



unIMC
UNIVERSITÀ DI MACERATA

l'umanesimo che innova

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Macerata

1970-2020 Come cambia il diritto del lavoro

*Atti del convegno di Macerata del 2 ottobre 2020
Omaggio alla Prof.ssa Giuliana Ciocca*

a cura di
FILIPPO OLIVELLI

Editoriale Scientifica

COLLANA DEL DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA DELL'UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI MACERATA

Direttore

Prof. Stefano Pollastrelli

Comitato scientifico

Prof. Ermanno Calzolaio
Prof. Gianluca Contaldi
Prof. Giovanni Di Cosimo
Prof. Carlo Piergallini
Prof. Enrico Elio Del Prato
Prof.ssa Paola Frati

Segretaria di redazione: **Prof.ssa Laura Vagni**

1970-2020
COME CAMBIA
IL DIRITTO DEL LAVORO

Atti del convegno di Macerata del 2 ottobre 2020
Omaggio alla Prof.ssa Giuliana Ciocca

a cura di
Filippo Olivelli

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume stampato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza e della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università degli Studi di Macerata.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2021 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-161-3

SOMMARIO

| | |
|---|-----|
| GUIDO CANAVESI, <i>Ricordo bene quei giorni</i> | 7 |
| PAOLA OLIVELLI, <i>Giuliana Ciocca: la persona che ho conosciuto</i> | 9 |
| MATTIA PERSIANI, <i>Presentazione della figura umana e scientifica di Giuliana Ciocca</i> | 15 |
| GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI, <i>Sulla rappresentatività sindacale in trasformazione dallo Statuto dei lavoratori ai giorni nostri</i> | 21 |
| GISELLA DE SIMONE, <i>Le pari opportunità ai tempi del COVID</i> | 29 |
| ARTURO MARESCA, <i>Il mutamento delle mansioni del lavoratore nella legislazione del lavoro 2015-2017</i> | 43 |
| ROBERTO PESSI, <i>Autonomia e subordinazione oggi</i> | 53 |
| FRANCO CARINCI, <i>I cinquanta anni dello Statuto dei lavoratori (1970-2020)</i> | 61 |
| GIAMPIERO PROIA, <i>Il contratto collettivo oggi</i> | 89 |
| ROBERTO ROMEI, <i>Un nuovo Statuto per il diritto del lavoro</i> | 97 |
| ANTONIO DI STASI, <i>La privatizzazione del lavoro pubblico ed i suoi esiti</i> | 105 |
| STEFANO GIUBBONI, <i>L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel "dialogo" tra le Corti</i> | 111 |

| | |
|---|-----|
| GIUSEPPE SIGILLÒ MASSARA, <i>Il reddito di cittadinanza ed ammortizzatori sociali alla prova della pandemia</i> | 125 |
| FILIPPO OLIVELLI, <i>Il diritto del lavoro ed i suoi blocchi</i> | 137 |
| GIANCARLO POSTACCHINI, <i>Un saluto</i> | 173 |

Ricordo bene quei giorni

*Guido Canavest**

Al termine dell'anno accademico 2009-2010 Paola Olivelli avrebbe terminato la sua carriera accademica e sarebbe andata in pensione. Il 1° ottobre 2010 si sarebbe tenuta una Giornata di Studi in Suo onore. Era stata Giuliana a proporla e vi si stava dedicando con tutte le sue energie.

Né io né Paola sapevamo del riproporsi del male da cui era stata data per guarita. Venerdì 27 agosto la chiamai per verificare alcuni aspetti organizzativi di quella giornata. Parlammo come sempre, nulla lasciava presagire quello che sarebbe accaduto di lì a qualche giorno.

Nel tardo pomeriggio del lunedì successivo alcuni amici mi avvertirono che Giuliana era in ospedale, prossima alla fine. Sembrava impossibile, invece era la realtà, imprevista, inimmaginabile, misteriosa. Una realtà che ti fa scoprire impotente e ti lascia in silenzio. La stessa percezione che percepii nei colleghi, ma è meglio dire amici, che chiamai per avvertirli.

Soprattutto, ho un ricordo indelebile di quell'ultimo giorno di Giuliana, il 1° settembre 2010.

Ero andato a Fermo a trovare i familiari, in particolare Edoardo, il figlio minore, che quell'anno si era iscritto a Giurisprudenza a Macerata, cosa che preoccupava un poco Giuliana, per la doppia veste che avrebbe avuto.

Dall'ospedale di Fermo si vedono la campagna marchigiana e il mare. E la giornata era bellissima: l'aria era tersa, il sole caldo, il mare luminoso e pacifico, i colori intensi, l'azzurro del cielo e il verde dei campi. Lo spettacolo strideva con la prospettiva di morte, mi è venuto spontaneo pensare: "oggi non è un bel giorno per morire".

L'avvicinarsi del Convegno odierno ha ravvivato il ricordo di quel giorno. Mi sono reso conto che il pensiero non del tutto consapevole

* Professore ordinario di diritto del lavoro, Università degli studi di Macerata.

di allora, esprime bene l'essere di Giuliana: tanto protesa al Mistero, al significato della vita, all'oltre, quanto radicata nella terra, negli affetti familiari, e nella compagnia di fede cui apparteneva, nella passione per i suoi studenti e per gli studi, soprattutto previdenziali. Meglio, protesa all'Oltre perché radicata nella terra. Proprio questo radicarsi la rendeva consapevole dell'insufficienza delle cose della terra, anche le più care, della necessità per viverle intensamente di questa prospettiva più ampia.

Originavano da qui il suo tratto gentile e luminoso, aperto e insieme fermo nell'affermare le Sue convinzioni, riguardassero cose piccole o grandi cose della vita; e pure quella capacità di apertura, non sempre compresa, che le permise di superare barriere, spesso apparenti, invitando colleghi lontani per affinità culturale e storia personale, come testimonia, credo di poterlo dire senza remore, la presenza di Gisella De Simone a questa giornata. Giuliana era molto stupita e contenta del rapporto amicale che era nato da un semplice invito a un seminario.

Il prof. Persiani, che Giuliana stimava e con cui intratteneva un intenso e proficuo dialogo, ha scritto di una Scuola previdenziale maceratese. Giuliana ne era indubbiamente una rappresentante autorevole e molto più titolata del sottoscritto. In qualche misura la sua morte ha sicuramente influito sui miei studi successivi. Non si è trattato di un'eredità da raccogliere, né c'è mai stato un preciso progetto, ma una certa sensibilità per i temi previdenziali credo mi venga dalla Sua passione per questa materia.

E mi piace pensare che dei Seminari Previdenziali Maceratesi e delle tante occasioni di dialogo e studio che ne sono nate Giuliana sarebbe stata una entusiasta protagonista.

Giuliana Ciocca: la persona che ho conosciuto

*Paola Olivelli**

Giuliana Ciocca è salita alla casa del Padre il 1 settembre 2010 lasciando la famiglia, i colleghi, gli amici, gli allievi nel dolore della perdita di una persona insostituibile, per l'umanità e le capacità scientifiche, ma anche nella speranza di un bene futuro per tutti. Come disse suo marito, solo il Mistero sa quello che fa e non certo per il nostro male e molti di noi sono certi di questo.

È piuttosto difficile concentrare in poche parole la figura umana di Giuliana al di là anche della mia commozione per la sua prematura scomparsa e per il rimpianto che ancora oggi mi prende quando, come in questa occasione, mi viene chiesto di ripensare a lei e al rapporto che ci legava, come è successo anche pochi giorni fa al matrimonio di suo figlio Edoardo. E sono anche preoccupata perché dirò cose che stupiranno alcuni ed altri forse non capiranno. Fin dalla sua tesi, ma si potrebbe dire dal suo ingresso all'Università di Macerata, fino all'ordinariato e dopo, la nostra è stata una amicizia che andava al di là del normale rapporto fra maestra e allieva. Del resto con tutti coloro che Giuliana considerava suoi Maestri, penso soprattutto a Mattia Persiani e a Matteo Dell'Olio, Giuliana aveva un rispetto che andava oltre l'essere discepola, piuttosto come una figlia che però ha una sua identità ed idealità. Questo stesso atteggiamento aveva poi con i suoi allievi, ma ne parleremo più tardi. Mi ricordo quando tornava dagli incontri con Mattia Persiani, quando lavorava alla sua prima monografia, era preoccupata per le correzioni e le critiche che lui le faceva, ma più ancora grata per l'attenzione che le rivolgeva, pronta a seguirlo, ma anche decisa a sostenere le sue tesi. Ripenso anche a quando organizzò una festa a sorpresa per i miei 70 anni e al Convegno per il mio pensionamento nel 2010 cui lavorava agli ultimi dettagli mentre la sorpre-

* Professoressa ordinaria di diritto del lavoro, Università degli studi di Macerata.

se la morte; furono gesti compiuti non solo con intelligenza e capacità organizzative, ma ella ci mise tutto il cuore e la passione che sempre la caratterizzava quando si dedicava a qualcosa. Dai suoi maestri voleva imparare il metodo e il rigore dell'analisi, mentre i contenuti erano i suoi, era continuamente aperta al dialogo e soprattutto ad ascoltare, a mettersi in ascolto per lasciarsi fecondare dall'esperienza dell'altro. E tutto questo aveva un fine preciso che era poi quello integrante della sua personalità. Scrisse ad una amica: "ti do la bella notizia che il professor Persiani mi ha voluto come condirettore insieme alla Piccinini e a Martone della sezione lavoro della Giurisprudenza Italiana, spero di lavorare bene nella ricerca e come nella didattica, luoghi dove nel rigore scientifico e nel mio impegno dar gloria al Signore". Questa visione del suo lavoro come cammino verso una meta certa era anche la sua visione della vita che attraversava i contenuti e che esprimeva però con una lealtà rara e rispettosa del metodo scientifico.

Ho incontrato Giuliana quando era appena uscita dal Liceo e doveva scegliere la facoltà, era già indirizzata verso quella di Giurisprudenza, ma voleva un confronto e venne da me accompagnata dal fidanzato che sarebbe poi divenuto suo marito e che io conoscevo già. Fui colpita subito dalla luminosità del suo sguardo e poi dall'atteggiamento che poi avrei conosciuto sempre in lei, umile e rispettoso, pronta all'ascolto, ma decisa nella sua determinazione a studiare certe cose. Poi ho saputo che fin da molto giovane aveva svolto una attività caritativa, di volontariato presso un ente che svolge opere assistenziali verso i bambini orfani, che lei aiutava a studiare, trattenendosi anche a giocare con loro. Anche al primo incontro con le sue amiche di corso, quelle che sarebbero diventate amiche per la vita, un oggi magistrato alla Corte d'appello di Ancona e l'altra che lavora presso l'Ufficio del lavoro del Vaticano, raccontava di questa sua esperienza e diceva che avrebbe voluto occuparsi di quei problemi, come giudice minorile; e forse, anzi senza forse, proprio questa sensibilità l'ha indirizzata allo studio della sicurezza sociale e del diritto del lavoro. Infatti la sua tesi di laurea svolta con me fu su "Il problema della libertà dell'assistenza nell'evoluzione della sicurezza sociale" e la tesi della Scuola Specializzazione discussa con Cinelli fu sull'Organizzazione amministrativa degli enti di previdenza ed assistenza. Interessante che poi la vita o un destino buono l'abbiano portata nel 2001 ad entrare nel Consiglio di

amministrazione di quello stesso ente, un'opera di carità che da 160 anni segna la storia della città di Fermo e che le ha intitolato il teatro. Teneva nel suo studio una frase trovata in un antico documento storico dell'ente stesso "a voi che delle poverelle tergeste il pianto arrida il sorriso dei cieli" e per il quale ente da fine giurista contribuì in modo determinante alla privatizzazione ed alla trasformazione da IPAB in Fondazione ONLUS e dove era considerata un punto autorevole e imprescindibile di riferimento.

Sapeva trovare tempo per tutto e per tutti sebbene le sue giornate fossero piene di mille cose da fare. Attenta a tutti, amici, colleghi, allievi, chiunque aveva modo di incontrare. Questa attenzione ai bisogni di ognuno e il sostegno che offriva sempre a chi aveva di fronte le permetteva di vedere il problema sociale non come diretto ad una massa anonima, ma riguardante la singola persona e così passava dal particolare all'universale. Da qui nasce la sua convinzione che il principio di sussidiarietà possa servire a meglio regolare la vita della società, per garantire libertà e responsabilità ai cittadini nell'affrontare i propri bisogni, e su questo si basano le sue interpretazioni non solo del diritto della previdenza sociale, ma anche del diritto del lavoro e sindacale.

Questa la visione della vita che avevamo in comune e su cui in modi diversi fondavamo anche il nostro lavoro scientifico. Molto vicine nei contenuti eravamo diverse però nel modo di affrontare lo studio ed il lavoro scientifico: decisa, obbediente e rigorosa con una notevole capacità di lavoro e sistematicità, Giuliana, mentre io ero e sono più fondata sulle intuizioni improvvisate, sull'estemporaneità, distratta da mille interessi e sicuramente meno dotata di capacità di lavoro sistematico. Ma in qualche modo ci completavamo, anche se a volte ci scontravamo sul modo di affrontare non tanto i problemi giuridici, ma della vita, troppo metodica e a volte troppo rigorosa ella mi appariva. Giuliana era serena, pacifica, non amava le discussioni e le divisioni, io sono polemica, sempre pronta a contraddire, a discutere, inquieta e a volte litigiosa, anche se in vecchiaia lo sono molto meno. E sono certa che la facevo soffrire con i miei giudizi e quando la prendevo in giro su alcune posizioni che io consideravo troppo moralistiche. Rimase molto dispiaciuta quando, avendomi confidato la sua malattia sulla quale era molto riservata, io ne parlai a Matteo Dell'Olio, già allora ammalato

anche lui, ritenendo che poteva aiutarla ad affrontare il dolore con la forza con cui l'affrontava lui e infatti così avvenne, ma non avevo tenuto conto del suo desiderio.

Della sua capacità di ascolto e nello stesso tempo della sua indipendenza di giudizio è dimostrazione la modalità con cui è iniziato il suo interesse per la previdenza complementare; esso nacque nell'ascolto attento e intelligente delle discussioni che io e Roberto Pessi facevamo nel nostro istituto su quella che allora si chiamava previdenza integrativa, discussioni da cui nacque un libretto a due mani, mio e di Pessi intitolato "La previdenza complementare in Europa"; ma è interessante notare che Giuliana giunse a conclusioni diverse dalle mie e da quelle di Pessi, mentre noi facevamo rientrare la previdenza complementare nel comma secondo dell'art. 38 Cost., ella la inseriva nel quinto. Da questo episodio si può intuire la libertà intellettuale che la contraddistingueva e nello stesso tempo l'umiltà che la condusse anche a sottoporre la sua monografia quando era ancora in progress a Mattia Persiani che sapevamo avere idee diverse dalle nostre in materia di previdenza sociale. Da notare che io non ebbi la stessa umiltà e lo stesso coraggio perché mi sottrassi alla discussione quando su suggerimento di Matteo gli portai il mio libro sulla Costituzione e la sicurezza sociale, lasciandolo a casa sua ad Atri senza farmi vedere: magari se mi fossi comportata diversamente sarebbe venuto meglio!

Una certa polemica sussisteva fra noi rispetto ad una questione: per la sua competenza scientifica Giuliana avrebbe potuto ricoprire incarichi di rilievo anche all'esterno dell'Università, ma li ha sempre rifiutati per non allontanarsi troppo dalla famiglia. Fra noi amici e allievi girava questa osservazione, anche un po' critica: "a Giuliana fatela studiare e basta che non vuole altro"; anche se poi all'interno dell'Università aveva assunto molte responsabilità, fin da quando giovane ricercatrice era entrata nella Commissione per i piani di studio; era membro del CAR per la valutazione della ricerca scientifica, delegata del Rettore per la contrattazione collettiva e da ultimo Direttore del Dipartimento di diritto privato e del lavoro dell'Università di Macerata. In realtà era assetata di conoscenze anche al di fuori del lavoro giuridico rispetto alla letteratura, alla storia, al teatro, amava i viaggi e le vacanze in montagna. E oltre al lavoro alla Sagrini di cui ho già accennato si occupò anche della stesura degli statuti per eleggere i consi-

gli pastorali commissionato dal vescovo della Diocesi di Fermo; racconta un sacerdote, colpito dalla sua personalità che saggezza e convinzione trasparivano dalla sua persona tanto che egli dovette arrendersi di fronte alle sue ragioni e motivazioni che poi si dimostrarono giuste quando dovette applicarle nella sua parrocchia.

Ho accennato ai rapporti con le allieve e gli allievi. Ella non era solo una brillante ricercatrice ma un “professore” nel senso più ampio, cioè sentiva l’insegnamento come compito di educare anche se sempre nei limiti della didattica e della ricerca universitaria; come ella era generata dai suoi maestri così si poneva nei confronti degli allievi. Una allieva che ha portato fino al dottorato e che aveva cominciato a lavorare con noi ricorda i suoi occhi azzurri, brillanti, fervidi e pieni di vita, la sua determinazione, la sua delicatezza, il coraggio e la gentilezza, la personalità coinvolgente e carismatica, la mente brillante e illuminata e la sua energia infinita che l’ha accompagnata allora e che sente ancora forte dentro di sé. Un’altra ricorda il modo in cui l’ha sostenuta nella tesi, infondendole forza e coraggio, la sua comprensione e dolcezza e la libertà che le concesse nel redigere la tesi, gli abbracci e le chiacchierate sulla musica quando andava a discutere gli aspetti della tesi, la sua bontà e l’affetto che le dimostrava. Un’altra ancora dice che il ricordo della professoressa Ciocca l’accompagna quotidianamente, che nella sua vita segnata da momenti molto duri sente ancora la forza e il coraggio trasmessele per affrontare la discussione della tesi, che le sono serviti per affrontare le prove più dolorose della vita e il lavoro. E un’altra ancora ricorda ogni istante vissuto con lei non solo per la cordialità ma anche per la grinta con cui la esortava e l’aiutava nel lavoro della tesi. Sul suo letto di morte ho visto piangere mio nipote Filippo che ella aveva preso sotto la sua guida dopo la morte di Dell’Olio come non l’ho visto mai. Ancora ieri mi ha detto: “è come se avessi perso una madre”.

Ma da dove nasceva questa personalità così forte e allo stesso tempo umile, questa capacità di coinvolgimento nella realtà che fa dire alle sue amiche che Giuliana è stata un dono per la loro vita? “Dio al centro!” così dice di lei la badessa delle benedettine di Fermo “segno del suo brio e gioia di vivere a braccetto della semplicità e piccolezza come compagne fedeli con cui sfondava anche nella vita professionale, oltre che nella famiglia. Una silente evangelizzazione che passava attra-

verso il suo modo di essere e per questo fresca, spontanea, immediata, non parlata, non discussa, non come accessorio, ma appiccicata alla pelle sempre con sé in tutti i momenti della vita a testimonianza che non se ne può fare a meno perché è la ragione della vita stessa”. La fede in Cristo è stata esperienza concreta di vita che aveva appreso fin da liceale, seguendo il carisma di don Luigi Giussani nel movimento di Comunione e Liberazione, di cui da adulta ebbe anche la responsabilità nella Diocesi di Fermo. Il Vescovo emerito di Fabriano che la conosceva bene disse di lei in varie omelie: “ha vissuto l’inquietudine simile a quella di Sant’Agostino per andare al di là dell’apparenza, per prendere il significato vero di ogni circostanza; in lei nella fatica, nei momenti di delusione, nella malattia ha vinto la certezza di Cristo, la certezza della sua vittoria, per cui anche la croce è diventata strada che conduce a Lui. L’essere sempre con il sorriso sulle labbra, sempre accogliente, sempre paziente, sempre serena non era per qualche strana caratteristica della sua personalità, ma proprio per il riconoscimento di questa presenza di Gesù nella sua vita. E non si raggiunge quel livello di spiritualità senza un lavoro quotidiano che accompagna tutta la vita”.

Per concludere vorrei citare un versetto del Libro della Sapienza: “senza frode imparai la sapienza e senza invidia la dono, non nascondo le sue ricchezze. Essa è un tesoro inestimabile per gli uomini; quanti se la procurano si attirano l’amicizia di Dio, sono a lui raccomandati per i doni del suo insegnamento”.

Presentazione della figura umana e scientifica di Giuliana Ciocca

*Mattia Persiani**

È difficile per me riferire della figura umana di Giuliana Ciocca perché le occasioni di avere contatti diretti con lei sono state assai sporadiche.

Posso soltanto dire che quei contatti, sia pure formali e distanziati nel tempo, sono stati sufficienti a dare l'impressione di avere a che fare con una personalità eccezionale.

Gentile e sorridente, ma con uno sguardo che denunciava una vivida intelligenza e, soprattutto, una fermezza pacata nel difendere le sue convinzioni.

Qualcosa di più posso dire, invece, con riguardo alla figura scientifica di Giuliana Ciocca.

Ciò perché la sua figura scientifica emerge con evidenza dai suoi scritti. Di questi penso di poter riferire qualcosa se non altro perché ho avuto il privilegio di seguire, sia pure da lontano, la redazione della monografia sulla previdenza privata (del 1998) e di scriverne la presentazione.

Questa monografia, come quella successiva sui rapporti tra Stato e regioni in materia di diritto del lavoro (2008) e come i numerosi scritti minori, segnalano molto di più di una notevole e valida operosità (oltre ottanta titoli).

Tutti gli scritti di Giuliana Ciocca, infatti, non si caratterizzano soltanto per la completezza dell'indagine e per un argomentare che testimonia la capacità di utilizzare la tecnica giuridica.

Si caratterizzano anche e soprattutto perché, a differenza di quanto troppo spesso accade, hanno, per così dire, un'anima.

