stato quello di impedire alla Fiom-Cgil di costituire le rappresentanze aziendali all'interno del gruppo, a causa della ferma opposizione perpetrata da questo sindacato contro le politiche aziendali, così LISO, *op. cit.* In sintesi, prima che intervenisse la Corte costituzionale, con la famosa sentenza del 23 luglio 2013, n. 231, la Fiom-Cgil non poteva costituire le sue RSA all'interno degli stabilimenti FCA, non avendo apposto la firma al CSSL 2010. Successivamente, avendo il giudice delle leggi stabilito che l'art. 19 St. lav. deve essere interpretato nel senso che le sigle sindacali possono costituire le proprie rappresentanze in azienda, anche se non hanno apposto la firma all'accordo collettivo definitivo, purché abbiano preso parte ai tavoli negoziali, la Fiom-Cgil è stata riabilitata a costituire le RSA all'interno del gruppo. Su queste vicende, approfonditamente, GARILLI, *Crisi e prospettive della rappresentatività sindacale: il dialogo tra Corte Costituzionale e accordi sindacali*, in *ADL* 2015, p. 45; LISO, *Opinioni sul "nuovo art. 19 dello Statuto dei lavoratori"*, in *DRLI*, 2014, p. 105 ss.; DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale sullo sfondo della crisi del Sistema sindacale anomico*, in *RGL*, 2013, p. 45.

La cd. clausola di inscindibilità, di cui all'art. 9, è invece destinata ai singoli lavoratori, ai quali tuttavia non viene interdetto il diritto di sciopero per mezzo della minaccia di sanzione, ma gli si impone di non assumere comportamenti che, diversi dallo sciopero, provochino la sospensione dell'efficacia dei patti collettivi. Tale configurazione esclude che in relazione all'art. 9 si possa parlare di una vera e propria clausola di tregua, così come essa appare nella comune fenomenologia.

Tutto quanto sopra considerato, porta a valutare il riconoscimento *ex contractu* della titolarità esclusiva dello sciopero in capo al Consiglio delle RSA, privo di efficacia reale, anche alla luce degli eventi che si sono succeduti durante il periodo di vigenza del CCSL 2015. I lavoratori iscritti ai sindacati non aderenti, infatti, non hanno mai subito alcun genere di ripercussione da parte dell'azienda in ragione degli scioperi messi in moto in questi anni.

4. *La partecipazione dei lavoratori in FCA-CNHI: le Commissioni paritetiche*

Informazione, consultazione e partecipazione sono considerate, nella letteratura economica e sociologica, delle misure utili a risolvere problemi di scarsa crescita e produttività aziendale²⁵. Queste possono essere attivate al meglio a livello decentrato, dove c'è un maggior grado di convergenza tra datore di lavoro, lavoratori e loro associazioni sindacali²⁶.

Con l'intento di creare un sistema di partecipazione efficace, finalizzato alla ricerca di soluzioni coerenti con gli obiettivi di tutela e coinvolgimento

²⁵ Sul tema, v. ALAIMO, *L'eterno ritorno della partecipazione: il coinvolgimento dei lavoratori al tempo delle nuove regole sindacali*, in questa rivista, 2014, p. 302; ALLEVA, *Rappresentanza, rappresentatività, partecipazione. Le proposte metodologiche*, in *RGL*, 2012, 495; OLIVELLI, *La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *DRI*, 2010, p. 37 ss.; EADEM, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 2005, p. 321; PIZZOFERRATO, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governance e democrazia economica*, in *RIDL*, 2005, p. 243; REGALIA, *Nuove forme di organizzazione e coinvolgimento diretto del lavoro in Italia*, in *LD*, 1993 p. 515 ss; D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in *RGL*, 1990, p. 1351 ss. Per maggiori dettagli sul diritto di informazione, v. PERULLI, *I diritti di informazione*, Giappichelli, 1991.

²⁶ In questi termini, TREU, *Centralizzazione e decentramento nella contrattazione collettiva*, in *DLRI*, p. 497. Della stessa opinione sono i sindacati che nell'ultimo Accordo interconfederale del 9 marzo 2018 hanno riconosciuto la partecipazione come uno specifico campo di normazione da parte della contrattazione collettiva aziendale; v. punto 6 dell'accordo, su www.cgil.it.

dei lavoratori, il CCSL FCA-CNHI 11 marzo 2019, come già il CCSL del 2015, ha previsto l'istituzione, sia a livello nazionale che locale, di diverse Commissioni Paritetiche, avente ognuna una specifica competenza. Sono composte, per parte sindacale, da membri eletti all'interno delle rappresentanze dei lavoratori, tra coloro i quali posseggono requisiti di esperienza e professionalità nel relativo settore, per parte datoriale da membri altrettanto competenti per settore.

L'azienda ha un obbligo generale di informazione verso le Commissioni, che adempie attraverso l'organizzazione di incontri regolari, di cui almeno uno all'anno, durante i quali, le stesse vengono aggiornate sull'andamento della azienda e sulla situazione occupazionale.

A livello centrale, sono state istituite una Commissione Paritetica Nazionale, con funzioni di monitoraggio sulla performance economica dell'azienda, di interpretazione del CCSL e con un ruolo di mediatore nella risoluzione dei conflitti (v. *supra*); una Commissione Paritetica Nazionale sul *Welfare* aziendale, allo scopo di ricercare soluzioni innovative di conciliazione vita-lavoro e per la definizione del programma di *flexible-benefits* e una Commissione Paritetica Nazionale sulle Pari Opportunità nei luoghi di lavoro.

A livello locale, vi sono le Commissioni Paritetiche sulla Salute e la Sicurezza dei lavoratori; le Commissioni Paritetiche per il monitoraggio sui risultati del sistema di produzione; le Commissioni Paritetiche sui servizi aziendali a livello di stabilimento; le Commissioni Paritetiche con funzioni di controllo sul fenomeno dell'assenteismo e, infine, le Commissioni Paritetiche per il *World Class Manufacturing Process*.