Ed infatti, Giuliana Ciocca, in particolare con le due monografie, non ha dato soltanto la prova di saper eseguire ricerche attente e com-

* Professore Emerito della Sapienza Università di Roma.

plete, ma ha sempre voluto trasmettere un messaggio e, cioè, esprimere idee.

Idee che, a mio avviso, possono essere individuate avendo riguardo alle radici culturali di Giuliana Ciocca che, sembra di poter dire, siano state influenzate, sia pure in modo diverso, dall'insegnamento dei suoi maestri maceratesi; Valente Simi e Paola Olivelli.

Paola Olivelli è stata, nella sostanza, la maestra effettiva di Giuliana Ciocca ed ha concorso, quindi, in modo determinante ad orientarne la formazione culturale anche a ragione della comune profonda e vissuta ispirazione religiosa.

Paola Olivelli, però, era stata, a sua volta, influenzata dall'insegnamento di Valente Simi in conseguenza di vicende che, una volta, erano abbastanza frequenti.

Ed infatti, Paola Olivelli si era laureata in diritto romano con Feliciano Serrao che, pur essendo un romanista, insegnava per incarico diritto del lavoro come accadeva quando la nostra materia era considerata, nell'opinione di molti accademici, una materia secondaria non essendosi ancora completamente liberata dall'ipoteca del corporativismo ed essendo, se mai, considerata una figlia minore, se non un'ancella, del diritto privato.

Un primo superamento di questa opinione si ebbe con il concorso a cattedra per il diritto del lavoro bandito nel 1962. Trattavasi del secondo concorso a cattedra che, nel dopoguerra, era stato bandito per il diritto del lavoro. Un altro concorso era stato bandito sette anni prima, nel 1955, ma, com'è noto, non aveva avuto vincitori essendo ritenuto "essere meglio il nulla che il peggio".

Valente Simi, dopo aver militato con successo nell'Avvocatura dello Stato, era risultato terzo ternato in quel concorso e venne chiamato alla Facoltà giuridica maceratese alla cattedra di diritto del lavoro, succedendo, così, a Feliciano Serrao.

Per uno di quei casi che possono esser detti felici, Valente Simi, appena arrivato a Macerata era in cerca di collaboratori e Feliciano Serrao gli presentò Paola Olivelli della quale aveva apprezzato le qualità avendola seguita nella preparazione della tesi. Ed è così che Paola Olivelli divenne assistente di Valente Simi.

Orbene, Valente Simi era un giurista esperto, ma, anche per ragioni generazionali (il suo primo libro sul licenziamento era del 1948), si

trovava nel mezzo tra i corporativisti sopravvissuti all'epurazione del dopoguerra e il gruppo dei giovani studiosi che, tra le fine degli anni cinquanta e i primi anni sessanta, stava ponendo le basi del diritto del lavoro repubblicano e ne avevano determinato il rinnovato prestigio scientifico.

Ricordo, se mai, che, per questo, i componenti di quel gruppo non avevano molta considerazione di Valente Simi perché avevano la sensazione che, vincendo il concorso a cattedra del 1962 come terzo ternato dopo Giuseppe Suppiej e Federico Mancini, si fosse ingiustamente appropriato del posto che, nella loro opinione, sarebbe spettato a Gino Giugni.

Peraltro, Valente Simi è stato uno dei primi professori ordinati di diritto del lavoro ad occuparsi del diritto della previdenza sociale, fino ad allora considerata materia di second'ordine e, quindi, lasciata nelle mani di funzionari degli enti previdenziali pubblici.

Valente Simi ha avuto il merito di superare la tendenza, allora prevalente, ad una mera esegesi della già complessa legislazione previdenziale.

Ha tentato, infatti, di individuare la *ratio* di quella legislazione alla luce dei principi introdotti dalla Costituzione repubblicana.

Non è questo il luogo per affrontare una valutazione critica delle soluzioni proposte da Valente Simi anche perché non è di lui che si deve parlare.

Resta, però, che la lettura che Valente Simi ha dato del sistema previdenziale ha orientato, com'era naturale, la formazione di Paola Olivelli e, poi, a cascata quella di Giuliana Ciocca.

Per comprendere il senso di quell'orientamento va ricordato che Valente Simi aveva fornito una lettura pluralistica, e quindi privatistica, del sistema della previdenza sociale attenuando, così, la rilevanza, che a mio avviso è invece determinante, della dimensione pubblica e, di conseguenza, la funzione dello Stato.

Secondo Valente Simi, infatti, i principi costituzionali affiderebbero ancora la realizzazione della libertà dal bisogno, e cioè la realizzazione della tutela previdenziale, alla solidarietà tra privati in quanto l'intervento dello Stato si limiterebbe ad organizzare e rendere effettiva quella solidarietà e, quindi, l'intervento pubblico sarebbe un intervento sussidiario rispetto all'autoprotezione solidaristica delle categorie.

Concezione questa motivata anche con la rilevanza che l'art. 2 Cost. assegna alle "formazioni sociali" in cui si svolge la personalità dell'uomo.

Senonché, ho sempre avuto l'impressione che, in tal modo, si continuasse ad evocare in qualche modo quella solidarietà corporativa che aveva caratterizzato il diritto, detto, appunto corporativo. Basti ricordare che la disposizione XVI della Carta del lavoro, che aveva forza di legge, prevedeva che la previdenza è compito delle categorie interessate.

Non a caso, quell'evocazione comportava sia la tendenza a continuare a ritenere che, nella sostanza e nonostante tutto, la tutela previdenziale pubblica sarebbe realizzata con la corrispettività tra contributi e prestazioni sia l'idea che, di conseguenza, la posizione previdenziale dei soggetti protetti dovrebbe essere considerata oggetto di un diritto acquisito.

Queste concezioni, sebbene sfumate, sono, a mio avviso, ancora presenti, nei contributi che Paola Olivelli ha dato alla dottrina del diritto della previdenza sociale.

E la sfumatura è determinata da ciò che Paola Olivelli, a differenza di Valente Simi e come poi lo sarà anche Giuliana Ciocca, è culturalmente ispirata alla dottrina sociale della Chiesa che pone al centro di tutto la persona umana. Peraltro, la tutela della persona umana, non essendo realizzata dallo Stato almeno quando le sue funzioni sono quelle determinate dall'ideologia liberale, non può che essere affidata alle comunità intermedie delle quali i singoli individui fanno parte.

Orbene, a mio avviso, queste sono le radici culturali di Giuliana Ciocca che, però, in qualche modo le arricchisce con la rilevanza assegnata alla libertà dei gruppi intermedi (e in seguito) delle istituzioni pubbliche locali. Rilevanza che consente di comprendere meglio la sua personalità scientifica e il significato dei contributi che ci ha dato.

L'anima della prima monografia di Giuliana Ciocca (del 1998) è resa esplicita dal suo titolo "La libertà della previdenza privata".

In tal modo, da un lato, è come se si volesse dire che l'obiettivo è l'affermazione di una libertà. Ed è significativo che di libertà si parli in una materia, come la previdenza, tradizionalmente caratterizzata dall'obbligatorietà, se non dalla necessarietà della tutela.

D'altro lato, e le parole hanno sempre un significato, quella libertà,

già nel titolo della monografia, è affermata come propria della “previdenza privata” e non (come era, ed è, uso) della “previdenza integrativa” o della “previdenza complementare”. Quasi a voler dire che la previdenza privata, per i valori che esprime, ha una sua propria autonomia che le assegna la posizione centrale è tutt’altro che accessoria ed eventuale.

L’esistenza di quella libertà è dimostrata prendendo le mosse dai principi costituzionali interpretati, a mio avviso, nel solco tracciato dall’insegnamento di Valente Simi del quale già è stato fatto cenno.

Ed infatti, anche Giuliana Ciocca ritiene che “la persona umana ... è al centro del sistema costituzionale ed anche della sicurezza sociale” con la conseguenza che “la prima risposta ai suoi bisogni è la solidarietà che esplica attraverso una molteplicità di forme” e che “solo qualora esse falliscono o non esistano, interviene lo Stato come garanzie finale”.

Il significato politico della libertà della previdenza privata è, anzitutto, individuato con la ricostruzione delle vicende storiche che hanno caratterizzato le prime esperienze di quella previdenza.

Ma, la parte essenziale del contributo dato, in quell’occasione, da Giuliana Ciocca sta nell’aver fornito un’attenta esegesi critica del decreto n. 124 del 1993 che, appena cinque anni prima, aveva dettato la disciplina organica della previdenza privata.

Anche la seconda monografia ha un’anima analoga a quella della prima nel senso che, in questa occasione, il valore affermato è quello dell’autonomia legislativa delle regioni rispetto allo Stato. Autonomia che, a ben vedere, è un valore che, per gli enti pubblici, potrebbe presentare non poche analogie con quello della libertà dei privati.

La monografia “Devoluzione e diritto del lavoro” è del 2008 ed indaga sul riparto di competenze legislative in materia di diritto del lavoro tra Stato e regioni così come erano state ridefinite dalla legge costituzionale n. 3 del 2001 e dalla l. n. 131 del 2003 che ad essa aveva dato attuazione.

Il problema affrontato è quello di sapere se, per effetto della riforma costituzionale e alla luce della giurisprudenza costituzionale, la competenza legislativa delle regioni possa, per usare un’espressione di Giuliana Ciocca, “avventurarsi in materie privatistiche” nelle quali ricomprendere anche il diritto del lavoro per aggiungere e migliorare le

garanzie e le tutele già previste, per chi vive del proprio lavoro dalla legislazione statale.

Giuliana Ciocca propone una soluzione a quel problema che può essere considerata prudente perché consapevole della complessità dei problemi. Tuttavia, tende, nella sostanza, ad affermare, almeno come tendenza, l'esistenza di una competenza delle regioni in materia di diritto privato e, più in particolare, di diritto del lavoro.

Ed è, a mio avviso, significativo che, come abbiamo visto aveva fatto per esaltare la libertà della previdenza privata, Giuliana Ciocca giustifica quella competenza facendo ricorso al principio di sussidiarietà, verticale ed orizzontale, che esclude la necessaria centralità dello Stato e gli affida una funzione sussidiaria.

Le considerazioni fin qui svolte autorizzano a ritenere non solo che Giuliana Ciocca ha saputo fornire contributi importanti allo studio della nostra materia, ma anche, e soprattutto, che la sua personalità scientifica si caratterizza per la costante ed appassionata difesa della libertà e dell'autonomia.

Sulla rappresentatività sindacale in trasformazione dallo Statuto dei lavoratori ai giorni nostri

Giuseppe Santoro Passarelli*

SOMMARIO: 1. Dalla maggiore rappresentatività sindacale (presunta) alla rappresentatività come reciproco riconoscimento. – 2. La rappresentatività sindacale effettiva sancita dal consenso dei lavoratori nella sentenza n. 231 del 2013 della Corte Costituzionale. – 3. La rappresentatività sindacale negli accordi del 2014 e del 2018, non ancor attuati. L'auspicio di un intervento legislativo in materia di rappresentatività. – 4. Sciopero e rappresentatività sindacale. – 5. Conclusione.

1. Dalla maggiore rappresentatività sindacale (presunta) alla rappresentatività come reciproco riconoscimento

Quanto alla rappresentatività sindacale disciplinata dallo Statuto dei lavoratori è opportuno chiarire che essa ha la sua base costituzionale nell'art. 39, co. 1, Cost., ma non si muove sulla stessa direttrice tracciata dall'art. 39, co. 4, Cost. perché questa disposizione accoglie una nozione di rappresentatività commisurata ai consensi degli iscritti all'associazione sindacale ai fini della stipulazione del contratto collettivo con efficacia *erga omnes*.

E bisogna aggiungere che non solo le confederazioni sindacali furono contrarie all'attuazione di questa norma perché temevano una ingerenza dello Stato e particolare contrarietà fu manifestata dalla Cisl perché minoritaria, ma anche la dottrina di gran lunga prevalente condivideva l'impostazione sostenuta da Mancini in una non dimenticata prolusione bolognese su libertà sindacale e contratto collettivo *erga omnes*¹ di inutilità se non addirittura di danno derivante dall'attuazione di questa norma. Solo pochi erano i c.d. trentanovisti².

Infatti l'art. 19 nella sua versione originaria accoglie una nozione di

* Professore Emerito della Sapienza Università di Roma.

¹ Vedila in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, I, p. 570.

² G. PERA, *Problemi sindacali del diritto costituzionale italiano*, Milano, 1960.

maggior rappresentatività delle Confederazioni sindacali storiche presunta, cioè non misurata ma paritaria nel senso che le stesse si riconoscevano una pari rappresentatività ai fini dell'esercizio dei diritti sindacali. Come fu stabilito dal patto federativo del 1972 con il quale si istituirono i consigli di fabbrica o dei delegati dove ogni delegato era eletto dai lavoratori di una determinata unità produttiva dell'impresa ed era considerato la istanza sindacale di base dei tre sindacati

La maggior rappresentatività aveva come presupposto l'unità di azione delle stesse confederazioni. E negli anni 70 infatti furono numerose le lotte portate avanti dalle tre confederazioni storiche Cgil, Cisl e Uil almeno fino al 1984. Questa data convenzionalmente segnò la crisi dell'unità di azione, a causa del referendum promosso dalla Cgil, ma non dalla Cisl e Uil sulla sterilizzazione dei punti di contingenza stabilita dal decreto Craxi. La crisi, con alterne vicende durò fino al 1993 e fu superata dal patto di concertazione e da un accordo interconfederale dei quali fu artefice principale Giugni.

Con questo accordo si stabilì che la rappresentatività a livello aziendale non fosse più paritaria ma fosse determinata in misura *quasi* proporzionale ai voti conseguiti da ciascun sindacato in azienda e furono istituite le r.s.u. nelle forme stabilite dall'accordo interconfederale del 1993. Come è noto infatti i voti erano ripartiti per 2/3 tra tutti i sindacati che avevano presentato liste per la costituzione delle r.s.u e per 1/3, il c.d. terzo riservato, tra i sindacati maggiormente rappresentativi.

Questo accordo interconfederale, pur introducendo un criterio di misurazione della rappresentatività dei sindacati a livello aziendale, tuttavia conservò alla triplice un sostanziale monopolio nella gestione delle relazioni sindacali e contenne le spinte centrifughe conseguenti alla consultazione referendaria del 1995,

È altrettanto noto che il referendum del 1995 eliminò la categoria della maggior rappresentatività sindacale e riconobbe come rappresentativi i sindacati che firmavano i contratti collettivi di qualsiasi livello.

Il nuovo criterio di identificazione della rappresentatività, per effetto del referendum, si fonda sul mutuo riconoscimento tra le organizzazioni datoriali e quelle sindacali e amplia conseguentemente la platea dei soggetti legittimati a costituire r.s.a.

Questa interpretazione è stata avallata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 244 del 1996 che ha escluso il rischio paventato dall'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* sul possibile potere di accreditalimento dell'organizzazione sindacale da parte della controparte datoriale.

2. La rappresentatività sindacale effettiva sancita dal consenso dei lavoratori nella sentenza n. 231 del 2013 della Corte Costituzionale

Fino a quando, a seguito di un contenzioso promosso da quei sindacati che pur essendo rappresentativi non siglavano alcun contratto e conseguentemente non potevano per questa ragione costituire r.s.a., intervenne nuovamente la Corte costituzionale nel 2013 con la sentenza n. 231 che, pur a legislazione invariata con una sentenza additiva, stabilì che la rappresentatività potesse essere riconosciuta a quei sindacati che, pur non avendo siglato il contratto collettivo tuttavia avessero partecipato alla negoziazione relativa allo stesso contratto quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda

Da questo punto di vista la sentenza appare in qualche misura contraddittoria perché mentre in motivazione accoglie una nozione di rappresentatività che esistendo nei fatti e nel consenso dei lavoratori, si fonda sul rapporto tra lavoratori e sindacato, nel dispositivo accoglie una nozione di rappresentatività che fondandosi sulla partecipazione alle trattative finisce per fondare la stessa sul riconoscimento reciproco tra sindacato e controparte. Ed in questo senso la sentenza n. 231 del 2013 si colloca sulla stessa scia della sentenza del 1996, ma così finisce per contraddire quanto affermato in motivazione.

Certamente la sentenza del 2013 tiene conto del contesto mutato, non più contrassegnato dalla unità di azione sindacale come nel 1996 ma da un'accentuata tensione tra le tre confederazioni, come è dimostrato dal fatto che un sindacato sicuramente rappresentativo come la Cgil, non aveva sottoscritto il contratto di primo livello della Fiat e neppure quello della categoria dei metalmeccanici e neppure l'accordo interconfederale del 2009.

Si deve aggiungere che la Corte pur affermando “di non potere individuare un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini

del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda in caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva in caso di mancata attività negoziale o in caso di impossibilità di prevenire ad un accordo aziendale", tuttavia lo individua nella partecipazione all'attività negoziale.

E tuttavia va detto che questo criterio diversamente da quello della sottoscrizione non è oggettivamente verificabile nel senso che non indica in modo incontrovertibile cosa debba intendersi per partecipazione alle trattative.

Per esempio la semplice presentazione di una piattaforma rivendicativa non è sufficiente ad integrare gli estremi della partecipazione alle trattative.

3. La rappresentatività sindacale negli accordi del 2014 e del 2018, non ancor attuati. L'auspicio di un intervento legislativo in materia di rappresentatività

A colmare questa lacuna avevano provveduto nel 2014 le parti sociali con la sigla del patto, denominato significativamente Testo Unico, con il quale sono stati individuati i parametri per identificare i soggetti che partecipano alle trattative:

1) che raggiungano una soglia di rappresentatività del 5% assumendo come media il dato associativo (deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori) e il dato elettorale (ottenuto in voti) espressi in occasione delle elezioni delle rappresentanze sindacali aziendali;

2) che contribuiscano alla definizione della piattaforma sindacale;

3) che partecipino alla delegazione trattante.

E tuttavia, come è a tutti noto, per ragioni mai chiarite, il suddetto Testo Unico non ha mai avuto attuazione come pure quello del 2018, nel quale si metteva in evidenza l'assoluta necessità di misurare anche la rappresentatività della parte datoriale.

Ne consegue che la nozione di rappresentatività è ferma alle indicazioni della sentenza n. 231 del 2013.

Diventa perciò urgente un intervento legislativo sulla rappresentatività sindacale, ormai invocato da tutte le parti sociali.

Bisogna comunque essere consapevoli che una legge sulla rappresentatività sindacale presuppone la necessaria determinazione dell'ambito in cui misurare la stessa rappresentatività di ciascun sindacato, così come avviene nel lavoro pubblico. Ma nel lavoro pubblico è più agevole perché esiste un solo soggetto della parte datoriale l'Aran, mentre nel lavoro privato esiste una pluralità di datori di lavoro.

Nel frattempo nell'assenza di un intervento legislativo pure auspicato dalla sentenza n. 231 del 2013, o sulla rappresentatività sindacale commisurata al consenso degli iscritti, o nell'introduzione di un obbligo a negoziare nei confronti delle organizzazioni sindacali che superino una certa soglia di sbarramento, o di altri criteri pure menzionati dalla sentenza, bisogna chiedersi quali effetti determina la mancata partecipazione alle trattative da parte di un sindacato rappresentativo nel lavoro privato: e cioè determina l'impossibilità per quel sindacato di costituire rappresentanze sindacali aziendali? o in mancanza di un criterio di identificazione dei soggetti legittimati a negoziare, la partecipazione alla negoziazione resta affidata alle regole del diritto comune dei contratti e cioè all'art. 1337 c.c. che regola le trattative nel contratto individuale

La risposta è ovviamente diversa a seconda della tesi prescelta.

Se si accoglie la tesi secondo cui i datori di lavoro hanno l'obbligo di negoziare con i sindacati che partecipano alle trattative ne dovrebbe conseguire l'applicazione dell'art. 28 st. lav. in caso di rifiuto del datore di lavoro di avviare le trattative con il sindacato legittimato.

E tuttavia bisogna prendere atto che se da un lato la sentenza n. 231 con un'espressione un po' troppo ellittica riconosce la tutela dell'art. 28 "al sindacato in ragione della sua acquisita rappresentatività nell'ipotesi di un eventuale non giustificato suo negato accesso al tavolo delle trattative" e conseguentemente accoglie una nozione di rappresentatività effettiva, dall'altro lato, la stessa sentenza riconosce che non compete alla Corte individuare i criteri di misurazione della stessa rappresentatività.

E pertanto nell'assenza o nell'attesa di un intervento legislativo che misuri la rappresentatività sindacale resta, ahimè, l'applicazione dell'art. 1337 c.c. che non è certo una norma pensata per le trattative nel contratto collettivo.

Si deve infatti sottolineare che l'applicazione di questa norma al

caso di specie, non modifica in alcun modo l'assetto tra le parti, consacrato dalla sentenza del 1996. Infatti non legittima i sindacati, pur rappresentativi che non hanno voluto partecipare alle trattative o sono stati esclusi dalle trattative, a costituire r.s.a, ma si limita a stabilire che le parti nello svolgimento delle trattative devono comportarsi secondo buona fede e la giurisprudenza chiarisce che nel contratto individuale, dallo svolgimento delle trattative non nasce alcun obbligo per le parti di concludere il contratto.

In altri termini alla fine del discorso resta fermo il principio della libertà contrattuale, riconosciuto dalla sentenza del 1996 che individuava per l'appunto il reciproco riconoscimento come criterio selettivo dei soggetti legittimati a stipulare il contratto collettivo e di conseguenza a costituire rappresentanze sindacali aziendali.

Ma resta il dubbio che in questo modo è l'imprenditore a scegliersi l'interlocutore e non deve meravigliare il fatto che in omaggio alla libertà contrattuale poi proliferano contratti collettivi tra agenti contrattuali di dubbia rappresentatività.

4. Sciopero e rappresentatività sindacale

Dalle confederazioni non c'è un'analoga richiesta per individuare la rappresentatività dei sindacati ai fini dell'esercizio dello sciopero, e se questo si comprende per lo sciopero nell'industria, dove la controparte è il datore di lavoro, si comprende molto meno nello sciopero nei servizi pubblici essenziali dove non c'è solo la controparte oltretutto unica e cioè l'Aran, ma ci sono gli utenti che patiscono gli effetti dello sciopero.

Le due leggi sullo sciopero nei s.p.e. dovute se non all'intervento diretto, certamente nate su impulso di Giugni, non hanno legiferato sulla rappresentatività perché sia pure tacitamente hanno accolto la tesi in quegli anni ancora prevalente che non era necessario intervenire sulla rappresentatività sindacale e anche perché Giugni era un convinto sostenitore della tesi della titolarità individuale del diritto sciopero.

Ma la conseguenza oggi, è che sindacati anche per nulla rappresentativi sono legittimati a proclamare scioperi che bloccano un servizio anche se allo stesso partecipano pochi lavoratori. Si tratta sovente di

sindacati che proclamano scioperi più per autolegittimarsi che per tutelare autentiche esigenze dei lavoratori con motivazioni spesso generiche. E sta diventando frequente anche la proclamazione di scioperi generali da sindacati che sovente non sono presenti neppure in tutte le categorie.

Certamente, in assenza di un intervento normativo, diventa indispensabile anche dal punto di vista mediatico informare gli utenti sui sindacati che proclamano lo sciopero e sul tasso di adesione dei lavoratori agli scioperi precedentemente proclamati dai suddetti sindacati, anche al fine di evitare le conseguenze che derivano dall'effetto annuncio dello sciopero. Si pensi per esempio al settore della scuola dove spesso le famiglie a seguito della proclamazione dello sciopero anche da parte di un sindacato minore si astengono dal portare i figli a scuola. In altri settori invece, un'astensione anche minima di lavoratori può compromettere la funzionalità del servizio. Basti pensare al settore dei controllori del traffico aereo. E ancora altre aziende, basti pensare a quelle del trasporto urbano, che sono legittimate a chiudere intere tratte della metropolitana per l'astensione di pochi lavoratori.

5. Conclusioni

In conclusione, si può dire che la rappresentatività sindacale ha cambiato i suoi connotati ma è ancora in trasformazione. Siamo passati dall'epoca del diffuso orientamento dell'inutilità dell'attuazione dell'art. 39, co. 4, Cost. perché le confederazioni sindacali storiche erano ampiamente rappresentative e avevano il governo della contrattazione collettiva, al sistema sindacale introdotto dal referendum del 1995 che ha aumentato inevitabilmente il numero delle organizzazioni sindacali, e al tempo recente nel quale tutti o quasi reclamano, con diverse sfumature, un intervento legislativo sulla rappresentatività sindacale, non solo da parte delle grandi confederazioni sindacali perché non hanno più il monopolio della contrattazione collettiva, esistono 800 contratti collettivi nell'archivio del Cnel, ma anche da parte della Confindustria che vede insidiato il suo potere rappresentativo, e anche perché, per una serie di motivi non tutti trasparenti, non sono stati ancora attuati gli accordi del 2014 e del 2018. Come ha sottolineato

Treu³, l'incertezza sui criteri di rappresentatività ha costi economici perché favorisce la concorrenza al ribasso fra contratti e attori negoziali.

Un'ultima considerazione riguarda il diverso atteggiamento rispetto allo sciopero dei lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato. I primi e i loro sindacati ricorrono allo sciopero senza eccessive limitazioni perché il loro posto di lavoro è comunque garantito dalla sanzione della reintegrazione nel caso di licenziamento illegittimo. È vero che gli addetti ai servizi pubblici rispettano le regole delle leggi n. 146 del 1990 e n. 83 del 2000 e il contemperamento con il diritto degli utenti è realizzato dalla Commissione di Garanzia. Ma bisogna sottolineare che i lavoratori pubblici sono iper garantiti. Viceversa nel settore del lavoro privato il numero degli scioperi è di gran lunga inferiore perché il posto di lavoro è a rischio per la pesante crisi economica innescata dalla pandemia del corona virus e perché comunque la sanzione del licenziamento illegittimo è costituita dal risarcimento del danno pur con le correzioni introdotte dalla sentenza n. 194/2019 della Corte Costituzionale.

³ T. TREU, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione e contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 786-788.

Le pari opportunità ai tempi del Covid

*Gisella De Simone**

SOMMARIO: 1. La memoria, il ricordo, l'oggi. – 2. L'emergenza nell'emergenza. – 3. Il lavoro agile (emergenziale e non): soluzione o via di fuga? – 4. Il lavoro domestico e di cura retribuito. – 5. Cosa resterà...

1. La memoria, il ricordo, l'oggi

Quando sono stata gentilmente invitata dal collega Guido Canavesi a partecipare a questa bella iniziativa sono rimasta felicemente sorpresa dall'invito. Il collega sapeva dell'affetto che mi legava a Giuliana – la cui figura umana e scientifica hanno così ben tratteggiato Paola Olivelli e il prof. Mattia Persiani, oltre che lo stesso Guido. Ma la mia “presenza” nel consesso odierno è sicuramente un po' anomala: non sono ovviamente un suo Maestro, non abbiamo fatto parte della stessa “scuola”, neppure mai sono stata sua collega di ateneo.

Il nostro incontro, quasi fortuito, risale al 2007. Praticamente non ci conoscevamo, ma mi chiamò per chiedermi la disponibilità a partecipare ad un seminario in tema di pari opportunità che stava organizzando nella sua Università, a Macerata. Mi disse cose molto gentili – lei *era* una persona gentile – e mi fu grata (mi viene da sorridere ripensandoci) quando subito accettai il suo invito, a fronte della sua dichiarata scelta di “qualcuno esterno al suo ambiente ma che stimava molto come studioso del tema” (queste, vado a memoria, le sue parole). Mi sovrastimò, certo, ma dimostrò un tratto caratteristico della sua persona: l'apertura umana e culturale.

Molto incuriosita, mi recai a Macerata – bei tempi in cui ci si muoveva da casa per un seminario e si trascorrevano del tempo con i colleghi – e vissi due bellissime giornate, conoscendo così, in particolare, Paola Olivelli e Guido Canavesi, anche durante piacevoli serate con ottime cene (l'ospitalità della sede era nota, peraltro). Ricordo poi le “chiac-

* Professoressa ordinaria di diritto del lavoro, Università di Genova.

chiere” con Giuliana in auto mentre così gentilmente mi accompagnava in aeroporto, la confidenza che si creò subito tra due persone così (apparentemente) diverse con esperienze e provenienze divergenti. Restammo in contatto e ci ripromettemmo di vederci in montagna (entrambe amanti dei monti), ma come spesso accade l’incontro sulle vette mai si realizzò. Fatalità volle che la notizia della sua scomparsa mi arrivò mentre ero in montagna, e il cruccio per me fu grande, per aver perso un’occasione di stare con una persona che ci ha lasciato davvero troppo presto. Ma che lei si ricordasse sempre di me, tanto da avermi “citata” in famiglia mi fu chiaro nella successiva corrispondenza con suo marito, sempre così gentile, come lei.

Quel seminario, che mi fece “scoprire” Giuliana, fu interessante, e gli atti dei quali poi Giuliana curò la stampa lo dimostrano: ho recuperato, a valle di un complicato trasloco, quel libriccino che tengo caro, con la semplice – Giuliana *era* semplice – dedica “A Gisella, con sincera amicizia e gratitudine”. Non potevo dunque non accettare il generoso invito a ricordarla insieme in un contesto amicale e al contempo scientifico. Il titolo della mia relazione promette molto più di quanto possa garantire, me ne scuso subito, ma mi è parsa la scelta “giusta”, che sarebbe piaciuta, così credo, a Giuliana, che quel tema mi aveva con grande fiducia affidato nel 2007.

Mi limiterò qui a riproporre qualche spunto di riflessione che ho presentato nell’incontro dello scorso ottobre, per me avvio di una riflessione più compiuta che mi ero ripromessa di fare per questa occasione ma che rinvio ad un momento successivo, magari meno “a caldo” rispetto alla pandemia (sono trascorsi sei mesi, dal nostro incontro virtuale, ma siamo ancora in mezzo al guado).

2. L'emergenza nell'emergenza

Ai tempi di una delle più recenti crisi economiche attraversate dal nostro Paese, Oronzo Mazzotta, nel suo intervento a conclusione della ricerca dedicata a “Persone, lavori famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica” scriveva: «non sembra questo il tempo per attenderci un rinnovato impegno nelle politiche di conciliazione fra ciò che

è dentro e ciò che è fuori del rapporto»¹. Oggi più che mai, ciò che è dentro cresce a dismisura, assumendo dimensioni e forme che, in questi mesi, “grazie” al c.d. *smart working*, fanno vacillare addirittura il confine, tra il “dentro” e il “fuori” – basti pensare proprio al tempo dedicato al lavoro retribuito e il tempo dedicato alla famiglia, ai figli *in primis*.

Non è mai il tempo “giusto”: perché incombe la crisi economica, perché c’è la pandemia con la conseguente crisi economica... Le tante crisi che si succedono producono, di volta in volta, un diritto emergenziale che raramente, almeno finora, ha riequilibrato il mercato del lavoro² e la relazione (intrinsecamente antagonista) tra tempo retribuito e tempo non retribuito, e raramente (forse mai) ha affrontato la questione femminile, il lavoro delle donne, come un punto centrale delle riforme³.

Non credo sia un caso se nel profluvio di commenti *instant* dei giuslavoristi l’attenzione dedicata ad una lettura di genere degli effetti dei provvedimenti del Governo e del Parlamento sul lavoro delle donne sia stata a dir poco limitata, salvo lodevoli eccezioni⁴, a fronte di ri-

¹ O. MAZZOTTA, *Ragionare per modelli: conciliare lavoro e non lavoro nella crisi economica. Spunti per una riflessione*, in M.V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, Torino, 2009, p. 11.

² «Le donne non sono un gruppo indistinto e omogeneo (...). Qualsiasi politica che miri a ridurre la povertà e a creare un *mercato del lavoro più equo (corsivo mio)* deve tenere conto di tale complessità e farne un perno centrale. L’alternativa è trattare la povertà in superficie, aumentare i posti di lavoro senza intaccare le disuguaglianze strutturali che li attraversano: cambiare qualcosa senza cambiare niente»: R. PAOLETTI, M. CAPESCOTTI, *In Europa le donne sono le più povere*, in www.ingenero.it/articoli/europa-donne-sono-piu-povere.

³ Come ho recentemente osservato in www.labourlawcommunity.org/senza-categoria/nuove-leggi-per-il-lavoro-delle-donne, l’espressione, un tempo classica, “lavoro delle donne”, risulta oggi desueta: si parla oggi solo o quasi di aspetti e questioni specifiche, e solo di alcune fra esse: *gender pay gap*, pari opportunità, condivisione e conciliazione, molestie e mobbing (e violenza, certo, guardando al di là del nostro oricello disciplinare).

⁴ E tra queste tengo a citare i contributi di A. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in www.csdlc.lex.unict.it/docs/workingpapers/Il-lavoro-agile-e-gli-equivoci-della-conciliazione-virtuale/6024.aspx e di M. D. FERRARA, *Oltre l'emergenza: lavoro, conciliazione e agilità in condizioni di fragilità*,

flessioni diffuse tra le studiose e gli studiosi di sociologia, come tra economisti dei due generi. Più recentemente anche i giuslavoristi (e soprattutto, come sempre, le giuslavoriste, giovani e meno giovani) hanno dedicato le loro riflessioni al tema⁵, e questo è oggettivamente positivo perché porta al centro dell'attenzione (?) della dottrina temi e questioni che talora sembrano lussi che, in tempo di crisi ed ancor più di pandemia, non ci si può permettere.

Eppure la questione femminile è concretamente emersa con tutta la sua evidenza durante la pandemia, e ha riaperto il dibattito, ormai stanco e sfilacciato, sulle pari opportunità, o più precisamente è stata (troppo) spesso tradotta in uno dei suoi "lati", direi una preconditione delle pari opportunità nel mercato e nel rapporto di lavoro: la conciliazione.

Conciliazione tra famiglie e lavori: entrambi i lemmi al plurale, perché diverse sono le famiglie (e la rilevanza che nel tempo hanno assunto nel diritto, e nel diritto del lavoro in particolare)⁶ e diversi sono i lavori (e su questo punto tornerò tra poco). Ma la famiglia è *anche* lavoro: domestico e di cura, che continua a gravare – inutile richiamare le mille ricerche sul tema – sulle spalle delle donne come "dovere". Si tratta di una lettura non evolutiva e penalizzante della espressione (certo infelice) "essenziale funzione familiare" che l'art. 37 Cost. utilizza comunque per statuire che «le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento» di quella funzione, fermo che «la donna ha gli stessi diritti che spettano al lavoratore». Inutile tacere che, per le ragioni storiche che tutti conosciamo, i costituenti abbiano attribuito quella funzione espressamente alla donna, ma se anche lo vogliamo considerare un "dovere specifico" delle donne – e non è la mia opi-

<http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Oltre-lemergenza-lavoro-conciliazione-e-agilit-in-condizioni-di-fragilit/6069.aspx>.

⁵ Scegliendo, non a caso, richiamo l'attenzione sul webinar www.labourlawcommunity.org/news-eventi/il-lavoro-delle-donne-risorsa-nellemergenza-e-fattore-di-rilancio-webinar-llc-15-12-2020 e sui contributi successivamente pubblicati nel sito dell'Associazione.

⁶ Merita rileggere le poche dense pagine dedicata da M. Vittoria Ballestrero ai termini della conciliazione, rispondendo in particolare al quesito "quale famiglia": *La conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi considerazioni introduttive*, in *Lav. dir.*, 2009, p. 161 ss. (qui pp. 162-165).

nione – *non* è la donna che deve adattare le sue esigenze al lavoro, bensì il contrario.

Allargando un po' la prospettiva, allontanando un po' lo sguardo, e prescindendo dal modello storico di conciliazione (per usare *ante litteram* un termine che certo non compare in Costituzione), potremmo predicare la conciliazione tra vita familiare e vita professionale. In questo solco si colloca peraltro la Direttiva 2019/1158⁷ sull'equilibrio – e si noti il diverso lemma scelto – «tra attività professionale e vita familiare» (che ha come *target* «genitori» e «prestatori di assistenza», *non* le donne). E non a caso, ma fondandosi sull'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che reca come rubrica proprio “Vita familiare e vita professionale”. Molto ci sarebbe da dire (e da ridire) sull'aggettivazione utilizzata – vita “familiare” – che da una parte sembra voler ignorare le diverse nozioni giuridiche e le stesse diverse concezioni della famiglia nei diversi Stati dell'Unione, dall'altra *non* considera il resto della vita, per così dire, come degno di protezione a fronte della vita professionale. Ritengo perciò preferibile predicare la conciliazione tra vita privata e vita professionale, includendo nella sfera della vita privata la vita familiare⁸.

Ma persiste un'altra lettura del “non detto” della espressione conciliazione, cercando sempre di rispondere alla domanda “conciliare cosa con cosa”. L'espressione troppo spesso utilizzata⁹ è conciliazione tra vita e lavoro, dimenticando – come è stato giustamente rilevato¹⁰ –

⁷ Il cui recepimento è previsto dalla Legge di delegazione europea 2020.

⁸ Penso al diritto, riconosciuto dall'art. 7 della stessa Carta ad ogni individuo, al rispetto della propria «vita privata e familiare», con una endiadi che ritengo esprima tutta la dimensione della persona umana, e meglio si presti a rappresentare, a fianco della vita professionale, l'altro “corno” del binomio oggetto della nostra attenzione.

⁹ Spiace dover rilevare che anche giovani studiose, che pure hanno dedicato recenti interessanti studi al tema, utilizzino tale espressione, senza neppure spiegare la ragione della scelta (M. MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Torino, 2020; A. FENOGLIO, *sub art. 33*, in R. MASTROIANNI, G. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017).

¹⁰ R. DEL PUNTA, *Un diritto del lavoro 4.0*, in A. CIPRIANI, A. GRAMOLATI, G. MARI (a cura di) *La IV rivoluzione industriale e le trasformazioni delle attività lavorative*, Firenze, 2018, p. 225 (qui p. 232), opportunamente richiamato da A. TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, op. cit., p. 3.

che il lavoro fa parte della vita, che non si contrappone ad esso rappresentandone invece, come subito dirò, una dimensione importante, direi centrale, *anche* per le donne.

Non condivido, personalmente, l'uso che viene molto spesso fatto dell'espressione *work life balance*, che sottintende sì una giusta "separatezza" (tornerò sul punto) tra lavoro e vita privata ma che tende a considerare il lavoro come qualcosa che *non* fa parte della "vita" delle persone. Non lo condivido perché – come ho avuto occasione di dire e di scrivere¹¹ – ritengo che il lavoro sia uno strumento di realizzazione della persona che concorre a disegnarne i contorni e a garantire (se reso nel rispetto dei diritti fondamentali) la dignità della persona. Con ciò non intendo certo dire che la persona che non lavora per sua scelta (o perché pensionata, per esempio) manca di dignità, ma che un lavoro dignitoso garantisce (o almeno dovrebbe garantire) «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione (...) all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», obiettivo dell'art. 3 della nostra Costituzione, se vengono rimossi «gli ostacoli di ordine economico e sociale», che limitano «di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini»: al fine, un *decent work* dovrebbe garantire la dignità sociale delle persone.

3. Il lavoro agile (emergenziale e non): soluzione o via di fuga?

Cosa di meglio allora che il lavoro agile, per conciliare vita familiare e vita professionale? Ma con il lavoro c.d. *smart* (che *smart* per lo più non è) i tempi di vita sono sempre più soggetti ad osmosi con i tempi di lavoro e in particolare, per molti – *rectius* molte – con i tempi di cura. E durante il lockdown di agile il lavoro non ha avuto nulla, o ben poco: certo non solo per sua "colpa", ossia per la situazione oggettivamente difficile, ma anche per "colpa" di una legislazione di emergenza che ancora una volta, come nel passato, non ha mostrato alcuna

¹¹ *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, in AA. VV., *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro, Udine 13-14 giugno 2019, Milano, 2020, p. 19 ed anche *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 633.

attenzione all'impatto di genere delle regole: regole inizialmente frettolosamente redatte, che hanno retto, con non poche difficoltà, la gestione del lavoro nei primi mesi e con le quali, salvo poche modifiche, conviviamo ancora oggi.

Non è al legislatore dell'emergenza che dobbiamo imputare tuttavia la responsabilità di aver rinunciato a cogliere l'occasione di trasformare l'emergenza, in sé pesante, in una opportunità di ripensamento della disciplina del lavoro agile, e non solo. La sfida del prossimo futuro sarà proprio quella di trarre le dovute conseguenze dalla (ormai lunga) esperienza del lavoro agile emergenziale per ridisegnarne la fisionomia e le regole "ordinarie", per il post pandemia.

Guardando al recente passato (che oggi pur sembra ormai così lontano), non possiamo non ricordare la fattispecie telelavoro, inserita in un intervento normativo (D.lgs. n. 80/2015) che, a partire dalla intitolazione del provvedimento, è (o almeno intendeva essere) espressamente finalizzato alla «conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro».

E se volgiamo lo sguardo al passato più vicino a noi emerge proprio il lavoro agile, che ha silenziosamente soppiantato, tra i temi "di moda" il lavoro 4.0 e la *gig economy* (*riders* compresi, la cui attività è cresciuta durante il lockdown come dopo). E nel lavoro agile "emergenziale", il superamento (per ragioni emergenziali, certo) dell'accordo individuale, unito alla carenza di una adeguata contrattazione collettiva (pur non annoverata tra le fonti di regolazione dal legislatore del 2017, che volutamente enfatizzava il ruolo dell'autonomia privata) ha condotto, come prevedibile, ad un lavoro agile *sui generis*, con orari sempre più oppressivi e senza alcuna garanzia di una "separatezza" tra tempo di lavoro e tempo dedicato ad "altro". Cancellato per questa via il diritto alla disconnessione (art. 19, 1° comma, della l. n. 81/2017), che pure avrebbe potuto essere sancito dai provvedimenti emergenziali, mentre si continua a tacere sul punto; ignorata ogni ipotesi di flessibilità dell'orario, un orario che in molti casi semplicemente "scompare", dilatandosi senza limite alcuno.

Proprio l'emergenza della Pandemia – dico una banalità che va comunque rimarcata – ha rimescolato le carte e messo in evidenza, come una cartina di tornasole, tutti i limiti e tutti i problemi non affrontati prima per utilizzare davvero il lavoro a distanza (uso un termi-

ne volutamente “largo” e inclusivo) come strumento di conciliazione. Ritenere – come pare implicitamente fare il legislatore – che il lavoro “da casa” sia di per sé sufficiente a garantire la conciliazione tra lavoro retribuito e lavoro di cura (di minori in particolare) vuol dire non avere consapevolezza dell’attenzione che entrambe le attività richiedono, per essere svolte in modo adeguato.

Basti un esempio per dimostrare l’erroneo implicito assunto di partenza: l’alternativa tra lavoro agile e congedi speciali nel D.l. n. 30/2021 (art. 2), questi ultimi riservati alle «sole ipotesi in cui la prestazione lavorativa non possa essere svolta in modalità agile». «Pensare [...] che i genitori che lavorano in *smart working* – ma siamo solo noi in Italia a chiamarlo così, negli altri paesi si parla di *remote working*, *home working*, *distance working* perché di *smart*, intelligente, rimane spesso davvero poco – non abbiano bisogno di congedi parentali quando le scuole sono chiuse significa non riconoscere lo stato reale delle cose, né il valore del lavoro che, nonostante tutto, è stato fatto da casa in questi mesi»¹².