Questi organismi, inoltre, conducono attività di studio e di consultazione negli stessi campi sopra indicati.

Come generalmente accade nel sistema di relazioni sindacali italiane, anche la partecipazione dei lavoratori in FCA-CNHI si presenta come un processo complementare rispetto a quello della contrattazione collettiva aziendale, laddove gli organi di partecipazione, a dispetto delle rappresentanze contraenti, agiscono limitatamente a specifici settori.

In realtà, aldilà della previsione di un raggio d'azione definito, all'interno del quale le rispettive Commissioni avrebbero potuto agire efficacemente nella ricerca di un bilanciamento degli opposti interessi, il livello di partecipazione nel caso in esame si considera insufficiente per due motivi.

Innanzitutto, le Commissioni non hanno potere decisionale e il risultato delle loro attività non vincola in alcun modo l'azienda. Solo nel caso in cui

la Commissione Paritetica sulla Salute e Sicurezza dei lavoratori dovesse riscontrare un rischio per l'incolumità dei lavoratori connessa alla posizione ergonomica da questi adottata, l'azienda è obbligata ad attivarsi per verificare la situazione nello stabilimento.

In secondo luogo, le Commissioni Paritetiche, così come costituite, sono espressione dei sindacati firmatari del CCSL, di conseguenza non hanno la capacità di rappresentare gli interessi dell'intera base occupazionale, specialmente in vista della mancata adesione al contratto da parte di uno dei maggiori sindacati dei metalmeccanici. La Fiom-Cgil, infatti, non ha eletto e non eleggerà nemmeno in virtù dell'ultimo accordo di rinnovo, i propri rappresentanti all'interno delle Commissioni, venendo meno la partecipazione di una buona fetta di lavoratori alle attività di informazione e consultazione.

Al fine di assicurare un migliore flusso di informazioni tra l'azienda e i lavoratori e garantire tra questi il dialogo e la composizione dei conflitti, la funzione partecipativa sarebbe dovuta appartenere a commissioni fondate sull'elezione diretta dei loro componenti da parte dell'intera base occupazionale²⁷, piuttosto che dagli organismi di rappresentanza sindacale²⁸. Tanto è vero che, durante il periodo di vigenza del precedente contratto collettivo specifico, il sistema adottato, estromettendo gran parte delle rappresentanze dei lavoratori impiegati, non è riuscita a mitigare l'impatto di quelle clausole di deroga, così tanto contestate, che hanno caratterizzato il rinnovamento dei processi di lavoro all'interno del gruppo, attraverso severe disposizioni in tema di orario, di pause retribuite e di lotta all'assenteismo.

5. Conclusioni. Il CCSL 11 marzo 2019: ancora un accordo "separato" in FCA-CNHI

Il sistema di relazioni industriali in FCA-CNHI in vigore dal 2015 è stato concepito per ridurre le occasioni di conflitto e aumentare il dialogo e la partecipazione all'interno dell'azienda.

²⁷ È noto che le rappresentanze di base siano più abili ad interpretare i problemi e le esigenze dei lavoratori, si da migliorare la rappresentatività dei lavoratori che le eleggono all'interno delle aziende. In questi termini, ROGERS, STREECK, *Works Councils: Consultation, Representation and Cooperation in Industrial Relations*, Evastone-Chicago, University Press, 1995.

²⁸ Di scarsa efficacia del sistema partecipativo in FCA-CNHI riferisce anche FOCARETA, *Il modello FC-CNHI, le parole e le cose*, in *DLRI*, 2017, p. 380, "se non altro per la peculiare frantumazione della rappresentanza sindacale".

Tali obiettivi vengono portati avanti, principalmente, attraverso l'istituzione di un nuovo organismo di rappresentanza sindacale, al quale è riconosciuta la titolarità esclusiva di proclamare lo sciopero, e con l'introduzione di severe clausole di responsabilità da attivare nei casi di inapplicabilità del contratto.

Tuttavia l'attività e i risultati del sistema partecipativo adottato in FCA-CNHI sono stati compromessi dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte della Fiom-Cgil. Invero, le istanze dei lavoratori iscritti al sindacato non aderente, non convogliate all'interno del dialogo tra il Consiglio delle RSA e la Direzione aziendale, sono sfociate in scioperi e manifestazioni a discapito dell'esigibilità del contratto. Nello stesso tempo, i lavoratori scioperanti e le loro rappresentanze non hanno mai subito alcuna sanzione, a dispetto dei timori inizialmente paventati dalla dottrina maggioritaria nei confronti delle clausole di inscindibilità e di responsabilità.

Il sistema costituzionale ha retto di fronte al tentativo di scardinare i suoi principi fondamentali posti a sostegno della libertà sindacale. Un tentativo messo in campo dalla compagnia automobilistica al fine di assicurare il massimo rispetto dei patti collettivi.

L'impianto normativo del sistema di relazioni sindacali, istituito dal CSSL 2015, trova conferma nell'accordo di rinnovo dell'11 marzo 2019. Questo è stato uno dei motivi che ha portato nuovamente la Fiom-Cgil a non aderire all'accordo, sì che in futuro si riproporranno le stesse criticità sopra rappresentate a danno del sistema partecipativo così costituito.

Le considerazioni finora svolte portano a concludere che la partecipazione e il dialogo trovano difficilmente riscontro nell'applicazione di un accordo collettivo "separato", minando il buon funzionamento dell'organizzazione e la produttività del lavoro.

Lorenzo Zoppoli

Trevico-Torino, viaggio nel Fiat-nam (Scola, 1973).