Merita sottolineare come il diritto (alla richiesta o alla fruizione, non è chiarissimo: «il genitore può svolgere la prestazione di lavoro in modalità agile») al lavoro agile si trasforma, per così dire, nel diritto (condizionato alla “capienza” del relativo fondo stanziato) ad un congedo straordinario con un’indennità pari al 50% della retribuzione per coloro che necessariamente devono lavorare “in presenza”. Ma non va dimenticato che «in caso di figli di età compresa fra 14 e 16 anni, uno dei genitori, alternativamente all’altro, ha diritto, al ricorrere delle condizioni di cui al comma 2, primo periodo, di astenersi dal lavoro senza corresponsione di retribuzione o indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro».

Facile immaginare, per le ragioni bene note (a partire dal *gender pay gap*), che ad avvalersi di tali previsioni siano state e saranno per lo più le donne, le molte addette al commercio, per esempio. L’alternativa è il ricorso al congedo parentale, che presenta anch’esso i limiti a tutti noti, e che certo non contribuisce, per l’uso e il non uso che

¹² B. DE MICHELI, *Lo smart work non è un congedo*, in www.ingenere.it/articoli/smart-working-non-e-un-congedo.

ne viene concretamente fatto da parte dei genitori, al riequilibrio nella ripartizione dei carichi di cura (per tacere del lavoro domestico vero e proprio).

Rilevante dunque appare la dicotomia – non sono di certo la prima ad osservarlo – tra chi ha lavorato e lavora in presenza o invece da remoto (*id est* da casa). Sacrosanto garantire un congedo straordinario a tutti coloro che inizialmente hanno svolto attività “indifferibili” in presenza nella PA, per esempio, ma ancor più e ancor oggi all’interno settore della sanità, dove pure larga è la presenza di donne, come pure nel commercio al dettaglio e, dopo la primissima fase emergenziale, anche nelle fabbriche. Così come garantire, per il settore della sanità, i c.d. *bonus baby sitter*. Ma resta quell’ombra che avvolge la cura “inclusa” nel lavoro da casa, come anticipato.

4. Il lavoro domestico e di cura retribuito

Una notazione a sé stante merita la Cenerentola del diritto del lavoro: il lavoro domestico. Salvo tardive e sommarie “sovvenzioni”, miserevoli *una tantum*, il popolo delle badanti (come pure di *baby sitter* e *colf*) non è stato considerato, è stato ignorato dal Governo e dal legislatore: una popolazione prevalentemente (anche se non esclusivamente) femminile, strumento di “conciliazione fai da te” (“attori non protagonisti della conciliazione” li avevo chiamati a suo tempo quando avevo con grande interesse studiato un tema generalmente negletto dalla dottrina lavoristica¹³). Anche in questo caso, poco di cui stupirsi: il coté fragile del lavoro (largamente femminile ed extracomunitario) è rimasto al margine dell’interesse di tutti, anche del sindacato, spiace rilevare.

Sembra quasi che il lavoro domestico sia tornato alle origini, visto come un rapporto di lavoro talmente “speciale” da non poter pretendere un impossibile ricorso a sistemi di protezione sociale (integrazioni

¹³ I lavoratori domestici come attori della conciliazione, in *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, op. cit., p. 61. «Attori non protagonisti delle scene di vita» domestiche, scriveva già P. PASSANITI, *La cittadinanza sommersa. Il lavoro domestico tra otto e novecento*, in *Quad. fiorentini*, 2008, p. 239.

salariali in particolare) mai concepiti, e che dunque non è stato possibile utilizzare. Il trattamento, ed ancor prima la (non) considerazione loro riservata scava un ennesimo solco tra il lavoro domestico e “il resto” del mondo del lavoro. Basti pensare alla cassa integrazione (in deroga e in “super-deroga” nel settore industriale, strumento principe per garantire la continuità dell’occupazione e del reddito, accompagnato al divieto di licenziamento (per giustificato motivo oggettivo, per quanto qui rileva), dal cui campo di applicazione – ancora una volta non a caso – sono stati esclusi i rapporti di lavoro domestico. La protezione di quei lavoratori e di quelle lavoratrici, con un ritorno all’antico che colpisce, è stato lasciato alla “benevolenza” (e alla capacità di sostenerne i costi) del datore di lavoro domestico, delle famiglie – e la benevolenza, lo ricordiamo, rappresentava uno dei tratti caratteristici delle origini di quel lavoro “della servitù” che sembrava finalmente superato dal legislatore con la vecchia ma sempre verde legge del ‘58¹⁴.

Chi si è occupato, in questi tempi bui, della sicurezza dei lavoratori domestici, ed ancor più, forse, dei badanti conviventi? Per tacere dell’effettiva disponibilità di mascherine o guanti, quale “distanziamento” sarà mai stato assicurato tra quei lavoratori e le persone delle quali si prendono cura? L’esperienza che, ahinoi, stiamo ancora vivendo ci mostra evidenti carenze di vaccinazioni, con gradi di copertura a macchia di leopardo nel Paese, per gli anziani immobilizzati nelle loro abitazioni e per i loro *caregiver*, professionali e non. Pensando ai *caregiver* non professionali, ossia alla famiglia e in quell’ambito molto spesso alle donne, da una parte riemerge il “non detto” del lavoro agile, quale strumento di conciliazione implicito anche su questo fronte, dall’altra una totale assenza di considerazione specifica, se non la (ovvia) possibilità di ricorrere ai permessi di cui alla l. n. 104/1992.

Nel dilagare di Protocolli di sicurezza in azienda (come pure nel settore pubblico), non ho sentito molte voci levarsi per chiedere di definire almeno linee guida per un settore che numericamente non è irrilevante¹⁵, e presenta una doppia fragilità: dal lato dei lavoratori e dal

¹⁴ Basti ricordare, tra le tante letture “istruttive” in materia, la voce *Lavoro domestico* nel *Noviss. Digesto it.* a firma di L. DE LITALA, Torino, 1960, p. 173.

¹⁵ Secondo dati Oil, in Italia, erano circa 860 mila le lavoratrici e i lavoratori do-

lato delle famiglie, soprattutto in presenza di disabili o anziani. Tuttavia il legislatore almeno non li ha completamente esclusi dal campo di applicazione della normativa di emergenza (es. indennità per i lavoratori non conviventi, reddito di ultima istanza¹⁶), e ha incluso i servizi domestici (D.p.c.m. 22 marzo 2020) tra i servizi essenziali (consentendo dunque la prestazione di lavoro e l'accesso al domicilio delle famiglie durante il lockdown). Sono tuttavia mancate, come ho anticipato, misure di sicurezza “mirate”, nonostante l'Italia abbia da tempo ratificato la Convenzione OIL n. 189 sulle lavoratrici e i lavoratori domestici e la relativa Raccomandazione n. 201 del 2011, che notoriamente hanno l'obiettivo di estendere al lavoro domestico la disciplina del diritto del lavoro e della previdenza sociale che si applica all'insieme dei lavoratori, *anche* in materia di sicurezza¹⁷.

Inutile illudersi più che tanto, il lavoro domestico resta il grande assente nella protezione dei lavoratori¹⁸, a partire dal pressoché inesistente riconoscimento del diritto alla maternità per arrivare alla disciplina del recesso *ad nutum*, passando attraverso l'esclusione dal campo di applicazione del D.lgs. n. 81/2018, sulla scia peraltro – si tende spesso a dimenticarlo – della analoga espressa esclusione operata dalla

mestici (circa l'88% donne) nel 2018 con contratto di lavoro subordinato, e il 75,4 per cento del totale erano lavoratori migranti. Questi dati fotografano solo parzialmente gli occupati del settore che è caratterizzato, notoriamente, da un'alta incidenza di lavoro informale/irregolare/non dichiarato. Con un tasso di informalità stimato al 58,3 per cento è possibile stimare un numero complessivo di oltre 2 milioni di lavoratori domestici (Oil, *Il lavoro domestico durante l'emergenza Covid-19*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/genericdocument/wcms_741000.pdf).

¹⁶ Diverse sono state le regole di accesso ai c.d. buoni spesa, affidate ai comuni che per lo più hanno richiesto la residenza, con ciò escludendo dai beneficiari, implicitamente, i lavoratori migranti non regolarizzati.

¹⁷ Per un primissimo esame critico della legislazione d'emergenza Covid a proposito dei lavoratori domestici v. S. BORELLI, *Who cares? Il lavoro nell'ambito dei servizi di cura alla persona*, Napoli, 2020, spec. pp. 183-184 e 189-190.

¹⁸ Mi permetto di rinviare a due lavori nei quali mi sono specificamente occupata della disciplina del lavoro domestico: *I lavoratori domestici come attori della conciliazione*, cit. e della giurisprudenza della Corte costituzionale a proposito di diritto alla maternità e diritto alla stabilità *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, cit., pp. 70-74.

Direttiva 89/391. Forse (per cercare di essere ottimisti, molto ottimisti) possiamo attendere una svolta in occasione del recepimento della Direttiva 2019/1152 («relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell’Ue»), che stabilisce alcuni diritti minimi (seppure per lo più di mera informazione¹⁹) che dovrebbero essere riconosciuti a tutti «coloro che hanno un contratto o un rapporto di lavoro» (art. 1, par. 2). E il Considerando 8 contempla, fra i lavoratori “deboli” da proteggere, proprio i lavoratori domestici, a fianco di lavoratori a chiamata, lavoratori intermittenti, lavoratori a voucher, lavoratori tramite piattaforma digitale²⁰.

5. Cosa resterà...

Se i tempi sono bui per il Paese, e lo sono particolarmente per le prospettive di lavoro ed ancor più per le condizioni di lavoro, i tempi sono davvero duri per il lavoro femminile, e più in generale per le pari opportunità di tutte e di tutti.

Ritengo importante non cedere alla tentazione di invocare nuovi ulteriori provvedimenti emergenziali o comunque “speciali”, riservati al lavoro femminile, per evitare di cadere nella (storica) trappola della legislazione separata, per così dire, o della retorica della conciliazione. Un altro tranello va evitato, ed è quello di ridurre le protezioni esistenti del lavoro (femminile e non), abbandonare i controlli (invece da intensificare) sull’effettivo rispetto delle regole con il fine, solo apparentemente “buono”, di far ripartire l’economia. Se, come si legge, solo

¹⁹ La Direttiva UE 2019/1152 peraltro sostituirà (dal 1° agosto 2022, termine per il recepimento da parte degli Stati membri) la Direttiva 91/533/CEE, che non a caso era stata subito definita *Cinderella Directive*.

²⁰ A condizione che soddisfino i requisiti individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per determinare la condizione di “lavoratori”: ma nessun dubbio si può porre, in Italia, per i lavoratori domestici, il cui rapporto di lavoro è previsto e regolato dalla legge. E l’art. 2, paragrafo 2, della Direttiva individua il campo di applicazione facendo riferimento «a tutti i lavoratori nell’Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia».

dal prossimo anno torneremo ai livelli di occupazione del 2019, recuperando faticosamente quanto perso senza incrementi ulteriori di posti di lavoro, quella occupazione dovrebbe essere una buona occupazione, non solo *more jobs*.

Da una parte il carattere “essenziale” di molti beni e servizi (dai servizi alla persona alla pulizia ed igienizzazione degli ambienti, dal supermarket al *delivery*) è emerso con tutta l’evidenza che aveva perso negli ultimi anni, travolti dalla chimera del lavoro 4.0 o dell’AI (ormai siamo tutti esperti di algoritmi e *machine learning*). Da un’altra prospettiva il lavoro da remoto ha rimesso al centro della discussione, e dunque anche della riflessione giuridica, l’oggetto stesso del contratto di lavoro, o forse meglio dell’obbligazione lavorativa, che rischia di trasformarsi in una obbligazione di risultato, nella quale il parametro “tempo” – soprattutto ove tradotto semplicemente nel *proxy* orario – sembra perdere la funzione di misura della prestazione e addirittura apparire superato dalla compenetrazione tra tempi di lavoro retribuito e tempi di attività non retribuite.

Difficile certo essere ottimisti, ma l’occasione, forse unica tenuto conto dei cospicui fondi che arriveranno al Paese con il PNRR (Piano nazionale di ripresa e resilienza), è – o almeno sarebbe – quella di un primo vero *mainstreaming* delle pari opportunità su tutti i tavoli della negoziazione (in senso lato): economica, politica, sindacale. Solo due modeste indicazioni di rotta: rafforzare i diritti (collettivi e individuali) di tutte le persone che lavorano e valutare l’impatto di genere di ogni provvedimento legislativo che sarà adottato. Ampio programma, e molto ingenuo, ne sono consapevole.

Il mutamento delle mansioni del lavoratore nella legislazione del lavoro 2015-2017

*Arturo Maresca**

SOMMARIO: 1. L'avvio della stagione delle riforme 2015-2017. – 2. Il lavoro agile. – 3. Il nuovo art. 2103 c.c. – 4. *Segue*: il bilanciamento tra diverse esigenze. – 5. Conclusioni.

1. L'avvio della stagione delle riforme 2015-2017

Il tema del mio intervento riguarda il mutamento delle mansioni disciplinato dall'art. 2103 c.c.; tema che deve essere inquadrato all'interno delle innovazioni della legislazione del lavoro avvenute nell'arco temporale che va dal 2015 al 2017.

Queste innovazioni appaiono particolarmente significative in quanto evidenziano, nel loro complesso, un mutamento di indirizzo delle politiche del lavoro.

Infatti prima del 2015 – più precisamente dalla fine degli anni '90 e, poi, segnatamente nel 2003 – gli interventi del legislatore, tranne qualche eccezione, vennero concentrati sulla c.d. flessibilità in entrata, trascurando lo svolgimento del rapporto di lavoro e puntando invece sulla creazione di alternative al lavoro subordinato a tempo indeterminato, realizzate con riferimento sia alle collaborazioni autonome, coordinate e continuative, a progetto sia alla moltiplicazione delle tipologie dei rapporti di lavoro diretti o interposti, come la somministrazione.

Quindi il legislatore di quel periodo ritenne di non prendere in considerazione la flessibilità c.d. organizzativa o funzionale e, peraltro, i tentativi di intervenire sulla flessibilità in uscita (modificando l'art. 18 St. lav.) vennero neutralizzati sul nascere dalle forti proteste sindacali.

* Professore ordinario di diritto del lavoro, La Sapienza Università di Roma.

Come si diceva l'aspetto della legislazione del lavoro (nel periodo 2015-2017) meritevole di segnalazione è proprio quello che riguarda le innovazioni applicabili allo svolgimento del rapporto di lavoro.

In primo luogo quella che ha interessato il mutamento delle mansioni e, quindi, l'esercizio del potere direttivo in funzione modificativa del contenuto della prestazione lavorativa, ma anche la disciplina dei limiti al potere di controllo c.d. tecnologico dell'art. 4 St. lav. e, non meno importanti, gli interventi mirati in via strutturale ad incentivare fiscalmente la retribuzione variabile (i c.d. premi di risultato) collegata agli incrementi verificati di produttività, redditività, ecc. individuati in sede di contrattazione di secondo livello.

A questi interventi legislativi se ne deve aggiungere un altro che consente di articolare ulteriormente le possibili modalità di remunerazione dei lavoratori subordinati riconoscendo alla contrattazione collettiva (ma anche al regolamento adottato unilateralmente dal datore di lavoro) la possibilità di attivare piani di *welfare* integralmente esenti da ogni prelievo contributivo e fiscale. Un intervento che, sul piano applicativo, inizierà ad essere apprezzato soltanto dopo il rinnovo del CCNL dei metalmeccanici del 2016 che le parti sono riuscite a firmare (finalmente in modo unitario) avvalendosi (anche) delle incentivazioni fiscali accordate ai piani di *welfare*.

2. Il lavoro agile

La stagione (2015-2017) delle riforme del lavoro si conclude con il lavoro agile che è andato via via assumendo una significativa importanza che, però, deve essere valutata al netto del *lavoro agile emergenziale*, quello che abbiamo subito in modo totalizzante durante la prima parte della pandemia e che ancora viene utilizzato massicciamente, guardando invece al lavoro agile così come era stato disciplinato dal legislatore nel 2017.

Se il *lavoro agile emergenziale* è tutt'altra cosa rispetto al lavoro agile ordinario, bisogna però riconoscere che senza il primo sarebbe stato probabilmente impossibile consentire a molte persone di svolgere la propria attività lavorativa durante la pandemia, sia pure con i necessari correttivi previsti dalla legislazione dell'emergenza (un'altra emergenza

che il diritto del lavoro ha dovuto affrontare). Inoltre questa modalità di esecuzione della prestazione lavoro si è dimostrata anche utile per contenere il ricorso alla cassa integrazione COVID che, altrimenti, sarebbe stato ben più massiccio.

Il lavoro agile, una volta superata l'attuale emergenza epidemiologica, è destinato ad affermarsi e diffondersi come una ordinaria modalità di organizzazione del lavoro e costituirà, probabilmente, una sorta di laboratorio delle possibili evoluzioni della disciplina del lavoro subordinato specialmente per quanto riguarda il tempo di lavoro anche nella sua correlazione con la remunerazione del lavoratore. E non cambierà solo la disciplina del rapporto di lavoro, ma anche l'organizzazione del lavoro e gli ambienti di lavoro con una significativa influenza sull'organizzazione delle nostre città (*smart city*).

In questa prospettiva c'è un aspetto che vorrei mettere in evidenza: il lavoro agile si fonda sulla scelta consapevole e libera del lavoratore in ordine al luogo di svolgimento ed alla collocazione temporale della sua prestazione.

Non è cosa di poco conto che nel lavoro svolto in forma subordinata sia il dipendente a poter scegliere come (cioè, dove e quando) lavorare in base all'accordo individuale costitutivo della modalità agile di esecuzione della prestazione contrattualmente dovuta.

La caratteristica più importante di questo accordo è quella di garantire la costante corrispondenza agli interessi di ciascuna delle parti. Un'importanza che non si esaurisce nel momento costitutivo del lavoro agile, ma riguarda anche e soprattutto la facoltà sia del datore sia del prestatore di lavoro di poter assumere in ogni momento nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro l'iniziativa di ripristinare la normale prestazione lavorativa, esercitando il recesso dall'accordo costitutivo del lavoro agile.

Quindi, in conseguenza della sua permanente reversibilità, il lavoro agile è sempre frutto di una scelta, non è mai subito; diversamente da quanto può accadere, ad esempio, nel lavoro a tempo parziale che, in mancanza di alternative, il dipendente è costretto ad accettare e che il datore di lavoro non può modificare nel corso del suo svolgimento.

3. Il nuovo art. 2103 c.c.

Venendo al tema del mio intervento la prima osservazione riguarda l'importanza delle modifiche apportate all'art. 2103 c.c. In primo luogo perché hanno segnato un passaggio – quantomeno nella volontà espressa dal legislatore nella norma che, però, non sembra aver avuto un significativo riscontro nella contrattazione collettiva – in ordine alla fonte della disciplina dei limiti allo *ius variandi* che è stata riconsegnata all'autonomia collettiva.

L'art. 13 St. lav., com'è noto, si caratterizzava per la chiusura agli interventi della autonomia collettiva e individuale. L'art. 2103 c.c., riscritto nel 2015, invece è una norma aperta alla contrattazione collettiva, con ampi (e sorvegliati) spazi all'autonomia individuale.

Quindi nel 2015 il potere del datore di lavoro di variare le mansioni del lavoratore è stato ricondotto alla contrattazione collettiva che rappresenta la fonte tipica di regolazione dell'organizzazione del lavoro; si può forse riscontrare un'analogia con quanto accadde alla retribuzione, quando crollò il principio giurisprudenziale della retribuzione inderogabilmente onnicomprensiva. In quest'ultimo caso fu la dottrina di Mattia Persiani e la sua capacità professionale a conseguire quel risultato che, invece, nel 2015 è stato il portato di una scelta del legislatore.

Il limite all'esercizio del potere di variazione delle mansioni viene, quindi, rimesso all'autonomia collettiva avendo il legislatore fatto riferimento al livello di inquadramento (ed alla categoria legale) previsto dai contratti collettivi per stabilire il perimetro dell'esigibilità delle mansioni.

Come si è detto la cosa sorprendente è che i contratti collettivi nazionali di categoria hanno sostanzialmente mantenuto invariati i precedenti sistemi di classificazione, trascurando l'opportunità offerta dal legislatore di modificare gli inquadramenti per conformarli alla nuova funzione di limite unico alla *ius variandi*.

I problemi di questa scelta omissiva (o questa inerzia) della contrattazione collettiva devono essere affrontati considerando il passaggio che comporta la modifica dell'art. 2103 c.c., specialmente nel primo comma.

Infatti la tutela della professionalità del lavoratore realizzata dal le-

gislatore con l'art. 13 St. lav. perseguiva una finalità conservativa delle competenze e competenze acquisite dal lavoratore che venivano preservate mediante il limite legale dell'equivalenza professionale imposto al potere di variazione delle mansioni. Un limite preordinato a tutelare il patrimonio professionale del lavoratore quale era.

Invece il *nuovo* art. 2103 c.c. è una norma aperta nel senso che la tutela della professionalità non viene meno, ma si realizza in un modo diverso. Infatti le mansioni esigibili attraverso l'esercizio del potere di variazione sono tutte quelle appartenenti allo stesso livello di classificazione (ed alla stessa categoria) il che implica il mantenimento del medesimo livello di professionalità del lavoratore, ma non l'omogeneità del patrimonio professionale che, invece, è suscettibile di implementazioni anche attraverso la diversificazione delle competenze e conoscenze del lavoratore.

4. Segue: il bilanciamento tra diverse esigenze

Proprio in questa prospettiva va collocata l'innovazione più significativa apportata dall'art. 2103 c.c. con l'introduzione dell'obbligo formativo che si deve strettamente correlare all'ampliamento dei limiti all'esercizio del potere direttivo.

Perché se è vero che il datore di lavoro può impiegare il lavoratore in mansioni che richiedono competenze diverse da quelle che il dipendente già possiede, ciò può avvenire soltanto a fronte dell'obbligo del datore di lavoro di formare il lavoratore per fargli acquisire le competenze e conoscenze necessarie per svolgere le mansioni di nuova assegnazione.

L'esito finale dell'operazione è quello di un arricchimento del patrimonio del lavoratore realizzato a seguito della sua diversificazione.

È pur vero che l'inadempimento dell'obbligo formativo non comporta la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni, ma l'obbligo formativo rimane tale e l'inottemperanza del datore di lavoro, per omissione o insufficienza della formazione, determina a carico del datore di lavoro tutte le conseguenze del suo inadempimento, a partire da quelle del risarcimento del danno che il lavoratore può chiedere. Si può discutere se sia o meno possibile per il dipendente

sollevare l'eccezione di inadempimento, ma è forse più importante segnalare il collegamento tra l'obbligo formativo e l'ampliamento della sfera di esercizio del potere direttivo.

Si deve aggiungere che l'obbligo formativo contiene in sé anche un limite implicito all'esercizio del potere di variazione delle mansioni del lavoratore.

Perché se le nuove mansioni sono radicalmente diverse rispetto a quelle precedenti a tal punto da non consentire al lavoratore di acquisire le competenze necessarie per svolgerle tramite la formazione che il datore di lavoro gli deve impartire, allora si può, forse, dire che la funzione dell'obbligo formativo segna il limite dello *ius variandi*; perché la mancata acquisizione delle competenze non è imputabile alla negligenza del lavoratore, ma ad una situazione oggettiva.

Il bilanciamento complessivo che così si realizza sembra adeguato a contemperare la tutela della professionalità del lavoratore con un ampliamento della flessibilità organizzativa.

Ciò vale anche per l'ulteriore innovazione contenuta nell'art. 2103, co. 2, c.c. che consente al datore di lavoro di assegnare il dipendente a mansioni inferiori (ma di un solo livello e pur sempre appartenenti alla stessa categoria) "in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore".

In questo caso quando si determina all'interno della organizzazione del lavoro una condizione che incide sull'utilizzazione del lavoratore nelle mansioni precedenti e mette in correlazione le modifiche organizzative insindacabili adottate dal datore di lavoro con l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori, consentendo quella elasticità preclusa dalla norma precedente e che la giurisprudenza si era sforzata in qualche misura di recuperare.

Nel caso in esame il bilanciamento è arricchito dal legislatore che non solo impone la forma scritta dell'atto di assegnazione alle mansioni inferiori a pena di validità, ma garantisce il trattamento retributivo del lavoratore che mantiene quello di cui godeva nello svolgimento delle mansioni superiori precedentemente svolte.

A dire il vero la norma dettata al riguardo non è chiarissima per l'ambiguità del legislatore che afferma il diritto del lavoratore "alla conservazione", da una parte, "del livello di inquadramento" e, dall'altra, "del trattamento retributivo in godimento".

Una formulazione che solleva il dubbio in ordine alla salvaguardia della retribuzione se essa riguarda la misura conseguita, cioè il livello retributivo acquisito o anche la dinamica futura che intervenire, ad esempio, a seguito del rinnovo del contratto collettivo che incrementa la retribuzione tabellare. Infatti quando il legislatore prevede che l'assegnazione a mansioni inferiori lascia invariato il "livello di inquadramento" sembra dare un'indicazione a favore della tesi della tutela retributiva dinamica. Però poi, aggiunge con specifico riferimento al "trattamento retributivo" che la garanzia riguarda quello "in godimento".

5. Conclusioni

Passando al rilievo attribuito all'autonomia individuale si deve osservare che l'art. 2103, co. 6, c.c. *normativizza* quell'orientamento giurisprudenziale che riconosce la legittimità dei patti *in peius* modificativi delle mansioni, una volta qualificati novativi (a mio avviso non del tutto propriamente).

Ormai possiamo, comunque, con sicurezza affermare che questi patti modificativi – conclusi *in sede protetta* (quelle indicate nell'art. 2113, co. 4, c.c.) e nell'interesse del lavoratore – consentono l'assegnazione a mansioni inferiori senza i limiti, invece, previsti per l'esercizio unilaterale del potere di variazione delle mansioni.

Questi patti, com'è noto, hanno avuto un'ampia diffusione, ma quello che sembra più interessante sul piano sistematico è sottolineare la pluralità degli interessi del lavoratore che costituiscono condizione di legittimità del patto. Tra questi interessi oltre "alla conservazione dell'occupazione" ed "all'acquisizione di una diversa professionalità", deve mettersi in evidenza quello al "miglioramento delle condizioni di vita".

È proprio quest'ultimo l'aspetto che appare più interessante, perché il legislatore attribuisce all'occupazione ed alla professionalità lo stesso rilievo riconosciuto alle condizioni personali del lavoratore. Il passaggio dal vecchio art. 13 al *nuovo* art. 2103 c.c., infatti, non riguarda solo il drastico ridimensionamento dell'ultimo comma che continua ad affermare che "ogni patto contrario è nullo", ma anche e piut-

tosto l'apprezzamento per la dimensione individuale degli interessi del lavoratore idonea a legittimare il patto modificativo delle mansioni senza il limite del livello immediatamente inferiore, ma anche della categoria legale o della retribuzione.

Nella disposizione si annida, insieme, il timore per i rischi di utilizzazioni improprie, ma anche l'emergente considerazione del legislatore per gli interessi individuali del lavoratore (indifferentemente tutti quelli che, secondo la sua insindacabile valutazione, possono comportare un miglioramento delle condizioni di vita) spinta a tal punto da comportare una modifica della disciplina legale contenuta in una delle norme, un tempo, più resistenti all'autonomia contrattuale.

Sempre con riferimento all'autonomia contrattuale vorrei accennare, da ultimo, ad un punto specifico della disciplina delle mansioni superiori del co. 7, art. 2103 c.c.

Il legislatore del 2015 sembra ricalcare la disciplina dell'art. 13, ma con due significative variazioni: la prima va nella direzione, ancora una volta, della valorizzazione dell'autonomia collettiva perché il limite massimo di assegnazione temporanea alle mansioni superiori è oramai quello stabilito dai contratti collettivi. La seconda riguarda un punto, meno chiaro, che però potrebbe avere delle notevoli implicazioni.

Infatti l'art. 2103, co. 7, c.c. afferma che l'automatica assegnazione in via definitiva alle mansioni superiori si realizza "salvo diversa volontà del lavoratore".

Si tratta di una formula di non facile interpretazione. Sicuramente il legislatore intendeva proteggere il lavoratore dai casi (assai rari a dire il vero) in cui l'automatismo legale avrebbe potuto comportare conseguenze negative (ad esempio il trasferimento ad altra sede).

Però la norma lascia uno spazio d'incertezza molto ampio, in quanto la salvezza della "diversa volontà del lavoratore" è un'espressione polisensa che rende perfino difficile stabilire se essa configuri una rinuncia del lavoratore al diritto all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori oppure se la norma autorizzi il lavoratore a manifestare la propria volontà per interdire la produzione dell'effetto legale destinato, altrimenti, a prodursi.

Non credo che la formula "salvo diversa volontà" identifichi una rinuncia del lavoratore ad un diritto acquisito, quello di essere assegnato in via definitiva alle mansioni superiori, perché una rinuncia così

configurata sarebbe del tutto incoerente con il sistema. Si tratterebbe, infatti, di una rinuncia che, addirittura, non richiederebbe né la sede protetta (art. 2113, co. 4, c.c.) e neppure la forma scritta.

Sono, invece, portato a ritenere che il legislatore abbia voluto consentire al lavoratore di esercitare l'autonomia individuale per interdire la produzione dell'effetto legale che avrebbe automaticamente comportato l'assegnazione in via definitiva alle mansioni superiori. Quindi l'esercizio di questa facoltà deve avvenire prima del verificarsi dell'effetto legale che causa la maturazione del diritto all'inquadramento superiore; diritto che, come tale, si potrà estinguere, ad esempio, per rinuncia, transazione (art. 2113 c.c.) o prescrizione decennale.

Certamente le implicazioni della ricostruzione ora prospettata non sono di poco conto perché ad essa consegue la piena derogabilità della norma contenuta nell'art. 2103, co. 7, c.c. con una serie di conseguenze che, forse, non erano state considerate dal legislatore, specialmente pensando al momento in cui il lavoratore deve manifestare al datore di lavoro l'intenzione di impedire l'effetto legale della promozione automatica (facendo alcuni esempi: fin dall'assunzione? quando inizia lo svolgimento delle mansioni superiori, come appare probabile? o in prossimità della maturazione del diritto?).

In conclusione sembra debba prendersi atto dell'importanza degli interventi del legislatore che hanno riguardato lo svolgimento del rapporto di lavoro e tra questi, in primo luogo, la disciplina del mutamento di mansioni.

Infatti questi interventi consentono di coltivare all'interno del rapporto di lavoro una flessibilità governata dalla contrattazione collettiva che, in qualche misura, potrebbe concorrere ad arginare quella che è stata definita la *fuga* dal lavoro subordinato a tempo indeterminato.

In questa prospettiva è fondamentale l'apporto della contrattazione collettiva e, non a caso, all'interno del D.lgs., 15 giugno 2015, n. 81 il legislatore ha previsto nell'art. 51 una tecnica generalizzata di rinvio alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello: dal contratto nazionale, al contratto territoriale, al contratto aziendale firmato dalle RSA o dalla RSU o anche dal sindacato di categoria territoriale.

In questo modo il legislatore abilita direttamente qualsiasi fonte collettiva in modo indipendente l'una dall'altra, dando impulso ad una

concorrenza tra i diversi livelli di contrattazione che dovrebbe stimolare la produzione di regole collettive, anche sostitutive di quelle legali, definite a misura della categoria, del territorio o dell'azienda.

Autonomia e subordinazione oggi

*Roberto Pessi**

SOMMARIO: 1. Jobs Act e lavoro autonomo. – 2. La differenziazione delle fattispecie. – 3. Piattaforme ed intermediazione di manodopera. – 4. Jobs Act e paradossi applicativi. – 5. Gli statuti protettivi del lavoro. – 6. Vecchi lavori e nuovi lavori. – 7. Il rischio di marginalità. – 8. La garanzia della dignità dei lavoratori.

1. Jobs Act e lavoro autonomo

Il tema dell'autonomia e della subordinazione acquisisce una pregnante rilevanza nel quadro attuale del diritto del lavoro, essendosi configurati, anche in epoche recenti, un complesso di eventi e processi evolutivi che hanno inciso su tale distinzione.

Sulla tematica ha certamente avuto un peso molto importante il *Jobs Act*, che ha aperto, nella nostra materia, il dibattito tra la c.d. eterodirezione e la c.d. etero-organizzazione, che, al di là delle deroghe legali tipizzate dal D.lgs. n. 81/2015 e di quelle dallo stesso autorizzate alla contrattazione collettiva, ci riporta alla questione dello statuto protettivo del lavoro subordinato e della sua estensibilità al lavoro autonomo.

Peraltro, come sottolineato da Guido Canavesi nel suo intervento, proprio la vicenda Covid ha evidenziato la sostanziale debolezza del lavoro autonomo e quindi la necessità di tutelarlo, seppur sotto altre forme. Sul punto, occorre ricordare l'intervento oggetto della l. n. 81 del 2017, in cui il legislatore pare fare proprio il rischio che il *free lance* sia esposto all'imposizione di clausole abusive da parte del committente, soprattutto nelle ipotesi di monocommittenza.

* Professore ordinario di diritto del lavoro, LUISS Guido Carli.

2. La differenziazione delle fattispecie

Il tema di maggiore interesse, mi pare però quello della differenziazione delle fattispecie, la cui evoluzione è stata condizionata da alcune novità organizzative ed operative delle imprese; su tutte il lavoro su piattaforma, che è stato oggetto di un dibattito vivacissimo da parte della nostra dottrina, soprattutto con riferimento a due fenomeni, quello di Uber e, ancor di più, quello dei *riders*, che ha trovato recentemente un ulteriore elemento di rilancio con il contratto collettivo – pirata o non pirata, qui ci sono ovviamente opinioni diverse – che è stato firmato a metà settembre dall’UGL e che ha disciplinato in qualche misura questa figura, riprendendo e riarticlando la giurisprudenza consolidatasi sino all’intervento (chiarificatore?) della Cassazione.

3. Piattaforme ed intermediazione di manodopera

Il tema è significativo sotto il profilo delle tutele perché, anche attraverso la mediazione della piattaforma, si rischiano di avere fenomeni, seppur indotti, di vero e proprio caporalato, tant’è vero che è stata aperta un’indagine e disposta l’amministrazione giudiziaria *in parte qua* di Uber Eats e, addirittura, ci troviamo di fronte a fattispecie in cui l’aver conquistato una certa fascia oraria di svolgimento del servizio particolarmente vantaggiosa ha consentito a alcuni *rider* di “affittare” la fascia conseguita ad un *sub-rider*, operando quindi una sorta di doppia intermediazione di manodopera, con effetti stravolgenti sul piano della tutela della dignità della persona.

Ciò evoca fenomeni risalenti che avevamo già conosciuto, come l’“affitto” del tesserino delle compagnie portuali: il relativo socio aveva diritto a scaricare le merci dalle navi, ma non le scaricava direttamente, affittando invece il tesserino ad un altro soggetto che di fatto lavorava al posto del socio, ma percependo solo una limitata quota del compenso correlato alle prestazioni rese, perché la gran parte andava al socio della compagnia che si era limitato ad “affittare” il tesserino.

4. Jobs Act e paradossi applicativi

È indubbiamente un quadro di riferimento complesso, sicuramente accentuato dalla pandemia, perché il problema del distanziamento sociale e dei continui *lockdown* ha determinato un utilizzo esasperato di lavoratori su piattaforma rispetto a questo quadro, può sembrare che i normali capisaldi di riferimento – autonomia e subordinazione – pur persistendo e pur essendo ovviamente accentuati dal passaggio, almeno sul piano fattuale, dall'eterodirezione all'eteroorganizzazione, possano creare imbarazzi e difficoltà applicative.

Pur avendo scritto *ab initio* e quindi concordato con Adalberto Perulli e con quanti sostengono che, in realtà, l'art. 2, co. 1, del D.lgs n. 81/2015 enuclei una norma che non è di definizione di una nuova fattispecie, ma di pura e semplice individuazione della normativa applicabile, andando oltre la ricostruzione dottrinale, il risultato (fatto proprio dalla stessa Corte di cassazione) è che il lavoratore eteroorganizzato si vede applicato lo statuto protettivo del lavoro subordinato, anche se di fatto il giudice ritiene che, in termini qualificatori, si tratti di un lavoratore afferente all'area dell'autonomia.

E se si arriva alla traslazione piena dello statuto protettivo – e sul punto ritengo che la Corte di cassazione sia rimasta ancora alquanto incerta nella definizione degli effetti di tale traslazione – si dovrebbe immaginare estesa ai *riders* l'applicazione della normativa sui licenziamenti individuali e sui licenziamenti collettivi, con tutte le conseguenze del caso non solo con riferimento alle ipotesi di reazioni all'inadempimento dell'interessato, ma anche relativamente al recesso per motivi oggettivi e, tenendo in considerazione, anche in questo caso, le connotazioni particolari di questa fase pandemica, al tema del blocco dei licenziamenti che automaticamente potrebbe interessare gli stessi *riders*.

Proprio sul punto, peraltro, l'accordo collettivo concluso dalla sola UGL cerca di introdurre un regime derogatorio, costruendo uno statuto protettivo più ridotto, che tenta di intercettare un fenomeno del quale rimane ancor oggi innegabile la difficoltà di inquadramento sul piano qualificatorio.

5. Gli statuti protettivi del lavoro

Operata questa premessa sul quadro di riferimento e sull'attualità delle criticità messe in luce, io credo che il problema del diritto del lavoro oggi sia quello di cominciare a ragionare sulla possibilità di recuperare le proposte di Tiziano Treu e Giuliano Amato, nonché quella di Marco Biagi sullo statuto protettivo del lavoro. E ciò perché proprio oggi torna centrale l'utilizzo delle fattispecie minime unitarie di lavoro autonomo e di lavoro subordinato, nell'ambito delle quali insistono tanti lavori: alcuni hanno molta subordinazione, altri meno subordinazione e si toccano quasi con l'autonomia; in quest'ultima area, c'è il lavoro autonomo economicamente debole, il lavoro autonomo a monocommittenza, quello libero professionale e così via.

Tutto questo ha bisogno di statuti protettivi che in qualche modo si diversifichino ma nello stesso tempo riescano a garantire la dignità della persona umana. Ma questo è un tema molto delicato, perché è evidente che siamo in un contesto in cui il dibattito dottrinale si spinge spesso verso direzioni diverse, in coerenza con un lavoro che effettivamente, nelle sue modalità concrete di realizzazione, ha visto dei cambiamenti, con una certa accentuazione del tema della collaborazione rispetto all'esercizio del potere direttivo e della rilevanza del lavoro per obiettivi ed *in team*.

Un lavoro diverso, quindi, in cui si inserisce bene anche lo *smart working*, che non è quello della pandemia – che di fatto si configura come un forzato lavoro da remoto, correlato alla modifica dell'istituto derivante dalla situazione emergenziale – anteriormente alla quale, lo si ricorda, lo stesso era ammissibile solo sulla base di un accordo *ad hoc*, esprimendo un fenomeno di flessibilizzazione della prestazione lavorativa quanto alla sua localizzazione, ma ben dimensionata in termini temporali di utilizzo; tanto è vero che non si pensava a uno *smart working* cinque giorni su cinque, ma collocato in uno o due giorni a settimana in vista di finalità specifiche, anche coerenti con il tema della compatibilità vita-lavoro.

Nella logica dello *smart working* vero, l'idea è che lo stesso occorra in determinati ambiti temporali, ma che nel rimanente tempo il lavoratore viva nella comunità aziendale e nei rapporti (umani) con i colleghi di lavoro e con i relativi superiori.

È un po' quello che stiamo cercando di fare in tutte le università italiane, in parte in presenza, in parte da remoto, per consentire, in particolare alle matricole, di diventare collettività, un po' come ai tempi di Bartolo da Sassoferrato, quando è nata l'Università di Macerata, con un'idea di *studium iuris* che fa dell'ateneo che ci ospita una delle poche università al mondo che mantiene la sua dimensione di *campus*, un *campus* che è la città.

6. Vecchi lavori e nuovi lavori

Ciò che, però, nelle ricostruzioni dottrinali è stato molto spesso trascurato è che, in realtà, a fianco del lavoro nuovo, del lavoro dell'era digitale, permangono tutta una serie di lavori che sono rimasti del tutto tradizionali e forse lo resteranno sempre. Pensiamo al turismo, al settore alberghiero, alla ristorazione, al bar. È molto difficile immaginare che ci possa essere un *robot* che sostituisca la figura del barista, con la carica di empatia e di intelligenza sociale che ordinariamente è propria di tali lavoratori; e si ritiene che lo stesso valga per quasi tutte le figure operanti nell'ambito dell'accoglienza e della ristorazione. Al contempo, nel lavoro di cura delle persone, come per le collaboratrici domestiche e le badanti, l'elemento umano rimane fondamentale e la prestazione lavorativa è, di fatto, la stessa di quella di centinaia di anni fa.

Quindi convivono lavori diversi con modalità diverse, lavori che mantengono la subordinazione tradizionale, che in alcuni casi vivono dell'*intuitu personae* e che hanno un carattere un po' ripetitivo, non nel senso negativo della catena di montaggio di Charlie Chaplin, ma nel senso che comunque la prestazione viene resa sempre allo stesso modo: si pensi al cameriere o alla cameriera dell'albergo che farà sempre le pulizie delle stanze con la stessa logica, con la stessa ripetitività che avviene tante volte a casa propria.

Insieme a questo, però, c'è un lavoro del tutto nuovo: quello dell'era digitale, in cui la creatività del singolo e la capacità di lavorare sullo strumento digitale è fondamentale, dove il *coding* è un elemento addirittura qualificante per la collocazione sul mercato del lavoro. Quindi tutta un'altra area che indubbiamente si fa molto più complessa, anche, e soprattutto, in termini qualificatori.

Lo stesso lavoro nell'industria cambia la sua dimensione qualitativa e quantitativa, ma è anche vero che tutto questo è una continuazione, in questo caso con una qualche accelerazione, di un processo che c'è sempre stato, ma che noi viviamo come un'assoluta novità perché l'era digitale ha cambiato integralmente le nostre vite, nel nostro dimensionarsi continuamente online e sui *social*, nel nostro conoscere, nel nostro capire.

7. Il rischio di marginalità

Al di là di ciò che vediamo sui *social*, però, la criticità che si ripropone in termini di dignità del lavoro, spesso, è la stessa: non vedo molta differenza tra il problema del caporalato nella Puglia di Di Vittorio degli anni '40 e '50 dove lui ha formato se stesso e dove ha iniziato la grande battaglia per cercare di proteggere i salariati agricoli e quello odierno. Non la vedo neanche adesso perché quel caporalato ancora c'è, perché è ancora presente il lavoro sommerso, perché abbiamo migranti che fanno la raccolta dei pomodori e delle olive esattamente nelle stesse condizioni in cui la facevano i braccianti pugliesi che Di Vittorio difendeva come segretario generale della CGIL o, ancor prima, come semplice rappresentante sindacale nella Capitanata.