Quando emigra(va)no gli italiani

1. “Trevico-Torino, viaggio nel Fiat-nam” è un film di quasi 50 anni fa (fu girato nel 1971, anche se fu distribuito nel 1973), di cui è appena uscita una versione digitale restaurata, presentata al 36° Festival del cinema di Torino del 2018¹. Racconta una storia apparentemente senza epica e senza etica, una storia spoglia di cui è protagonista Fortunato Santospirito, un giovane meridionale (di Trevico) che emigra a Torino per lavorare nella grande Fiat. Lì però troverà soprattutto un’umanità immersa in una lotta quotidiana che spesso prende a bersaglio proprio quel lavoro tanto agognato, ma anche tanto illusorio. Questa umanità appare in effetti immersa in una guerra che ha molto in comune con la coeva guerra del Vietnam (Saigon cade nel 1975) – a cui allude il titolo del film – perché è una guerra che l’invasore non può vincere senza distruggere radicalmente il territorio invaso e i valori o la spinta vitale che l’hanno portato alla sfida. L’emigrato è il punto di vista che Ettore Scola abbraccia integralmente per raccontare questa triste ma struggente vicenda. Il registro di Scola è quello di un documentario, duro, oggettivo, inoppugnabile, che va anche oltre il neorealismo da molti evocato (assai citato il precedente di *Rocco*, film di Luchino Visconti del 1960 con analoghi spunti, ma svolgimenti tutt’affatto

¹ V. CORBARI, *Il lavoro protagonista al 36° Torino Film Festival*, in *Il diario del lavoro*, gennaio 2019. Il film rientra tra quelli che storicamente hanno caratterizzato la cinematografia del lavoro negli anni ’70: v. PACI, *Anime in tuta blu*, in questa rivista, 2004, p. 662 ss. Fu girato con l’appoggio dell’Unitefilm, la casa di produzione del PCI. Si apre con un ringraziamento alle “organizzazioni operaie che hanno permesso di realizzare il film”. In generale sulle lotte operaie al cinema v. NUZZO, D’ACUNTO (a cura di), *Fotogrammi dal dominio. L’occhio del cinema sulla società neoliberista*, Editoriale scientifica, 2017; NUZZO, *La rappresentazione del lavoro nella recente cinematografia*, in *RIDL*, 2007, III, p. 145 ss.; A. FONTANA, *La macchina da presa davanti ai cancelli della fabbrica*, in *LR*, 2004, III, p. 457 ss.

diversi). Un emigrato nella sua stessa patria – l'unità politica dell' Italia ha, all'epoca, ormai più di cent'anni – che trova a Torino – in quel periodo capitale industriale – soprattutto ostilità e squallore e, al più, una rabbia diffusa come collante da condividere con altri propri simili. Anche quando da questa rabbia scaturiscono gesti o esperienze che fanno pensare a solidarietà o altre manifestazioni di umana positività (un accenno di storia d'amore, un ragazzo del bar che offre un caffè in segno di possibile amicizia) il contesto ostile o le distanze di cultura e costumi quotidiani impediscono lo sviluppo di relazioni più ricche e vere. Prevale la crudele avidità dell'affittacamere o la matrice borghese di una ragazza, Vicky, che non sa esprimere altro che una critica socio-politica fredda e petulante, anche se efficace nell'impedire il radicarsi del mito dell'operaio modello nella testa di Fortunato. Gli sguardi di lotta politica che attraversano Torino – si tratta di esterni perché la Fiat non permise a Scola di girare dentro la fabbrica (gli interni sono infatti sostituiti da titoloni in stile tazebao, molto anni '70) – ci rimandano a un estremismo anch'esso pieno di rabbia, dove l'eco vitale della contestazione si esprime soprattutto con il rosso delle bandiere di Lotta continua. Non manca però qualche cenno anche ad un'altra presenza politica ai cancelli della Fiat, quella dei quadri che fanno il classico proselitismo nelle fila della Cgil o del partito comunista italiano. Attraverso la voce di un prete che mostra un informato apprezzamento per le lotte operaie, forse addirittura si avvertono i prodromi di quel compromesso storico di Berlinguer, che poco dopo l'uscita del film – primavera, gli scritti su *Rinascita* sono di ottobre – avrebbe provato a imboccare una via diversa per non cadere nella trappola del muro contro muro. In fabbrica però il lavoro produce solo ribellione e conflitti che mettono in scena operai contro altri operai (capisquadra). È il 1973: un anno gravido di venti di crisi. O forse è un po' prima, se si considera il periodo in cui il film è stato girato². Comunque si è esaurita la stagione del grande sviluppo industriale. Scola in questo film già non ci parla più dell'emigrazione del boom economico. Piuttosto il suo obiettivo – secondo qualcuno non privo di una certa crudeltà – mette a fuoco l'emigrazione di un'Italia in cui vanno scomparendo antiche comunità solidali (Treviso) e stentano a nascere nuove comunità cittadine. Il film non lancia messaggi di speranza. Piuttosto presagi di un plumbeo futuro.

² Infatti nelle manifestazioni torinesi si sentono slogan o dialoghi che hanno ad oggetto la rivolta fascista in Calabria, che, capeggiata da Ciccio Franco, prese a pretesto lo spostamento della Regione a Catanzaro. I fatti, caratterizzati da notevoli violenze e scontri tra forze dell'ordine e gruppi organizzati di fascisti, si svolsero tra il febbraio 1970 e il marzo del 1971.

2. E il futuro a Fortunato appare sempre più plumbeo non certo perché a Torino c'è freddo e neve e al Sud invece il sole e il mare. Scola è di Trevico³: un paese tutto meridionale, il punto più alto della Baronia (alta Irpina, 1100 m.), dove le antiche vestigia di un castello in rovina, attorniato da un boschetto folto di abeti, pini e querce, è immerso nella nebbia e nella neve per buona parte dell'inverno (per il protagonista del film però la neve di Trevico è più bianca e meno fredda). Il clima non c'entra con il Fiat-nam. E ancora non c'è traccia nel film della mutazione antropologica dell'italiano di oggi, diventato prima di tutto un consumatore compulsivo, su cui pure solo qualche anno dopo appunterà i suoi strali Pasolini in una delle più belle *Lettere Luterane* dedicate ai "giovani infelici"⁴. A Torino come a Trevico facce, gesti, dialoghi sono di uomini – soprattutto uomini – in lotta con una nuova, incipiente, miseria che rende oggetto del desiderio una megafetta di mortadella o delle parrucche di donna di quart'ordine, che si moltiplicano nei riflessi di una vetrina del centro. Contro questa nuova miseria manca un collante culturale collettivo che restituisca a un'Italia ormai *stabilmente* in preda al *nomadismo* industriale una convincente visione di futuro.