Ora, mi sembra che proprio su questo debba concentrarsi la nostra attenzione, cioè sulla circostanza che in un mondo che cambia sono rimasti i medesimi problemi del passato, che abbiamo spesso (e purtroppo) affrontato con le grida manzoniane, proprio come nel caso del caporalato, con una legislazione (giustamente) iper-punitiva, ma quasi mai concretamente applicata.

8. La garanzia della dignità dei lavoratori

Ed ecco quindi, tornando alle tematiche qualificatorie, che sia evidente come la nostra percezione sia a volte accentuata dall'intervento del *Jobs Act* riferito all'etero-organizzazione e allo statuto protettivo, quando, in realtà, quell'intervento di per sé non è sufficiente, perché bisogna immaginare una riarticolazione delle protezioni a tutti gli am-

biti, con un dimensionamento che sia coerente rispetto ai diversi livelli di subordinazione e ai diversi livelli di debolezza contrattuale, anche laddove interviene l'autonomia.

Dovremmo quindi rimeditare il tema degli statuti protettivi, cercando di immaginare quell'idea che aveva Marco Biagi, certamente complessa, difficile da realizzare, molto articolata, ma che vuole dire in buona sostanza che non possiamo utilizzare il diritto del lavoro solo con la logica dell'estensione dello statuto centrale, quello per il lavoro subordinato nelle imprese con più di 15 dipendenti; dobbiamo immaginare di riarticolarlo, riflessibilizzarlo e ridare a tutto una sua dimensione.

In tale prospettiva, gli statuti protettivi si collegano tra di loro in una sorta di *continuum* positivo, avendo sempre chiaro che il compito del diritto del lavoro, al di là della regolazione del mercato, è quello di tutelare la persona e la sua dignità.

E credo che sia quello che pensasse costantemente Giuliana, non solo come giurista, ma anche nelle sue opere di volontariato.

Ridiamo dignità al lavoro ed effettività della relativa disciplina protettiva in tutte le sue dimensioni, in un momento in cui la normativa di riferimento è troppo frammentata e non può essere sufficiente il ricorso ad una iniziative giudiziarie (che per loro natura, offrono interpretazioni delle regole, ma non regole stabili) mirando così a realizzare l'esigenza messa in luce da Papa Francesco nell'enciclica "Fratelli tutti": quella di tutelare gli ultimi, in un mondo in cui, purtroppo, si è perso il valore della solidarietà.

I cinquanta anni dello Statuto dei lavoratori (1970-2020)

*Franco Carinci**

SOMMARIO: Premessa. – 1. L’anticipazione dello Statuto dei lavoratori. – 2. La congiuntura sociale e politica che ne facilita la nascita. – 3. L’anima “costituzionale”: i Titoli I e II. – 4. L’anima promozionale: i Titoli III e IV. – 5. Il Titolo VI. – 6. La filosofia dello Statuto dei lavoratori. – 7. Dopo lo Statuto dei lavoratori: la svolta al cambio del millennio. – 8. La flexicurity nella versione italiana: dalla legge Biagi alla legge Fornero. – 9. *Segue*: il Jobs Act del governo Renzi. – 10. La legislazione dell’ultima legislatura: dal governo giallo-verde (5 Stelle/Lega) al governo giallo-rosso (5 Stelle/Pd). – 11. Politica e sindacato. – 12. Conclusione.

Premessa

Ho aderito con piacere alla proposta di partecipare ad una iniziativa in memoria della professoressa Ciocca, che ho avuto la fortuna di conoscere, come allieva della professoressa Olivelli, prima e dopo la meritevole conquista della cattedra, apprezzandone sia il rigore scientifico sia il carattere aperto ed equilibrato. Mi sia permesso accennare qui all’ultimo ricordo personale, quello costituito dal funerale, cui mi sentii in dovere di essere presente, ricavandone una forte impressione, non solo per la folta partecipazione, ma per la profonda commozione diffusa nel riconoscere nella persona defunta la testimone di una umanità vissuta fino in fondo, alla luce di una fede coltivata nel quotidiano operare.

* Professore ordinario di diritto del lavoro, *Alma Mater Studiorum* Università di Bologna.

1. L'anticipazione dello Statuto dei lavoratori

La fine della dittatura fascista, travolta dalla sconfitta, comportò al tempo stesso la fine della bardatura corporativa, costruita sulla corporazione, come struttura partecipata dalle associazioni sindacali contrapposte dei datori e dei lavoratori, persone giuridiche pubbliche dotate di rappresentanza esclusiva; sulla contrattazione con efficacia *erga omnes*; sulla repressione penale di qualsiasi forma di autotutela, serrata e sciopero; sulla magistratura del lavoro. Nella perdurante mancata attuazione della Carta costituzionale del 1948, con riguardo sia al fenomeno sindacale (artt. 39 e 40 Cost.) che al rapporto di lavoro individuale (art. 36 ss. Cost.) furono la dottrina e la giurisprudenza a dare forma al nuovo diritto del lavoro, da un lato, inquadrando entro categorie civilistiche il sindacato (associazione non riconosciuta), il contratto collettivo (contratto collettivo di diritto comune), lo sciopero (diritto potestativo, condizionato e limitato quanto ai soggetti, ai modi, agli scopi); dall'altro, ripulendo il libro V, Titolo Secondo, Sezione Seconda (Dei collaboratori dell'imprenditore, art. 2094 ss.) del Codice civile del 1942 dalle incrostazioni corporative.

A cavallo fra i decenni '50 e '60, ci fu sì una legislazione, figlia delle risultanze di una apposita Commissione parlamentare sulle condizioni dei lavoratori, con cui si cercava di ovviare alle situazioni più critiche, ma trattavasi di una normativa di protezione delle situazioni più esposte, con a far da apripista la l. n. 741/1959, c.d. Vigorelli, sul recepimento in decreti dei minimi di trattamento economico e normativo previsti dai contratti collettivi di diritto comune stipulati negli anni del dopo-guerra. C'era da scontare la diversa politica della Confederazione generale italiana del lavoro (Cgil), collegata al Partito comunista italiano (Pci) e della Confederazione italiana sindacati lavoratori (Cisl), correlata alla Democrazia cristiana (Dc): di massima favorevole la Cgil e contraria la Cisl all'intervento della legge, a cominciare da quella attuativa dell'art. 39, co. 2 e ss. Cost. La divergenza emerse con riguardo alla l. n.

604/1966, che recepiva l'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali, ma senza compromettere il varo della legge, destinata a segnare una netta discontinuità, dato che da lì a quattro anni avrebbe visto la luce la l. n. 300/1970, nota come Statuto dei lavoratori.

Già al Congresso nazionale della Cgil del 1952, il suo segretario generale, Giuseppe Di Vittorio, aveva presentato la proposta di uno Statuto dei lavoratori, affidandola all'intesa fra le tre Confederazioni, Cgil, Cisl e l'Unione italiana lavoratori (Uil), espressione dei partiti laici; e, in mancanza di intesa, ad una iniziativa legislativa. Il clima allora esistente nel Paese riproduceva quello internazionale di una divisione del mondo in due blocchi, egemonizzati dagli Usa e dall'Urss, in quella passata alla storia come "guerra fredda". L'Italia, ricompresa nella sfera di influenza degli Usa, era impegnata nella ricostruzione post-bellica, sotto la guida della Dc, uscita largamente vincente dalle elezioni politiche del 1948; mentre il Pci, del tutto allineato a Mosca, era impegnato in una opposizione orientata soprattutto su una politica estera anti-americana (piano Marshall, Nato), con la completa adesione della Cgil in una costante mobilitazione ideologizzata, con scarsa attenzione alla evoluzione in essere nei luoghi di lavoro.

Nei luoghi di lavoro con organici superiori a certi limiti, la presenza sindacale era assicurata dalla Commissione interna (Ci), organo intersindacale eletto dalla totalità dei lavoratori sulla base di liste, con competenze limitate, di proposta e di controllo della osservanza della normativa legale e collettiva. Ma, nonostante la chiara indicazione della Costituzione del 1948 a favore delle libertà fondamentali del cittadino e delle tutele del lavoratore, era in corso una repressione assai dura dei militanti di sinistra, Pci e Cgil, a fronte di condizioni di lavoro rese estreme da una classe padronale cui la politica economica governativa lasciava una completa autonomia. La proposta di Di Vittorio partiva proprio da questo contesto, puntando a garantire con un patto intersindacale o addirittura con un intervento legislativo, un nucleo di diritti di libertà ricono-

sciuti dal testo costituzionale del 1948, anche all'interno dei cancelli della fabbrica, se pur compatibilmente con le mansioni assegnate.

Era una proposta anticipatoria, che non poteva trovare riscontro, data la situazione politica e sindacale in atto, caratterizzata da una contrapposizione antagonista in Parlamento e nel Paese, sì da restare coltivata da una componente della dottrina, stretta intorno alla Rivista giuridica del lavoro, vicina alla Cgil: questa avrebbe costituito l'“anima costituzionale” del futuro Statuto dei lavoratori. La differenza fra Cgil e Cisl non era solo di schieramento di campo, antigovernativa e governativa, entrambe con proprie delegazioni parlamentari, ma era ancor prima di modo di concepire il fenomeno sindacale, in conformità alla dottrina marxista e, rispettivamente, alla dottrina sociale economica. La Cgil si proponeva di dar voce all'intera classe lavorativa, in vista di una modifica del modello di sviluppo in senso socialista; la Cisl, invece, si prospettava di rappresentare proprio la sua base di iscritti, in ragione di una correzione di tale modello in senso riformista. Di conseguenza, la prima privilegiava la mobilitazione generale su grandi obiettivi, da raggiungere per legge; la seconda l'azione sindacale in vista di miglioramenti dei trattamenti economici e normativi da realizzate tramite la contrattazione collettiva. D'altronde la diversa attitudine rispetto alla legge risaltava già con riguardo all'attuazione della procedura dell'art. 39, co. 2 ss. della Costituzione, circa l'estensione *erga omnes* della contrattazione collettiva di categoria, che avrebbe finito per consegnare la decisione ultima proprio alla Cgil, allora maggioritaria rispetto alla stessa somma di Cisl e Uil; ma era destinata a trovare conferma con riguardo alla l. n. 604/1966, sulla ricezione dell'accordo interconfederale sui licenziamenti individuali.

Solo che proprio nell'orbita della Cisl, un giovane giurista, Gino Giugni, che aveva avuto modo di studiare il sindacalismo americano, si fece paladino dell'idea di una presenza sindacale nei luoghi di lavoro, che andasse oltre la Ci, assicurandola e garantendola

per legge: questa, a sua volta, avrebbe rappresentato l'“anima promozionale” dello Statuto dei lavoratori.

2. La congiuntura sociale e politica che ne facilita la nascita

Le basi dello Statuto dei lavoratori erano già poste, ma per essere riunite in unica legge abbisognavano di una particolare congiuntura sociale e politica, quale ebbe a presentarsi alla fine del decennio '60. Da un lato, ci fu una larga mobilitazione che nacque nelle università sulla spinta del maggio francese del '68, come contestazione della trasmissione autoritaria di una scienza considerata a priori del tutto neutra; e che, poi, contaminò la classe operaia delle grandi fabbriche del Nord, come contrapposizione alla rigida organizzazione fordista, destinata a caratterizzare l'intero biennio '68-69, fino a culminare nell'“autunno caldo” del '69, in coincidenza con i rinnovi dei contratti collettivi di categoria Dall'altro, ci fu il varo di un governo di centro-sinistra, formato dalla Dc e da Psi, da tempo del tutto autonomo dal Pci, con a Ministro del Lavoro il socialista Giacomo Brodolini, che, appena insediato, si fece carico di nominare Giugni a capo di una Commissione, incaricata di stendere un disegno di legge da presentare al Parlamento.

Approvato dal Consiglio dei Ministri il 20 giugno '69, il disegno di legge governativo venne depositato al Senato della Repubblica, dando così inizio ad un cammino parlamentare che avrebbe richiesto circa un anno, nel susseguirsi di diversi governi di centro-sinistra, con a sostituire Brodolini, morto poco dopo il deposito, il democristiano Carlo Donat Cattin, altrettanto deciso a portarlo in porto. Sottoposto all'esame della Commissione lavoro del Senato, ne uscì significativamente integrato, più ricco ed incisivo, sotto l'influsso dei rinnovi contrattuali in atto, con a *leader* quello dei metalmeccanici, decisamente innovativo rispetto al passato; per, poi, essere portato in aula dove fu oggetto di un ulteriore aggiornamento e approvato dalla maggioranza Dc e Psi, con l'astensione

del Pci. Una volta trasmesso alla Camera, vi ebbe un percorso assai agevole, per la posizione assunta dalla stessa maggioranza di accellerarne la trasformazione in legge, sì da opporsi a qualsiasi integrazione o correzione, che ne avrebbe comportato il rinvio al Senato, sì da essere trasformato nella l. n. 300/1970, nota come Statuto dei lavoratori. Dando per nota la distinzione fra “anima costituzionale” e “anima promozionale”, si può dire che la prima sia espressa dai Titoli I (“Della libertà e dignità del lavoratore”) e II (“Della libertà sindacale”); mentre la seconda dai Titoli III (“Dell’attività sindacale”) e IV (“Disposizioni varie e generali”), con l’aggiunta di un Titolo V (“Norme sul collocamento”) e la chiusura di un Titolo VI (“Disposizioni finali e penali”).

3. L’anima “costituzionale”: i Titoli I e II

La caratteristica dei Titoli I e II è quella di far seguire alla proclamazione di diritti ai lavoratori *uti singuli*, la individuazione di comportamenti datoriali che potrebbero lederli, con le opportune sanzioni. Così il Titolo I si apre con il riconoscimento della libertà di opinione, cui fa seguito una serie di articoli che riguardano il ricorso a guardie giurate, il personale di vigilanza, gli impianti audiovisivi, lo svolgimento degli accertamenti sanitari e delle visite personali di controllo, l’esercizio del potere disciplinare, il divieto di indagini sulle opinioni, la tutela della salute e dell’integrità fisica, il diritto a facilitazioni per i lavoratori studenti, lo *ius variandi* e il trasferimento. A sua volta, il Titolo II prende avvio dal riconoscimento del diritto di associazione e attività sindacale, cui fa compagnia una sequenza di disposti, che considerano nulli gli atti e i patti diretti a subordinare l’assunzione all’adesione, non adesione, cessazione di appartenenza ad una associazione sindacale o a licenziare, discriminare nell’assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari o altrimenti a causa dell’affiliazione o dell’attività sindacale nonché della partecipazio-

ne ad uno sciopero; vietano la concessione di trattamenti economici collettivi discriminatori, come tipicamente quelli riconosciuti per la non partecipazione ad uno sciopero, bandiscono la costituzione e promozione di sindacati di comodo, conosciuti come “gialli”.

A chiusura c'è l'articolo 18, che non a torto è stato assunto come quello portante dell'intera anima costituzionale, per il fatto di introdurre la c.d. tutela reale, cioè basata sulla reintegra del lavoratore in caso di licenziamento individuale inefficace perché fatto oralmente, nullo perché discriminatorio, annullabile perché privo di giusta causa o di giustificato motivo disciplinare o economico. Il che non senza una doppia limitazione qualitativa e quantitativa. Da un lato, la reintegra non era attuabile in forma specifica, cioè con la riammissione forzata del lavoratore, per l'impossibilità di ottenere *ex lege* la cooperazione del datore, sì da risolversi in una conservazione formale del rapporto, con conseguente diritto alla retribuzione anche in assenza della prestazione. Dall'altro, era condizionata da soglie minime di organico, più di quindici dipendenti per singola unità produttiva, cioè una entità o parte di essa dotata di autonomia organizzativa e operativa, o complessivamente per più unità produttive operanti nello stesso Comune.

Era del tutto evidente che il rischio di un licenziamento individuale illegittimo, lasciato ai sensi della l. n. 604/1966 alla c.d. tutela obbligatoria, cioè alla estinzione del rapporto, con la sola attribuzione di una indennità risarcitoria, avrebbe dissuaso il lavoratore, pur leso in qualche suo diritto, dal farlo valere di fronte al giudice, per non esporsi alla perdita del posto in un mercato del lavoro poco dinamico specie nel meridione.

4. L'anima promozionale: i Titoli III e IV

Non c'è dubbio che il blocco dello Statuto dei lavoratori più innovativo, tanto da essere preso a modello anche all'estero, sia quello costituito dal Titolo III e in minor misura dal Titolo IV, do-

ve trova espressione la politica promozionale. Il Titolo III inizia con un articolo che ne costituisce il punto di riferimento, relativo com'è alla costituzione delle Rappresentanze sindacali aziendali (Rsa) nelle unità produttive, su "iniziativa dei lavoratori", ma pur sempre "nell'ambito" di associazioni particolarmente qualificate, con un mix di intervento spontaneo e di controllo sindacale. La chiave della promozione era necessariamente selettiva, per rispondere alla finalità di una gestione responsabile dell'azione rivendicativa e conflittuale, sì da individuare le associazioni nel cui ambito potevano essere costituite le Rsa: in prima battuta, quelle aderenti alle Confederazioni maggiormente rappresentative, espressione fatta a misura di Cgil, Cisl, Uil, ma formalmente neutra e come tale rimessa alla giurisprudenza, che ne ha dato una lettura estensiva, depotenziandone la selettività; in seconda battuta, le associazioni sindacali non affiliate a tali Confederazioni, pur che firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicati nelle unità produttive di riferimento, formula inserita per tener conto di sindacalismo autonomo particolarmente forte, tanto da essere riconosciuto dalla contrapposta associazione datoriale come controparte contrattuale, con riguardo a certe categorie o aree territoriali.

La dote riconosciuta alle Rsa per operare nelle unità produttive appare assai consistente: possono convocare disgiuntamente assemblee dei lavoratori fuori dell'orario di lavoro o durante l'orario di lavoro per dieci ore annue retribuite per ciascun lavoratore, nonché indire congiuntamente referendum; godono di permessi retribuiti e non retribuiti; usufruiscono di diritti di affissione e di disponibilità di locali; vedono protetti i loro dirigenti, che non possono essere trasferiti da una unità produttiva ad un'altra senza il previo nulla-osta delle associazioni sindacali di appartenenza, nonché sono in grado di ottenere nel corso dell'intero procedimento giudiziale promosso contro il loro licenziamento, unitamente all'associazione di appartenenza, una ordinanza di reintegra, quando risultino "irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro".

Non manca, però, un articolo di più ampio respiro, con riguardo ai diritti dei lavoratori *uti singuli* esercitabili all'interno dei luoghi di lavoro per le loro organizzazioni sindacali. Saldandosi con quello che apre il Titolo II, sul riconoscimento del diritto di associazione e attività sindacale a tutti i lavoratori, l'art. 26 attribuisce a costoro il diritto di raccogliere contributi e svolgere opera di proselitismo, peraltro "senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale"; nonché il diritto di rilasciare delega ai rispettivi datori di lavoro per la trattenuta dei contributi sindacali sulle retribuzioni e sulle prestazioni erogate per conto degli enti previdenziali.

C'è una indubbia continuità fra i Titoli III e IV, esplicita con riguardo all'incentivazione alla fusione delle Rsa, per cui la rappresentanza risultante gode della somma dei diritti sindacali spettanti alle singole Rsa, sì da favorire la transizione ad una Rappresentanza sindacale unitaria (Rsu); nonché la previsione di permessi retribuiti per i dirigenti degli organismi direttivi, nazionali e provinciali, delle associazioni sindacali nazionali legittimate a costituire Rsa. Ma, con una apertura che va oltre tali associazioni sindacali, sì da riguardarle tutte a prescindere dall'essere destinatarie della promozione selettiva di cui al Titolo III, c'è la previsione di aspettative non retribuite per i dirigenti sindacali provinciali e nazionali; mentre è applicabile a tutti i lavoratori chiamati a funzioni pubbliche elettive la disposizione relativa alla concessione di aspettative non retribuite e di permessi retribuiti.

In questa logica di apertura si colloca anche l'articolo 28 che, all'inizio del Titolo IV, vero e proprio braccio armato dello Statuto, introduce il ricorso urgente al giudice da parte "degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse", contro "comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale, nonché del diritto di sciopero". Come si vede, i soggetti legittimati sono gli organismi locali (territoriali, non aziendali come le Rsu e le Rsa) delle associazioni sindacali nazionali (tutte, non solo quelle legittimate a costi-

tuire Rsa, pur che siano effettive); mentre, a loro volta, i comportamenti vietati hanno trovato una interpretazione giurisprudenziale assai ampia, estesi ad atti illeciti non contemplati dallo Statuto o addirittura ad atti leciti, ma con una prevalente carica antisindacale. Il giudice adito, con procedimento sommario, ordina al datore di lavoro che ha tenuto il comportamento sanzionato “con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento e la rimozione degli effetti”. Il datore può fare opposizione al decreto, ma nel frattempo lo deve osservare, esponendosi altrimenti alla sanzione penale prevista dall’art. 650 c.p.

5. Il Titolo VI

Restano da menzionare due articoli del Titolo VI, che porta la rubrica anodina di “Disposizioni finali e penali”. Il primo attiene al campo di applicazione, che sia per l’art. 18, sulla reintegra del lavoratore licenziato ingiustamente, sia per il Titolo III, prevede un organico minimo di più di quindici dipendenti per la singola unità produttiva o complessivamente per più unità produttive dislocate nello stesso Comune, minimo, questo, abbassato per l’agricoltura.

A seguire c’è l’articolo che cerca di supplire alla carenza di attuazione dell’art. 39, co. 2 ss. della Costituzione, sulla procedura necessaria per attribuire alla contrattazione collettiva una efficacia *erga omnes*, col prevedere l’inserzione obbligatoria, nei provvedimenti di concessione di benefici accordati dallo Stato e negli appalti di opere pubbliche, di una clausola che vincola i beneficiari e gli appaltatori ad “applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro e della zona”, espressione quest’ultima alquanto generica, in quanto riferibile a contratti siglati da qualsiasi associazione sindacale. Da qui, peraltro, l’inizio di un filone legislativo e contrattuale di clausole sociali di prima (obbligo di osser-

vanza dei contratti collettivi) e di seconda generazione (obbligo di conservazione dell'occupazione esistente).

6. La filosofia dello Statuto dei lavoratori

Volendo riprendere quella che può considerarsi la filosofia dello Statuto dei lavoratori, così com'era già espressa nel disegno di legge predisposto dalla Commissione Giugni, la linea portante era costituita dalla stretta interconnessione fra l'anima costituzionale e l'anima promozionale, per cui la proclamazione dei diritti dei singoli lavoratori, pur debitamente garantiti, non poteva essere rimessa alla sola tutela giudiziaria, difficilmente attivabile in pendenza dei relativi rapporti subordinati, sì da risultare di fatto praticata solo in sede di contestazione giudiziaria dei licenziamenti individuali; ma doveva essere affidata principalmente alla tutela assicurata dalla presenza delle Rsa.

È una totale apertura di credito a quella autonomia collettiva che si era realizzata col ricorso alle categorie privatistiche dell'associazione non riconosciuta e della contrattazione collettiva di diritto comune, dando vita ad una realtà di fatto, che, ricondotta sotto l'art. 39, co. 1 Cost., sulla libertà di organizzazione sindacale, si discosta nettamente dallo stesso art. 39, co. 2 ss. Cost., sulla procedura di attribuzione alla contrattazione collettiva categoriale dell'efficacia *erga omnes*. Invero lo Statuto si limita a prevedere la presenza e l'azione delle Rsa nelle unità produttive, dando per scontata la presenza di associazioni sindacali legittimate a costituirle in base alla loro rappresentatività, ma non riconosciute o regolate in alcun modo; come, altresì, si limita a contemplare una forma di incentivazione della contrattazione collettiva, dando per presupposta la sua esistenza peraltro priva di qualsiasi efficacia *ultra partes*.

Se pur al tempo era in atto la nascita di Consigli di fabbrica, composti dai delegati di reparti o di gruppi omogenei per le condi-

zioni di lavoro, veri e propri precursori delle Rsu, lo Statuto non poteva prescindere dal pluralismo sindacale in essere, quale rappresentato per antonomasia da Cgil, Cisl, Uil. Sì che incardina le Rsa, cioè le sezioni sindacali costituite anzitutto dagli iscritti alle associazioni aderenti alle tre grandi Confederazioni, senza peraltro imporle come tali, tanto da incentivarne la fusione per dar vita a Rsu, titolari dei diritti spettanti complessivamente alle stesse Rsa.

Solo che per capire l'astensione del Pci, si deve dar conto che fu motivata anche con il limite minimo di organico di quindici dipendenti previsto per l'applicazione della reintegra, ritenuto tale da lasciar fuori tutto l'universo delle piccole imprese; ma, soprattutto, col fatto di limitare la presenza e l'azione nelle unità produttive solo alle associazioni sindacali, se pur sempre con riguardo alle materie sindacali o del lavoro, senza tener conto delle formazioni politiche. A quel tempo la base privilegiata del Pci, conformemente alla sua ideologia, era quella costituita dalla classe operaia, che così sarebbe stata intermediata nei luoghi di lavoro da una Cgil sempre più autonoma, tanto da appoggiare convintamente l'adozione dello Statuto dei lavoratori.

7. Dopo lo Statuto dei lavoratori: la svolta al cambio del millennio

Non vi è nessuna pretesa, qui, di fornire una storia, anche solo per grandi linee, dell'evoluzione del diritto del lavoro nel corso del cinquantennio aperto dal varo della l. n. 300/1970, troppo ricca ed articolata per non richiedere una ampia digressione; ma solo l'intenzione di delineare la scena di fondo su cui si collocano le modifiche successive all'emanazione dello Statuto. Non senza, però, dare atto della successiva legge sulle controversie individuali di lavoro (l. n. 533/1973), che ha varato un rito speciale, segnato da una celerità dovuta alla introduzione di rigide preclusioni ed una conduzione del processo ispirata all'oralità, immediatezza e con-

centrazione. Tale legge risulterà funzionale ad una magistratura del lavoro, giovane e motivata, portata ad una interpretazione dello Statuto in chiave costituzionale, anche a rischio di forzature ideologiche, la quale ne darà una lettura decisamente *pro-labour*.

Si può saltare ora all'ultima decade del secolo scorso che segna la massima espansione della filosofia statutaria, sotto l'influenza della *hard law* comunitaria: la crisi di Tangentopoli, che segna la fine dei vecchi partiti (Dc e Psi), la nascita di nuovi partiti (Forza Italia di Berlusconi; la Lega di Bossi, oggi di Salvini; il Pci rifondato, prima come Pds poi come Ds e infine come Pd; e più tardi Fratelli d'Italia e Movimento 5Stelle), la transizione dalla prima alla c.d. seconda Repubblica, in virtù dell'adozione di una legge maggioritaria. Sul piano del rapporto individuale del lavoro ne costituiscono una diretta emanazione la l. n. 108/1990 sui licenziamenti individuali, che rende applicabile l'art. 18 anche ai datori che impieghino complessivamente più di sessanta lavoratori, nonché riconosce a quelli che si vedano concessa dal giudice la reintegra di scegliere in alternativa quindici mensilità di stipendio; e la l. n. 223/1991 sui licenziamenti collettivi, che distingue fra quelli per "messa in mobilità" e quelli "per riduzione del personale", con propri requisiti numerici e causali e propri procedimenti. Mentre risentono comunque del clima statutario tutta una serie di leggi antidiscriminatorie, a cominciare da l. n. 125/1991, sulle azioni positive e le pari opportunità fra lavoratori e lavoratrici. A far da *pendant* è il rigoglioso sviluppo del ruolo del sindacalismo confederale, che viene riconosciuto come sostanziale protagonista nel controllo dello sciopero nei servizi pubblici essenziali (l. n. 146/1990, modificata con l. n. 83/2000), nonché elevato a interlocutore privilegiato del Governo. Con il Protocollo del luglio 1993 – accordo triangolare fra Governo e parti sociali – è data alla contrattazione collettiva una struttura centralizzata e una dinamica retributiva controllata sulla base del collegamento al tasso di inflazione programmata; e con il Patto di Natale per lo sviluppo e l'occupazione del dicembre 1998, viene formalizzata la concertazione, rendendo-

la sì aperta nella partecipazione, ma così rigida nella sequenza da restare lettera morta, con una concertazione ristretta ed informale affidata all'alternanza di maggioranze di centrosinistra e di centro-destra.

Né si devono dimenticare due riforme che hanno interessato l'intera decade, quella sulla privatizzazione del pubblico impiego, cui diede una mano importante Massimo D'Antona, assassinato dalle nuove Brigate rosse nel 1999, e quella sul decentramento amministrativo, destinate entrambe a sfociare, nella decade successiva di apertura del nuovo secolo, in due tronconi riformisti di primaria importanza: il primo, il c.d. testo unico sul pubblico impiego (D.lgs. n. 165/2001), destinato peraltro ad un continuo processo di modifica (riforma Brunetta del 2009, riforma Madia del 2015), che a tutt'oggi non appare affatto esaurito; il secondo, la riforma in senso federalista della Parte II, Titolo V della Costituzione, con un conseguente potenziamento delle Regioni *vis-à-vis* dello Stato, carattere, quest'ultimo, tra l'altro, recentemente criticato per il difficile coordinamento sanitario che si è venuto a creare in conseguenza della pandemia da Covid-19.

Questa è una faccia della medaglia; l'altra è costituita da una qual sorta di anticipazione del cambiamento di passo nel passaggio dal primo al secondo millennio. Al referendum abrogativo del 1995 si deve il primo *vulnus* dell'impianto statutario, con riguardo a quel Titolo III che ne esprime l'anima promozionale: ne escono amputati sia l'art. 19 che l'art. 26. L'art. 19 (Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali) vide rivista la legittimazione a costituire Rsa nelle unità produttive, con l'abrogazione del requisito relativo alle associazioni sindacali aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative e la permanenza in vigore di un unico criterio relativo alle sole associazioni firmatarie di contratti collettivi applicati nelle unità produttive di riferimento, non più limitati espressamente a quelli nazionali e provinciali, quindi estesi implicitamente anche agli aziendali. A sua volta, l'art. 26 (Contributi sindacali) vide soppresso il diritto di percepire tramite ritenu-

te sulle retribuzioni i contributi sindacali che i lavoratori intendono loro versare.

Se l'intenzione dei promotori del referendum abrogativo, ispirati da un movimentismo spontaneo, era chiaramente contro la tripartita confederale, Cgil/Cisl/Uil, questa si rivelò del tutto erronea, anzi tale da penalizzare proprio le formazioni di base. Di fatto le Federazioni aderenti avevano tutte dei contratti di categoria applicati nelle maggior parte delle unità produttive, ed erano perciò in grado di inserirvi clausole che riconoscevano il loro diritto, non più legislativo ma convenzionale, alle ritenute. Ma non per questo la mutilazione dell'art. 19 fu senza conseguenze: la prima fu la sostituzione della formula di selezione delle associazioni legittimate ad avvalersi della legislazione di sostegno alla contrattazione collettiva delegata dalla legge, per integrare o variare la disciplina normativa di un istituto o di un rapporto, rendendola ancora meno selettiva: non più quelle "maggiormente rappresentative", ma quelle "comparativamente più rappresentative". La seconda riguardava la stessa lettera della parte sopravvissuta dell'art. 19, cioè la necessità che i contratti collettivi applicabili nelle unità produttive fossero anche sottoscritti, sì che, se una associazione sindacale non avesse voluto farlo non condividendone il contenuto, sarebbe rimasta esclusa dalla costituzione delle Rsa; dopo una lunga giurisprudenza conforme a tale lettera, la Corte costituzionale cambia posizione, ritenendo sufficiente che l'associazione sindacale partecipi alla trattativa, pur senza sottoscrivere il testo finale, non ponendo tuttavia, pur con questa ultima pronuncia, una parola finale (Corte cost. n. 231/2013).

Se lo Statuto rimane per il resto immutato, mantenendo il suo ambito applicativo con rispetto al rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a orario pieno, con riguardo alle unità produttive al di sopra delle previste soglie minime di organico, con il pacchetto Treu del 1997 (l. n. 196/1997), si ha una versione della *flexicurity* consigliata dalla Ue, nella duplice variante: la flessibilità "funzionale", cioè relativa all'esecuzione della prestazione

(il c.d. orario multi-periodale); e soprattutto la flessibilità “in entrata” (o “al margine”), cioè relativa ai c.d. rapporti atipici, a partire dal varo del lavoro interinale, qui ancora individuato come “fornitura di lavoro temporaneo”, per passare anche all’ulteriore favore per il ricorso al contratto a termine, al rilancio del contratto di formazione e lavoro e dell’apprendistato, al varo delle collaborazioni coordinate e continuative.

8. La flexicurity nella versione italiana: dalla legge Biagi alla legge Fornero

Va detto che già nel decennio ‘90 – dove si dovette superare la crisi finanziaria manifestatasi all’inizio per potere entrare nella moneta unica, l’Euro – la legislazione del lavoro tende a diventare sempre più dipendente dalla politica economica: questa è una caratteristica che si è manifestata ancor più in questo primo decennio del secolo, che ha visto a livello internazionale la crisi finanziaria del 2008, quella del debito sovrano del 2011, e vede oggi quella sanitaria dovuta al Covid-19. Da qui la critica costante di una parte della dottrina giuslavorista alla presunta egemonia della scuola della *law and economics*, cioè della dipendenza della legislazione del lavoro dall’economia capitalista, con una riduzione della protezione accordata ai lavoratori a tutto vantaggio della crescita dei profitti. Critica più di una volta portata all’eccesso, con la prefigurazione di un mitico modello di sviluppo alternativo non meglio precisato, ma pur sempre forzata perché la preoccupazione delle maggioranze che si sono alternate al Governo è stata quella della quantità e qualità dell’occupazione, con politiche congiunturali tendenzialmente convergenti, se pur non prive di discontinuità. Tant’è che, fra il decreto legislativo attuativo della legge Biagi del 2003 (D.lgs. n. 276/2003) – così chiamata perché ispirata da Marco Biagi, ucciso dalle nuove Brigate rosse nel 2002, e varata sotto il secondo

Governo Berlusconi, *leader* di Forza Italia – ed il *Jobs Act* del 2014-2015 – licenziato dal Governo Renzi, Segretario del Pd – corre un filo rosso all'insegna della *flexicurity*, dove però alla crescita della flessibilità all'entrata del rapporto di lavoro non corrisponde una efficace ed effettiva sicurezza nel mercato del lavoro; nonché di una tutela dell'area crescente di lavoro formalmente autonomo ma di fatto subordinato.

Sempre sotto il secondo Governo Berlusconi, un decreto legislativo del 2001 aveva liberalizzato il contratto a termine, ma il decreto legislativo attuativo della legge delega Biagi (D.lgs. n. 276/2003) si spinge molto più in là sulla via della flessibilità in entrata, prevedendo una molteplicità di c.d. rapporti atipici, a cominciare dal varo del lavoro somministrato, tramite la previsione di apposite Agenzie, ed in più con un impegno riformatore assai ampio, tramite la rivisitazione dell'appalto, del distacco del lavoratore, del trasferimento d'azienda, del lavoro a tempo parziale e dell'apprendistato. Si fa carico altresì dell'area grigia fra lavoro autonomo e subordinato, non riconducibile tutta sotto l'art. 2094 c.c., per cui è prestatore di lavoro subordinato colui che presta “il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”, nonostante l'interpretazione estensiva della giurisprudenza.

Mentre, prima, la parte di quella area grigia rimasta fuori dalla definizione dell'art. 2094 c.c. era ricondotta sotto i rapporti di collaborazione concretizzandosi “in una prestazione d'opera continuativa e coordinata prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato”, secondo la dizione originaria dell'art. 409, n. 3, c.p.c., che ne attribuiva la giurisdizione al giudice del lavoro (si tratta di quella forma di prestazione battezzata dalla dottrina come “para-subordinazione”, priva però di qualsiasi tutela sostanziale); ora, col decreto legislativo attuativo della legge Biagi, quelle collaborazioni sono messe al bando, in quanto ritenute elusive, prive come erano di tutela, e, al loro posto, viene varato il “lavoro a progetto”, considerato autonomo, in quanto correlato ad un pro-

gramma di lavoro ben definito nello svolgimento e nell'obbiettivo, con un regime protettivo apposito.

Dal decreto legislativo attuativo della legge Biagi non è possibile saltare al *Jobs Act*, senza passare attraverso la legge Fornero del 2012 (l. n. 92/2012), emanata sotto un Governo tecnico, presieduto da Mario Monti, che inaugura la flessibilità in uscita, e che rompe il tabù dell'intoccabilità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, lasciandosi alle spalle una disciplina dei licenziamenti individuali, ancora applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015. Questa legge – da tener distinta dall'altra legge Fornero, quella sulla riforma delle pensioni (l. n. 214/2011), a tutt'oggi estremamente discussa – combinando una minore flessibilità in entrata e una maggiore flessibilità in uscita, con una revisione dell'art. 18 dello Statuto estremamente complessa ed articolata, sì da avere una restrizione della tutela c.d. reale (reintegra) a favore di una c.d. tutela obbligatoria (indennità), arriva a dare vita a quattro tipologie di tutela contro i licenziamenti illegittimi che si possono indicare, con un linguaggio convenzionale: tutela reintegratoria piena (commi 1°, 2°, 3°), tutela reintegratoria con indennità limitata (commi 4° e 7°), tutela indennitaria forte (commi 5° e 7°), tutela indennitaria ridotta (comma 6°).

9. Segue: il Jobs Act del governo Renzi

Ed ecco che, nel corso del biennio 2014-2015, il Governo Renzi vara una radicale riforma all'insegna di una decisa liberalizzazione presentata sotto l'etichetta di *Jobs Act*, intesa a significarne la finalità di creazione di posti di lavoro. In apertura viene resa più facile l'utilizzazione del contratto a tempo determinato (l. n. 78/2014 poi D.lgs. n. 81/2015), pur ribadendo che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune di assunzione di un lavoratore subordinato. La legge portante è quella delega al Governo (D.l. n. 183/2014), che punta a realizzare la versione europea della

flexicurity, accentuando la flessibilità nel rapporto di lavoro, sia in entrata e funzionale, sia in uscita, qui spingendosi ben oltre la legge Fornero, ma al tempo stesso rafforzando la sicurezza nel mercato del lavoro. Seguono i decreti legislativi attuativi della legge delega, che rivedono alcuni articoli dello Statuto dei lavoratori: il 4 (Impianti audiovisivi), il 13 (Mansioni del lavoratore, a rivisitazione dell'art. 2103 c.c.) e il 18 (Reintegrazione nel posto di lavoro), nel senso di escludere l'applicazione di quest'ultimo articolo per il futuro.

A proposito dell'art. 18, il nuovo regime del licenziamento individuale, che trova applicazione nei confronti di tutti i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015, restando fermo per quelli già in forza il testo ridisegnato dalla riforma Fornero, comporta una qual sorta di rivoluzione copernicana: la tutela indennitaria diventa la regola, mentre la tutela reale o reintegratoria resta solo una eccezione (D.lgs. n. 23/2015). Questa ultima tutela è ancora applicabile nell'ipotesi di licenziamento discriminatorio o orale, nonché di un licenziamento disciplinare, in cui sia "direttamente dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", formula ambigua, interpretata dalla Cassazione, con giurisprudenza ormai costante, nel senso che sia sufficiente un inadempimento non irrilevante del lavoratore. Mentre in tutti gli altri casi di licenziamento disciplinare ed economico vale una tutela indennitaria che cresce con l'anzianità di servizio, tanto da far parlare il legislatore di "Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti": piena, se per difetto di giustificazione, con una condanna ad una indennità "pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione [...] per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità"; ridotta, se per difetto di forma o di procedura, cioè per violazione dei requisiti richiesti per la motivazione o per l'applicazione delle sanzioni disciplinari, con una condanna ad un'indennità "pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione [...] per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici

mensilità”. È evidente la finalità perseguita dal legislatore, cioè di rendere prevedibile il costo di un licenziamento eventualmente ritenuto dal giudice illegittimo, tanto da essere considerato un classico esempio del condizionamento della *law and economics*, sì da curvare il diritto a tutto favore del calcolo economico del datore di lavoro.

Non è l'ultima parola a proposito dell'art. 18. Restano da analizzare gli ulteriori ritocchi allo Statuto apportati dal *Jobs Act* all'insegna di una flessibilità funzionale, dettata dall'evoluzione digitale dell'economia. L'art. 4 (Impianti audiovisivi) viene rivisto, ribadendo l'esclusione dei controlli diretti a sorvegliare a distanza l'attività dei lavoratori, ricomprendendo negli impianti audiovisivi e altri strumenti tutti i mezzi informatici oggi in uso; ammettendoli esclusivamente in quanto c.d. preterintenzionali, cioè introdotti “per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale”, non senza una garanzia procedurale a vari livelli sindacale, amministrativo e, in ultima istanza, giudiziale. Significativa di un allargamento del potere datoriale, è la nuova previsione secondo cui le informazioni raccolte attraverso i dispositivi installati nel rispetto della garanzia procedurale o gli strumenti impiegati dai dipendenti, sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro, quindi anche disciplinari, sempre che sia loro fornita una adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli, con l'osservanza comunque della normativa sulla *privacy* (D.lgs. n. 151/2015).

L'art. 13 (Mansioni del lavoratore) aveva riscritto l'art. 2103 c.c., sullo *ius variandi* del datore di lavoro, ma ora risulta ulteriormente modificato con la restituzione della sua rubrica originaria “Prestazione di lavoro”. La mobilità orizzontale fra diverse mansioni è governata non più dalla regola dell'equivalenza, applicata dalla giurisprudenza in maniera relativamente restrittiva, ma dall'appartenenza di entrambe alla stessa categoria legale, peraltro ormai largamente marginale (impiegati, quadri, operai) e allo stes-

so livello previsto dalla contrattazione, secondo una escursione assai più ampia, rimessa all'autonomia collettiva. A sua volta la mobilità verticale, se verso mansioni inferiori risulta ora articolata in diverse ipotesi, unilaterale, collettiva e a negoziazione individuale; se verso mansioni superiori, scatta subito il diritto ad un trattamento corrispondente all'attività svolta; mentre il diritto alla promozione matura dopo un periodo rimesso alla contrattazione collettiva, eccezion fatta per l'ipotesi in cui la copertura di mansioni superiori da parte del lavoratore sia dovuta alla sostituzione di altro lavoratore avente diritto alla conservazione del posto o per l'ipotesi di una rinuncia effettuata dallo stesso lavoratore (D.lgs. n. 81/2015).