Viene fuori così uno spaccato importante di storia delle mutazioni del popolo italiano attraverso i mutamenti di luoghi e comunità di lavoro su cui varrebbe la pena di soffermarsi, con gli strumenti dell'artista e con quelli del giurista del lavoro. Scola – e dopo poco Pasolini – ci raccontano di una sorta di demonizzazione della povertà⁵ alla quale però non si può contrapporre un invito ad "arricchirsi" alla François Guizot. Quell'invito risaliva al 1840 in Francia e già aveva le sue brave ambiguità. Nell'Italia del Novecento inoltrato coloro che emigrano dal Sud contadino sempre più marginalizzato non lo fanno per "arricchirsi" (altri si arricchiranno sulle loro spalle), ma per sottrarsi, magari inconsapevolmente, ad un destino di passività socio-economica e dequotazione politica. Tornano al pettine nodi mai sciolti dopo l'unificazione e mettono a nudo, insieme al tessuto sociale sempre più sgranato delle

³ V. CAPUTO, CIORIA, *A chi appartieni. Ettore Scola - Trevico*, Delta3 Edizioni, 2016, dove le autrici intrecciano sapientemente la biografia del regista con una sintetica storia del paese d'origine.

⁴ Le *Lettere Luterane* sono state pubblicate da Einaudi, da ultimo nel 2003 (con prefazione di BERARDINELLI) e da Garzanti nel 2009 (con prefazione di CRAINZ).

⁵ "L'idea cioè che il male peggiore del mondo sia la povertà e che quindi la cultura delle classi povere deve essere sostituita con la cultura della classe dominante": parole di Pasolini.

campagne come delle città italiane, la fragilità politica che è parte imponente della nostra autobiografia di popolo⁶.

3. È strano cogliere questi umori in un film di Scola dei primi anni '70, quando incubava la crisi dell'Italia democristiana e si era alla vigilia di una possibile egemonia culturale e politica di tutto il composito mondo delle sinistre nostrane. Ma a guardar bene si rinviene una notevole sensibilità visionaria di processi e mancanze che sarebbero divenute evidenti alcuni o molti anni dopo (il terrorismo, la strategia della tensione, il nuovo edonismo e il rifiuto giovanile dell'etica del lavoro). Anche se il punto di osservazione è quello di chi da luoghi e culture preziosi (Trevico) avverte un'incipiente marginalizzazione ed esprime più alte aspettative verso le capitali dove l'Italia sperimenta il suo primo maturo futuro industriale. Qui l'emigrazione è soprattutto perdita di una propria identità originaria e ricerca di nuova identità collettiva capace di conservare l'integrità della persona e arginarne il riversamento in contenitori sociali puramente meccanicistici. In sostanza nel film di Scola conquista progressivamente la scena un popolo in trasformazione profonda alla ricerca di una nuova "casa" stabile, non di una sistemazione scomoda e precaria.

In questo scenario Fortunato può anche apparire un "eroe perseguitato". Nel Fiat-nam rimane integro, conservando il suo mondo di valori e ideali. Le lettere di Fortunato agli amici e alla madre – in specie la seconda diretta agli amici, dove confessa la delusione per la nuova condizione di operaio emigrato – sono la testimonianza di quello che nella guerra del Fiat-nam non doveva andare perso. Sono le lettere dal fronte di un innocente arruolato in una guerra di cui diviene poco a poco consapevole. E che affronta anche cercando di appropriarsi di una cultura che non gli è propria (l'infinito di Leopardi nel film viene stentatamente recitato da un operaio), anche se a proprie spese (le innovazioni contrattuali come le 150 ore, con agevolazioni anche nei costi, saranno proprio introdotte dai contratti collettivi dei metalmeccanici del 1973) e sfidando la sferzanti critiche di Vicky alla scuola borghese. Nelle lettere che impara a scrivere sempre meglio però Fortunato ribadisce le sue convinzioni originarie, vuole una famiglia, figli, vor-

⁶ V. REVELLI, *La politica senza politica. Perché la crisi ha fatto entrare il populismo nelle nostre vite*, Einaudi, 2019.

rebbe poter esprimere la sua tensione verso un lavoro ben fatto. Né la guerra del Fiat-nam né la cultura borghese (o la critica studentesca della cultura borghese) intaccano il suo mondo interiore. A motivarlo, a farlo rialzare dalla caduta finale dove il rumore assordante delle gru copre le urla di dolore (una scena considerata da Morando Morandini un “capitombolo conclusivo, ... una sequenza tanto effettistica quanto ideologicamente debole”), è sempre lo stesso sogno. Il sogno di un altro mondo dove ritrovare quello originario. Anche se Fortunato nell’ultimo fotogramma del film sembra tornare al lavoro a testa bassa. Il rivendicazionismo sindacale è al confronto del sogno solo un surrogato, magari necessario, ma non equivalente.

Un film profondo che non concede nulla all’estetismo, scegliendo volutamente (ma quanto proficuamente) di collocarsi a cavallo di un documentario senza perdere la suggestione dei primi piani sui volti di immigrati ed emarginati affetti da vecchie follie su nuovi palcoscenici (straordinarie le scene nei dormitori propri e impropri, come le sale di attesa della stazione di Torino, Porta Nuova, in cui si accede per tutta la notte con un biglietto da 600 lire per la vicina Carmagnola). E la lettera finale di Fortunato agli amici, una lettera ormai priva di ogni illusione sul futuro a Torino, è proprio un imperdibile documento, un documento-manifesto dove si afferma il nocciolo umano che nessuna modernizzazione dovrebbe mai trascurare.

Se si trascura non c’è più neanche il ritorno alle comunità di origine che vengono intanto desertificate dai miraggi dell’Italia industriale. Promesse mancate o forse promesse mai pienamente formulate da nessuno, in un’Italia che troppo spesso dimentica di avere scritto il sogno, collettivo questa volta, di un Paese libero, democratico, ricco e socialmente giusto. Lo ha scritto nella Costituzione del 1948 e indirizzandolo proprio ai lavoratori. Ma era un’altra Italia. Quella nuova che nasce negli anni ‘60 e ‘70 rilegge quella Costituzione a modo suo: e indubbiamente ne valorizza tutte le istanze di libertà, facendo del Paese la settima/ottava potenza industriale. Ma perde lungo la strada qualcosa che la segnerà a lungo e, di certo, ancora oggi.

4. Emblematico a quest’ultimo riguardo è il dibattito che sulle maggiori testate nazionali suscitò il passaggio sul secondo canale della TV nazionale di “Trevico-Torino”, avvenuto agli inizi del 1978. Questa volta il film attirò l’attenzione di illustri commentatori più forse di quanto non accadesse con la prima distribuzione della pellicola nel circuito cinematografico. Merita di

essere ricordata una ruvida risposta a un bell'articolo di Eugenio Scalfari⁷ dovuta alla penna pungente di Luigi Firpo – torinese, professore di storia delle dottrine politiche, parlamentare del partito repubblicano nel 1987 – secondo cui “la sofferenza, il male sociale, che il film denuncia, non risalgono a una specifica città, bensì, in larga misura, al mondo moderno nel suo complesso; la nevrosi che esplode nel finale è una crisi di intolleranza per il trapasso troppo brusco dalla civiltà contadina a quella industriale, dai silenzi della campagna agli stridori degli opifici, dalla fatica lenta della zappa ai ritmi stressanti dell'officina. Il ragazzo sradicato da Treviso avrebbe vissuto quell'aspetto del suo dramma, tale e quale, a Danzica come a Magnitogorsk, a Osaka come a Pittsburgh. Forse sarebbe stato bene premettere che Torino veniva assunta come esempio tipico di industrializzazione avanzata, non come l'ultimo girone dell'Inferno. Dire, come fa Scalfari, che il Paese “è stato privato improvvisamente di un'identità tramandata per secoli, nel bene e nel male, e che ora è andata definitivamente e totalmente in frantumi”, non sarà da intendere, spero, come un rimpianto della società contadina del latifondo o di un proletariato urbano che votava per Giannini e per Lauro”. Firpo qui ha probabilmente ragione a ricondurre l'emigrazione meridionale ai più generali processi di industrializzazione e non può non colpirci oggi come quella emigrazione interna appaia, pure con i suoi costi umani e sociali, un progresso che unifica il popolo italiano, affrancandolo da una sudditanza politica verso retoriche di una destra qualunquista o clientelare, potremmo dire vetero-populista. Ma se l'Italia del terzo millennio è alle prese con un ritorno di quel populismo – ovviamente ammantato di ben altre retoriche, sovraniste, razziste o digitali che siano – forse ha ragione anche Scalfari, quando esorta a non nascondere la cattiva coscienza con le prediche. O Pasolini a ricordarci che saranno i figli – giovani infelici – ad essere puniti per

⁷ In *la Repubblica* del 5 gennaio 1978, dove si legge: “tra il censimento del '51 e quello del '61 emigrarono dal Sud al Nord e dalle campagne alle città 10 milioni di persone, delle quali due terzi di sesso maschile sotto ai quaranta anni. In quello stesso periodo Torino diventò la quarta città meridionale d'Italia, dopo Napoli, Palermo e Bari. Un terzo della popolazione meridionale in età di lavoro trasmigrò in valle padana, dove non trovò assolutamente nulla che potesse accoglierlo, niente case, niente trasporti, niente scuole, niente ospedali, niente strutture amministrative e assistenziali. Trovò lavoro, questo sì. Anzi, fu il lavoro che chiamò i “Napoli” dal tacco della penisola. Invece della zappa e del bidente, le presse, la catena di montaggio. Gli “stregoni” che innescarono questo cataclisma sono ancora gli stessi che danno consigli sulle “compatibilità”. Alcuni lo fanno in buona fede. Altri nascondono con le prediche la cattiva coscienza”.

le colpe dei padri che “svendono” i pur esigui patrimoni di famiglia sull’altare di superficiali modernità.

Sempre Firpo scrive a proposito delle questioni sollevate da “Trevico-Torino”: “il secondo aspetto è quello della solitudine dell’immigrato e dell’ambiente inospitale. È difficile venire sradicato e non sentirsi solo. Almeno, nel film, il giovane del Sud appena arrivato incontra un garzone che gli offre il caffè e una passeggiatrice che distribuisce arance, si imbatte in preti ospitali e in compagni ricchi di ammaestramenti, va subito a spasso con una ragazza carina, che picchetta cancelli, ma porta guanti da centomila lire, discrete pellicce e fratellini che parlano inglese. Certo, quassù qualche volta nevicava, ma non per colpa dei vecchi torinesi, e in Siberia deve essere peggio. Resta la denuncia severa dell’imprevidenza di chi promosse o accettò la migrazione biblica di dieci milioni di poveri, dal Sud al Nord, dai campi alle città, in dieci anni, senza predisporre case e scuole, trasporti e ospedali, cioè strutture idonee a offrire non solo un lavoro ma condizioni di vita decorose. Due domande si pongono: era questo possibile? E se lo era, di chi la colpa? Il primo quesito investe tutta intera la struttura di una società: chi emigra in cerca di lavoro si lascia forse alle spalle case confortevoli, aule luminose, autobus a ogni cantone, ospedali nitidi ed efficienti, o non piuttosto tuguri, isolamento, sfacelo? Forse che sino a ieri la povera gente del Nord abitava palazzi o partoriva in cliniche di lusso? Semplicemente, lungo un secolo di lento progresso, aveva faticosamente acquisito qualche modesto avanzamento, s’era data strutture assistenziali appena sufficienti, lottava duramente per progredire. Ma nulla aveva mai trovato di predisposto, di gratuito, di dovuto per il solo fatto di esistere. Se dieci milioni si sono mossi, affrontando tanti disagi e traumi e amarezze, vuol dire che, malgrado tutto, la realtà che si lasciavano dietro le spalle era più triste e disumana di quella che si apprestavano ad affrontare. Si additi pure a tutti l’alto costo umano del “miracolo economico” ma non si dimentichi che anche Torino, l’intera struttura della città, ha pagato quel prezzo fino in fondo”⁸. Qui Firpo, dando voce all’atavico razzismo italiano⁹, da un lato, non riesce a nascondere uno sprezzante giudizio verso i “terroni arretrati” e, probabilmente, “fannulloni”; dall’altro, pur rifuggendo

⁸ *Tragedia Trevico-Torino*, in *La Stampa*, 8 gennaio 1978. Scalfari aveva parlato di una “tragedia agghiacciante”.

⁹ V. PEROTTI, *Chi sta facendo un favore a Salvini*, in *la Repubblica* del 29 marzo 2019. Su quanto sia poco fondata anche oggi la paura dell’immigrazione v. anche FELICE, *Il valore dei migranti*, in *la Repubblica* del 6 aprile 2019.

dall'additare i colpevoli, segnala un fenomeno reale che pure oggi sembra dilagare in Italia: il disagio e la rabbia degli autoctoni che vedono gli immigrati come causa degli stravolgimenti dei "loro" territori, delle "loro" abitudini laboriose e dei "loro" panorami. Firpo è l'italiano di oggi che non esita a esprimere tutta la sua avversione allo "straniero" che sporca e deturpa, che concepisce la patria come protetta da mura invalicabili, che in fin dei conti vuole ignorare un corollario inevitabile della modernità che contiene mobilità e mescolanza di razze e culture. In questo la Torino degli anni '70 non capisce che l'emigrazione interna è solo una prima avvisaglia di quella grande migrazione globale che le grandi città europee e americane stanno già vivendo allora e che di lì a poco riguarderà il mondo intero. Non essere preparati ad accogliere i popoli migranti – interni o esterni che siano – vuol dire perciò non essere preparati ad affrontare la modernità¹⁰. E condannarsi a progettare improbabili muri o secessioni dei ricchi dai poveri.

Si è detto che Scola nel 1973 non riesce a trovare "una forma capace di reggere la complessità di un tema così essenziale come l'impatto tra Sud e Nord, la politica e il lavoro"¹¹. Sulla forma non so dire (ma mi pare che aver sperimentato un docufilm *antelitteram* non sia di poco conto)¹². Sui contenuti però a me pare invece che il regista riesca a realizzare una mirabile sintesi, costruendo una biografia per quadri essenziali, talora forse frammentari, ma tanto seria e coinvolgente quanto priva di ogni facile ammiccamento comunicativo.

5. Profonde e attuali mi sembrano sul punto le considerazioni di Alberto Moravia in una recensione al film su *l'Espresso* del 20 maggio 1973. Moravia scrive "l'affluenza della mano d'opera dalla fascia meridionale dell'Europa (Italia, Spagna, Portogallo, Jugoslavia, Turchia ecc.) verso le metropoli del nord è una delle piaghe (chiamiamola così) che il neocapitalismo ha ereditato tale e quale dai fascismi e dal paleocapitalismo. L'idea è pur sempre la stessa: sfruttare il morente mondo contadino senza far nulla per aiutarlo a diventare cittadino. Dunque: niente alloggi, niente assistenza sociale, niente scuole, niente di niente; soltanto il lavoro dai ritmi disumani e poi la disumana vita privata

¹⁰ A. Rosina, *L'Africa del tesoro*, in *la Repubblica* dell'8 aprile 2019.

¹¹ V. Il Mereghetti, *Dizionario dei film*, B.C. Dalai Editore, 2011, p. 3463 (la citazione è di Gianni Volpi, cofondatore di *Ombre rosse* con Goffredo Fofi).

¹² Su qualche esempio attuale del genere docufilm v. M.D. Santoz Fernandez, *Le lavoratrici dell'OMSA e le donne dell'ILVA: il plus femminile nel conflitto*, in questa rivista, 2013, n. 3.

in squallidi ambienti praticamente schiavistici (dormitori, borgate, mense collettive ecc.)¹³. L'emigrante che ha lasciato al paese una comunità che, bene o male, lo sosteneva in senso culturale e affettivo, si ritrova a un tratto mero individuo. Ma, attenzione: l'idea dell'individuo maschera quella dell'oggetto che non ha rapporti con il reale in quanto, appunto, non è soggetto nella propria vita. In effetti, l'individuo con la sua autonomia e il suo destino può esistere soltanto nella borghesia come antagonista di questa stessa società la quale, tuttavia, gli fornisce i mezzi (denaro, cultura, educazione, ecc.) per essere soggetto. L'operaio è invece un oggetto, e lo è tanto più quanto più è mero individuo, senza radici sociali, come, appunto, l'emigrante”.

Le parole di Moravia rendono giustizia piena al film di Ettore Scola e – fatto salvo per l'interessante spunto sull'alienazione operaia, solo in parte ancora attuale (beninteso in quanto andrebbe esteso ben oltre la fabbrica della catena di montaggio e riferito al proteiforme lavoro digitale) – ci ricollega ai “migranti come paradigma del nostro tempo”¹⁴: “i giovani che migrano sperimentano la separazione dal proprio contesto di origine e spesso anche uno sradicamento culturale e religioso. La frattura riguarda anche le comunità di origine, che perdono gli elementi più vigorosi e intraprendenti, e le famiglie, in particolare quando migra uno o entrambi i genitori, lasciando i figli nel paese d'origine”. Sono parole tratte da un documento del Sinodo dei Vescovi del 24 marzo 2018.

Emigrare è indubbiamente espressione di libertà insopprimibile. Però il rischio è che, oggi ancor più di ieri, assuma la caratteristica di una libertà accentuatamente individualistica, una libertà che può illudere i più deboli e rafforzare enormemente i più forti. Molto suggestiva è una scena del film in cui si annuncia il naufragio della relazione, metaforicamente centrale, tra Fortunato e Vicky: i due dialogano con difficoltà avendo sullo sfondo una parete dove campeggia una scritta che dice “Arrivederci al 2011”.

Sarebbero necessari forti antidoti agli eccessi di individualismo vecchio e nuovo, specie nei luoghi di approdo dei migranti perché è vero, come scrivono ancora i Vescovi nel 2018, che “quelle dei migranti sono anche storie di incontro tra persone e tra culture: per le comunità e le società in cui arrivano

¹³ Al riguardo sono davvero indimenticabili gli ultimi cinque minuti di “*Trevico-Torino*”, in cui Fortunato, abbandonata ogni speranza di una storia d'amore con Vicky, vive il suo lavoro giornaliero come una crescente sarabanda dai ritmi ossessivi.

¹⁴ V. la recente esortazione apostolica di Papa Francesco, *Christus vivit*, paragrafo 91, in *Avvenire* del 3 aprile 2019.

sono un'opportunità di arricchimento e sviluppo umano integrale di tutti". In Italia però poco hanno potuto i vincoli solidaristici presenti nella Costituzione, nei partiti della prima Repubblica, nei sindacati, nella Chiesa a indirizzare verso mete più rassicuranti quel treno in viaggio spinto dalla prima vera rivoluzione industriale italiana. Forse la libertà – come valore politico ed economico, ma anche come desiderio irrefrenabile di liberarsi da regole e pregiudizi secolari e ormai superati – era troppo in vantaggio e scatenò guerre come appunto quella del Fiat-nam, dove alla fine perdemmo tutti.

Ormai però il 2011 è passato da un pezzo. Dovremmo aver metabolizzato la libertà, le libertà ed essere alla ricerca di nuovi collanti, di nuove coesioni basate anche su soggetti e regole coerenti con l'esigenza di costruire dialoghi aperti al mondo e comunità locali unite e accoglienti. Invece oggi l'Italia è messa a dura prova da nuove migrazioni globali, come dalla ripresa di una migrazione interna accentuata dalle diseguglianze territoriali e sociali cresciute negli ultimi dieci anni. Segnano il passo culture e politiche dell'accoglienza. Rischiamo così un ritorno a un'idea di popolo frammentato, diffidente, invidioso e politicamente diviso e fragile, incapace di affrontare le sfide dell'inclusione, di sicuro più complesse di cinquant'anni fa. E, rispetto al 1973, Treviso oggi, nonostante l'Alta velocità e la digitalizzazione, forse è persino più lontana da Torino.

Anche se, guardando alle trasformazioni ormai avvenute, la Torino del 2019 non è certo quella di 50 anni fa. Da un lato non è più il profondo Nord capace di trovare un lavoro adeguato a tutti gli italiani, soprattutto ai giovani¹⁵; dall'altro – poiché agli italiani del Sud poco lavoro è stato dato nei loro territori (al contrario di quello che auspicava Fortunato nell'ultima sua lettera, più volte richiamata) – molti meridionali sono ormai stabilmente radicati a Torino (come in altre città settentrionali), dove addirittura hanno dato vita a comunità di quartiere o di condominio (in particolare i molti concittadini di Fortunato che hanno ignorato la sua disillusione oppure, per dirla con Firpo, sono fuggiti da disillusioni "locali" peggiori). Probabilmente, osservando la Torino di oggi e quel che di Treviso è stato trapiantato al Nord o è rimasto al Sud, Ettore Scola avrebbe tratto molto materiale per fare un altro film capace ancora di parlare alle nostre coscienze.

¹⁵ V., da ultimo, ZANGOLA, *Smarrita occupazione. Giovani territorio e il lavoro che non c'è*, Seb 27, 2019.

Marco Esposito

L'utilità di un commentario *sui generis*:
International and European Labour Law.
Article-by-Article Commentary

1. Mi rendo conto che il titolo di questo breve contributo – una presentazione più che una vera e propria recensione – tradisce un pregiudizio di valore (favorevole) sul Commentario curato da Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert e Sophie Robin-Olivier per gli editori Nomos Verlag (Baden-Baden, Germania), Beck (Monaco di Baviera, Germania) e Hart (Oxford, Regno Unito), pubblicato nell'autunno del 2018.

Sono quindi consapevole che potrei essere tacciato di partigianeria; ma sono altrettanto consapevole che, alla prova dei fatti, difficilmente si potrà dubitare che l'opera in questione colma un vuoto nella letteratura scientifica giuslavoristica con un apporto originale e di notevole spessore. Spessore che ovviamente non si riferisce solo alla mole cartacea del Commentario – più di 1700 pagine – ma alla qualità di tutti i davvero numerosi – ottanta – Autori coinvolti; che, a partire dai Curatori stessi ovviamente, sono autorevoli studiosi europei di Diritto del lavoro e della sicurezza sociale. Con una partecipazione italiana di grande competenza.

Un primo pregio, dunque, è nella amalgama culturale dei contributi pubblicati, essendo coinvolti esponenti delle principali aree geografiche – con la esclusione invero della Spagna: forse l'unica pecca del volume, là dove la dottrina spagnola è particolarmente attenta alla giurisprudenza sulla Carta sociale – rappresentanti spiccate sensibilità giuridiche e ordinamentali: area italiana, germanica, francofona e anglosassone.

Si tratta, poi, di un lavoro originale. L'originalità è nella lettura integrata – che si svolge attraverso un analitico commento “alla tedesca”, articolo per articolo – delle principali fonti del Diritto dell'Unione e Internazionale in

materia di lavoro. L'analiticità dei commenti non va, comunque, a scapito dell'organicità dell'esegesi; nelle introduzioni alle singole Parti viene infatti recuperato un approccio sistematico ai macro temi.

Dunque una lettura delle fonti euro-unitarie – Trattato sul funzionamento e Carta di Nizza, anzitutto, e in più le Direttive “cardine” – in ricordo con le fonti di diritto internazionale. L'idea di fondo è quella di mettere insieme gli strumenti dell'OIL, del Consiglio d'Europa (Carta sociale e CEDU) e dell'UE.

Nel panorama, non solo italiano, letterario giuslavoristico mancava sino a oggi un'opera di questo tipo; mancava un assemblaggio ragionato per materia delle disposizioni riguardanti gli istituti correlati ai diritti fondamentali del lavoro sanciti nei principali *Bills of rights* vincolanti, comunque influenti su, l'ordinamento europeo e quello dei singoli Stati che ne fanno parte. Peraltro un ulteriore valore è dato dal commento articolo per articolo delle principali Convenzioni OIL, che mi consta essere un inedito.

2. Le Sezioni, definite Parti, in cui si articola il Commentario sono dieci; esse coprono l'intero spettro degli ambiti basici della nostra materia.

La prima parte si sofferma sui principi e sulle disposizioni generali. Qui è molto rimarcato il tema dei diritti fondamentali e della loro effettiva attuazione, ma giusta attenzione è rivolta anche alle questioni della Governance, delle competenze e della procedimentalizzazione con cui, nel contesto Europeo e internazionale, si procede all'inquadramento degli oggetti e delle competenze attinenti a quei diritti.

Segue la sezione dedicata al Diritto antidiscriminatorio ed è significativa questa collocazione introduttiva, perché rivela una chiara, e a mio modo di vedere condivisibile, opzione sistemica circa l'efficacia generale – e trasversale anche in un'ottica di comparazione ovvero di *benchmarking* ordinamentale – delle disposizioni in materia di discriminazioni

Le restanti parti si soffermano su diversi aspetti del rapporto di lavoro (mobilità dei lavoratori; forme non-*standard* di lavoro; condizioni di lavoro e governo amministrativo del mercato; salute e sicurezza) e sulle relazioni collettive e sindacali (organizzazione e azione collettiva; coinvolgimento dei lavoratori); in quest'ultima sezione molto accurato il capitolo dedicato all'informazione e alla consultazione, veri “diritti *pivot*” e forma comune della partecipazione dei lavoratori.

Chiude l'opera il commento sulle norme in tema di risoluzione delle controversie; ambito di grande interesse pratico e molto originale almeno per un lettore italiano. Esso difatti, non casualmente affidato ad un autore straniero, rivela bene il differente approccio culturale con cui i vari ordinamenti puntualizzano gli strumenti di giustizia, a titolarità sia individuale sia collettiva, e in particolare la considerazione che dottrine non italiane – per comprensibili ragioni, anche fattuali – ripongono nelle forme di risoluzione delle controversie *extra*-giudiziali e su base volontaristico-consensuale. Ciò anche attraverso la valorizzazione interpretativa di fonti meno studiate dalla giuslavoristica italiana, come la Direttiva 2008/52/UE sulla mediazione in materia civile e commerciale.

3. La struttura e i contenuti del Commentario appaiono, allora, idonei a informare in modo completo sulle istituzioni principali del diritto del lavoro e capaci di far conoscere meglio lo scenario regolativo multilivello che impegna ormai da tempo le concrete dinamiche relazionali economico-sociali.

È un risultato di non poco conto, utile ormai non solo per chi deve approcciare alle materie giuslavoristiche per ragioni scientifiche e di studio ma sempre più anche per tutti i vari attori del diritto pratico e giurisprudenziale.

Basterebbe rileggere le sentenze delle Corti superiori italiane, europee e internazionali degli ultimi anni per comprendere l'essenziale importanza di una precisa ricostruzione combinata delle fonti che definiscono il nucleo di protezione universale e a carattere assoluto del lavoro dipendente e subordinato. Il tanto invocato dialogo tra le Corti richiede, infatti, una base di conoscenze trasversale che questo Commentario sicuramente contribuisce a fornire; e come dicono i Curatori, d'altro canto, "*by adopting a wider perspective, we can find both old and new tools that enrich our interpretation of domestic labor law*".

L'auspicio è che questo lavoro possa sostenere una stagione di studi metodologicamente sempre più sensibili e orientati a coltivare una tale dimensione sovranazionale integrata, la quale senza dubbio meglio coglie la persistente attualità dell'insieme dei valori sociali in gioco nel complesso scenario economico mondiale e le ragioni di fondo della nostra disciplina.

notizie sugli autori

Silvia Borelli

Associata di Diritto del Lavoro, Università di Ferrara

Stefania Buoso

Ricercatrice di Diritto del Lavoro, Università di Ferrara

Stefano Giubboni

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Perugia

Marco Esposito

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Parthenope

Pasquale Monda

Ricercatore di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Adalberto Perulli

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università di Venezia Ca Foscari

Maura Ranieri

Ricercatrice di Diritto del Lavoro, Università Magna Graecia di Catanzaro

Umberto Romagnoli

Emerito di Diritto del Lavoro, Università di Bologna

Federica Saulino

Ricercatore di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Laura Tebano

Associata di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Lorenzo 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 sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di maggio 2019
dalla Grafica Elettronica (Na)