C'è, però, un altro fronte su cui interviene il *Jobs Act*, quello dell'area grigia fra lavoro subordinato ed autonomo (accentuata dall'avvento della *Gig-economy*) sopprimendo il lavoro a progetto della legge Biagi, considerato autonomo con un regime proprio, e riesumando le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 n. 3, c.p.c. Ma al tempo stesso, consapevole del ritorno all'indietro, essendo le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., prive di tutela sostanziale, il legislatore fa un salto in avanti, prevedendo che, "a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro", con alcune eccezioni, fra cui la presenza di una disciplina collettiva circa il trattamento economico e normativo contenuta in accordi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, in presenza di particolari esigenze produttive ed organizzative dei relativi settori (art. 2, D.lgs. n. 81/2015). Difficile qualificare questa figura come lavoro subordinato o autonomo – se pure presa alla lettera, sembrerebbe riconducibile alla definizione del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. – tanto che la Cassazione, con una discutibile sentenza sui *riders* Foodora, se l'è cavata considerandola una fattispecie di mera "disciplina", dal momento

che le si applica *ex lege* l'intera normativa della subordinazione, senza, peraltro, farsi carico delle difficoltà di una completa trasposizione di tutta questa normativa alla nuova fattispecie (Cass. n. 1663/2020).

Il disegno complessivo del *Jobs Act* si compie con un provvedimento che, da un lato, prevede una serie di tutele di carattere civilistico, amministrativo, fiscale e previdenziale per tutti i rapporti di lavoro autonomo; dall'altro, disciplina lo *smart working*, come risposta al venir meno del vincolo spazio-temporale dovuto alla informatizzazione dell'attività lavorativa. Ribattezzata in Italia come "lavoro agile", tale figura si concretizza in un patto allegato al contratto di lavoro subordinato, che prevede l'esecuzione della prestazione anche all'esterno dei luoghi di lavoro, senza necessità di una postazione fissa, ma con un contestuale accordo sull'esercizio dei poteri datoriali nell'esecuzione del patto (l. n. 81/2017).

Non è tutto, lo stesso *Jobs Act* interviene a modificare l'art. 409, n. 3 c.p.c., con lo stabilire che la dizione precedente per cui sono sottoposte al giudice del lavoro le controversie relative a "rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato", come tali classificabili di lavoro autonomo, vada completata. Vi è aggiunta, infatti, la precisazione per cui "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo delle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa" (art. 15, l. n. 81/2017). Il che ha una duplice conseguenza: da un lato, elimina definitivamente le collaborazioni coordinate e continuative, prive di tutela sostanziale, di cui al vecchio testo dell'art. 409, n. 3 c.p.c., così come riesumate dal D.lgs. n. 81/2015, contestualmente alla soppressione del lavoro a progetto; dall'altro, col nuovo testo dell'art. 409, n. 3 c.p.c., pone un limite all'espansione verso l'alto delle collaborazioni di cui all'art. 2, D.lgs. n. 81/2015: se l'organizzazione spetta al committente, trattasi di lavoro che, pur non essendo qualificabile come subordinato ai

sensi dell'art. 2094 c.c. è disciplinato come tale, salvo l'adattamento necessario; quando tocca al collaboratore, è regolato come autonomo.

10. La legislazione dell'ultima legislatura: dal governo giallo-verde (5 Stelle/Lega) al governo giallo-rosso (5 Stelle/Pd)

A conferma dell'andamento pendolare della legislazione, c'è da dire che il nuovo Governo Movimento 5Stelle/Lega, battezzato giallo-verde, con a Presidente del Consiglio dei Ministri Giuseppe Conte, emana il c.d. decreto dignità (D.l. n. 87/2018, convertito in l. n. 96/2018 destinato a contrastare l'eccesso di liberalizzazione imputato al *Jobs Act*). Tale intervento, da un lato, irrigidisce il ricorso al contratto a tempo determinato, rendendolo difficile, così particolarmente esposto ad essere convertito in contratto a tempo indeterminato; dall'altro, estende l'indennità contemplata dal contratto a tutele crescenti, portandola da un minimo di 6 ad un massimo di 36 mensilità, senza, peraltro, mutarne la cadenza legata all'anzianità di servizio. Sarebbe toccato a due successive sentenze della Corte costituzionale smontare tale cadenza, sì da privarla della sua *ratio*, di rendere prevedibile il costo di un licenziamento illegittimo: in forza di Corte cost. n. 194/2018 e di Corte cost. n. 150/2020, spetta al giudice decidere quale indennità liquidare al lavoratore destinatario di un licenziamento risultato privo di giustificazione, fra le 6 e le 36 mensilità, oppure viziato formalmente o proceduralmente, fra le 2 e le 12 mensilità, senza ancorarla esclusivamente al maturare dell'anzianità di servizio, che pur resta la prima da tenere presente.

Non è tutto, perché una volta cambiato il Governo, sempre nella stessa legislatura, con l'avvento di una alleanza 5Stelle/Pd, pur sempre guidata da Giuseppe Conte, come Presidente del Consiglio dei Ministri, si ritorna sulla copertura dell'area grigia fra la-

voro autonomo e subordinato, con una attenzione concentrata sulla rivoluzione digitale, passibile di produrre, oltre a lavoro sofisticato, anche lavoro precario. La fattispecie di collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 2, D.lgs. n. 81/2015 viene riscritta dal D.l. n. 101/2019 (convertito nella l. n. 128/2019), sì da risultare come segue: si “applica la disciplina del lavoro subordinato ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni del presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali”.

Ora, basta un semplice confronto letterale fra la vecchia e la nuova dizione, dove la parola “esclusivamente” è sostituita da “prevalentemente” e l'espressione “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” viene eliminata, per accorgersi della dilatazione della fattispecie assoggettata alla normativa della subordinazione: spazia ben oltre la definizione di lavoratore subordinato dell'art. 2094 c.c.; e viene delimitata, più che mai, da quella del lavoratore autonomo del nuovo art. 409, n. 3, c.p.c., sempre sulla base della differenza fra etero-organizzazione e auto-organizzazione, peraltro resa ancora più difficile.

Riconducibile alla presa d'atto della diffusione della informatizzazione è l'aggiunta per cui la fattispecie in parola vale anche qualora l'organizzazione effettuata dal committente avvenga tramite piattaforme digitali. Sempre in tale prospettiva si colloca l'aggiunta di un Capo *V-bis*, rubricato “Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali”, di cui si discute circa la riconducibilità o meno della disciplina ivi prevista alla fattispecie di cui al rivisitato art. 2. Senza aprire una parentesi, mi limito a confermare la mia interpretazione, per cui tale disciplina, assai ridotta rispetto a quella della subordinazione, si applicherebbe proprio ai *riders*, in ragione del carattere peculiare della loro attività.

Un appunto merita il diritto del lavoro dell'emergenza Covid

19, che ha carattere largamente congiunturale, di difesa rigida del posto di lavoro, con un largo ricorso alla Cassa integrazione, che permette di mantenere formalmente il rapporto pur in assenza di prestazione, percependo una indennità a carico della Cassa; nonché con il blocco dei licenziamenti sino al 31 marzo 2021.

11. Politica e sindacato

Un discorso alquanto più breve può essere fatto passando dal diritto del rapporto individuale a quello sindacale, che ha conosciuto un peculiare provvedimento legislativo durante il terzo Governo Berlusconi, presentato come “promozionale”, ma rifiutato esplicitamente dalle tre Confederazioni sindacali, in quanto volto a incidere sulla struttura negoziale a livello interconfederale e a consentire una ampia possibilità di deroga alla normativa collettiva categoriale e legislativa da parte dei contratti decentrati. Esaurita la spinta positiva del Protocollo del luglio 1993, che aveva contribuito a far scendere il tasso di inflazione, ma in forza di una inflazione programmata sempre inferiore a quella effettiva, sì da penalizzare le retribuzioni, si trattava di agganciarle all’inflazione effettiva, secondo una soluzione compromissoria fra Cgil e Cisl, portate a privilegiare la contrattazione categoriale e, rispettivamente, aziendale.

Così l’accordo interconfederale quadro “unitario” del 28 giugno 2011, si preoccuperà di rendere unica, secondo una procedura democratica, la approvazione da parte dei lavoratori dei contratti collettivi nazionali e aziendali; e di riservare agli stessi contratti collettivi nazionali la facoltà di autorizzare quelli aziendali a prevedere “specifiche intese” derogatorie rispetto alle discipline di categoria. A questo punto il ministro del lavoro credette di poter forzare la decentralizzazione contrattuale verso l’azienda, con l’art. 8 del D.l. n. 138/2011 (convertito nella l. n. 148/2011), che non solo legittima, ma dota di efficacia generale le “specifiche intese”, realizzate da contratti collettivi c.d. di prossimità, territoriali e aziendali, sti-

pulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, sempre se sottoscritte dalle loro rappresentanze aziendali “sulla base di un criterio maggioritario”, con una ampia facoltà di deroga rispetto non solo alla disciplina contrattuale, ma anche alla normativa legale. Snobbato ufficialmente dalle tre Confederazioni, per il fatto di incidere sulla struttura contrattuale definita in via autonoma e per violare la regola principe della normale inderogabilità della normativa legale, questo art. 8 ha avuto una specie di *revival* nascosto nelle situazioni di crisi, in cui la finalità primaria resta sempre quella della difesa dell’occupazione, anche a costo di qualche rinuncia alla tutela della legge.

Costituisce una lunga storia, che non è possibile ripercorrere qui neppure in misura sintetica, quella percorsa dalle tre Confederazioni per aggiornare il sistema di contrattazione collettiva delineato dal Protocollo del ‘93, culminata nell’accordo interconfederale del 10 gennaio 2014, c.d. Testo unico sulla rappresentanza sindacale, seguito dall’accordo interconfederale del luglio 2017 di “modifica del TU rappresentanza 10 gennaio 2014”. Solo che, parafrasando una frase del mio maestro Federico Mancini, l’accordo può molto, ma non tutto, restando limitato agli iscritti tanto è che sembra definitivamente tramontata l’opposizione ad una legge sindacale anche da parte della Cisl, solo che si vorrebbe non quella prevista dall’art. 39, co. 2 ss., Cost., inattuata, ma tutt’ora vigente, bensì quella ispirata dal c.d. TU sulla rappresentanza sindacale. Cosa, questa, impraticabile, a meno che la Corte costituzionale non muti radicalmente la sua giurisprudenza circa la impraticabilità di qualsiasi via alternativa a quella di cui all’art. 39, co. 2 ss., Cost. per fare acquisire alla contrattazione collettiva efficacia *erga omnes*. Di certo la Corte ha dato via libera a qualche eccezione, ma sempre con una argomentazione costruita a stretta misura della norma sottoposta, sì da non far presagire niente di più.

12. Conclusione

Devo ammettere che il percorrere l'itinerario sopra delineato richiede molto al lettore, ma credo che serva anzitutto a dar atto del carattere congiunturale del diritto del lavoro, che pur perseguendo ormai l'unico scopo di creare una occupazione maggiore o migliore, coniuga in maniera diversa la regola della *flexicurity*, senza alcuna previa ipotesi ideologica, se è vero che le scelte più liberaleggianti sono state quelle sotto il secondo Governo Berlusconi di centro-destra (legge Biagi) e sotto il Governo Renzi di centrosinistra (*Jobs Act*). E non è detto che la politica economica sia stata profondamente diversa, in una Italia in perenne lotta col suo *deficit* e col suo debito, sì che farvi derivare automaticamente la legislazione lavoristica risulta perlomeno eccessivo. Così che una certa dottrina pronta sempre a dedurre da una stagione legislativa una svolta storica al servizio della *law and economics* finisce per essere smentita dalla stagione immediatamente successiva.

Lo Statuto dei lavoratori, sia pure coi due articoli che costituivano la base dell'anima costituzionale (art. 18) e dell'anima promozionale (art. 19) ampiamente manomessi, è ancora vivo e vegeto, anzi ha allargato il suo ambito di applicazione non solo al lavoro pubblico privatizzato, ma anche alle collaborazioni di cui all'art. 2, così come modificato, del D.lgs. n. 81/2015, dato che pur non essendo qualificate come di lavoro subordinato, sono soggette alla relativa disciplina. Questo formalmente, perché, poi, il lavoro pubblico privatizzato ha un regime tutto suo, non solo per il diritto sindacale, ma anche per il rapporto individuale, diventato quest'ultimo nel corso degli anni ancor più differenziato rispetto a quello del rapporto di lavoro privato; e, a loro volta, le collaborazioni di cui al citato art. 2, sono difficilmente riconducibili sotto lo Statuto, il quale presuppone lo svolgimento dell'attività lavorativa in un assetto spazio-temporale ben definito.

Il contratto collettivo oggi

*Giampiero Proia**

SOMMARIO: 1. La genetica del contratto collettivo. – 2. Il cambiamento del contesto di riferimento. – 3. Le risposte adattive dell'ordinamento statale. – 4. *Segue*: e di quello intersindacale. – 5. Le significative novità intervenute.

1. La genetica del contratto collettivo

Il titolo del Convegno dedicato alla nostra amata Giuliana, declinato al tema del mio intervento, pone due semplici interrogativi: è cambiato il contratto collettivo dallo Statuto ad oggi? E, se è cambiato, in cosa o come?

La risposta, in linea di prima approssimazione, è anch'essa semplice, perché nei suoi fondamenti il contratto collettivo non ha certo subito mutazioni genetiche. La natura è la medesima: atto di autonomia privata, *sub specie* collettiva. E medesima è l'efficacia, sia soggettiva, che oggettiva, confermata anche, quest'ultima, all'indomani dello Statuto, dalla novella dell'art. 2113 c.c. introdotta dalla l. n. 533 del 1973.

Si tratta di constatazioni che sono la scontata conseguenza di due presupposti. Da un lato, lo Statuto non interveniva affatto sulla contrattazione, e nemmeno sui soggetti della contrattazione, ma intendeva soltanto sostenere l'attività sindacale in azienda, e in particolare promuovere un modello di organizzazione sindacale in azienda, non incompatibile con l'art. 39 Cost., ma semmai alternativo ad esso. D'altro lato, passato mezzo secolo dallo Statuto, continua a restare inattuato il modello di contrattazione collettiva prefigurato dal Costituente, né vi è stata una legge che abbia adottato un modello diverso (ammesso, e non concesso, che sia legittimo, in mancanza di una revisione costituzionale). Anche nel corso delle ultime legislature, sono fioriti studi, di-

* Professore ordinario di diritto del lavoro, Università degli studi Roma Tre.

battiti, proposte, ma la legge, anche se più volte apparsa imminente, resta una semplice ipotesi.

2. Il cambiamento del contesto di riferimento

Eppure, se si va oltre queste prime essenziali constatazioni, elementi rilevanti di cambiamento ve ne sono stati, e non pochi.

È, infatti, cambiato radicalmente il contesto socio economico, cosicché si sono poste nuove questioni giuridiche e sono state sollecitate risposte “*adattive*” da parte dell’ordinamento.

Anzitutto, come detto, sono cambiati in modo radicale gli elementi di contesto: è cambiato il contesto economico. Il *boom* degli anni ‘60 aveva spinto il legislatore dello Statuto a rafforzare il potere sindacale in funzione acquisitiva, non difensiva. Lo scenario che si è manifestato all’indomani dello Statuto è ben diverso: globalizzazione dei mercati, concorrenza su scala mondiale e crisi cicliche hanno, infatti, impegnato la contrattazione collettiva, anche per esplicita delega legislativa, nella gestione degli effetti della crisi, nella regolazione della flessibilità e, più in generale, in difficili scelte di moderazione salariale.

È cambiato, altresì, il contesto sociale. Vi è stata una frantumazione e la perdita di identità all’interno della base social-tipica del lavoro. Sono emersi nuovi sindacati autonomi e di mestiere e i comitati di base. Si è, poi, incrinata la coesione anche all’interno della rappresentanza delle imprese, culminata nello storico distacco della Fiat da Federmeccanica. E, infine, il pluralismo sindacale senza regole ha portato ad una incontrollata proliferazione di contratti collettivi, in concorrenza (più o meno lecita) tra essi.

3. Le risposte adattive dell’ordinamento statale

Dalla combinazione degli effetti di questi mutamenti di contesto, sono derivate le nuove questioni alle quali si è accennato.

Vi è stata la rottura dell’unità sindacale e casi clamorosi, ma non isolati, di accordi separati, che hanno fatto emergere il rilievo del dissenso sindacale.

I contratti collettivi sono stati abilitati a ridurre gli *standard* di tutela previsti dalla legge, e ad incidere negativamente sui diritti e interessi dei singoli lavoratori, facendo emergere il rilievo del dissenso individuale, prima pressoché sconosciuto perché il consenso alla contrattazione acquisitiva era scontato.

Ha fatto ingresso nell'ordinamento un indirizzo nuovo nel rapporto tra legge e contrattazione collettiva: quando sono entrati in gioco interessi pubblici più ampi (economici, o di mercato del lavoro, o di lotta alla disoccupazione), il legislatore ha mostrato qualche riserva sulla idoneità della contrattazione collettiva a regolare aspetti pur sempre attinenti i rapporti di lavoro. Ciò è avvenuto, per la prima volta, mediante la fissazione di tetti alla contrattazione collettiva (legislazione antiinflazionista 1977 – 1978). Ma questo indirizzo può essere colto anche laddove, più di recente, il legislatore, ha ridotto più volte il ruolo che egli stesso aveva attribuito alla contrattazione collettiva, riappropriandosi di spazi regolativi: ad esempio in materia di autorizzazione alla stipula di contratti di lavoro flessibile (cfr., con riguardo al contratto di lavoro a tempo determinato, il D.lgs. n. 368/2001, che abrogò l'art. 23 della l. n. 56 del 1987, e ora l'art. 19 del D.lgs. n. 81/2015).

In altri casi, sia pure non frequenti, le disposizioni di legge, pur facendo rinvio ai contratti collettivi, hanno previsto che, in caso di inerzia o mancato accordo da parte delle organizzazioni sindacali, operi uno strumento alternativo o sostitutivo (di norma, un decreto ministeriale) in modo da assicurare che la legge stessa possa produrre i suoi effetti. Ciò è accaduto, in particolare, in materie, come quella del mercato del lavoro, nelle quali sono coinvolti anche gli interessi di soggetti non rappresentati dai sindacati e, anzi, in potenziale conflitto con essi, cosicché il legislatore ha ritenuto che possa non esservi coincidenza tra l'interesse generale (così come individuato, nel nostro ordinamento costituzionale, dal Parlamento) e gli interessi collettivi (così come individuati, nel nostro ordinamento costituzionale, dalle organizzazioni sindacali) (cfr. art. 11, co. 4, della l. n. 196/1997; art. 1, co. 9, lett. *b*), della l. n. 92/2012; art. 13, co. 1, del D.lgs. n. 81/2015; si veda, anche art. 31, co. 11, della l. n. 183/2010).

In linea più generale, mentre nel passato le leggi riguardanti il lavoro venivano emanate solo in presenza del consenso delle maggiori

confederazioni sindacali (basi pensare alla l. n. 146/1990), o costituivano il recepimento e il consolidamento dei contenuti della contrattazione collettiva, alcune recenti riforme sono state approvate nonostante il dissenso e l'opposizione sindacale, o di alcuni dei più importanti sindacati (come è accaduto in occasione della l. n. 92/2012, della l. delega n. 183/2014, e di alcuni dei decreti legislativi che hanno dato attuazione a quest'ultima).

Per le stesse ragioni anche la concertazione sociale non è riuscita a consolidarsi come prassi stabile di governo. Appare chiaro, infatti, che il Governo fa ricorso ad essa quando ha bisogno di rafforzare il proprio consenso, o quando le confederazioni sindacali sono molto forti ed unite; altrimenti la concertazione è stata messa da parte, e sostituita dal diverso metodo del c.d. dialogo sociale, mediante il quale il potere pubblico, pur impegnandosi a coinvolgere i sindacati, in caso di mancato accordo si riappropria interamente delle proprie competenze e delle proprie responsabilità.

Si è accennato, infine, al fatto che l'ordinamento giuridico, pur non essendo intervenuto sui fondamentali caratteri genetici della contrattazione collettiva, e pur non mostrando la volontà o la capacità di regolare con legge i termini della rappresentanza e della efficacia della contrattazione collettiva, non è rimasto inerte, ed ha comunque cercato di dare risposte "adattive" ai mutamenti di contesto ed alle nuove questioni di diritto.

4. *Segue:* e di quello intersindacale

Sul piano dell'ordinamento intersindacale, vanno registrati, in particolare, i diversi tentativi di "autoriformare" il modello di rappresentanza sindacale in azienda, nonché, più recentemente, di definire nuove regole sia di misurazione della rappresentatività sia di svolgimento ed efficacia della contrattazione. Il processo di autoriforma ha visto, da ultimo, una crescente determinazione da parte delle maggiori Confederazioni, ed ha segnato significativi e concreti progressi nell'ultimo decennio, in particolare con il Testo unico sulla rappresentanza del 2014 e il Patto per la fabbrica del 2018.

Ma sussistono noti problemi per arrivare alla completa realizzazio-

ne del modello disegnato dal processo di autoriforma, in particolare per ciò che riguarda la definizione dei perimetri contrattuali (la “categoria”) e la misurazione della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro. E, anche una volta che quel processo venisse completato, resterebbero i problemi di limitata efficacia derivanti dalla natura negoziale degli accordi interconfederali, sia rispetto ai singoli lavoratori, sia rispetto ai sindacati non firmatari, sia rispetto alle organizzazioni di categoria aderenti alle confederazioni firmatarie che, violando le regole degli accordi interconfederali, si espongono sì a sanzioni endoassocitative, ma possono comunque porre in essere atti e comportamenti di per sé validi sul piano dell’ordinamento statale.

È per questo che, da ultimo, anche all’interno del sindacato si fa strada la scelta di richiedere il sostegno di un intervento del legislatore, che, però, come detto, stenta a vedere la luce.

5. Le significative novità intervenute

Sul piano delle fonti legali, le novità più importanti sono tre.

Anzitutto, vi è stata la quasi integrale riscrittura dell’art. 19 dello Statuto, prima ad opera del referendum abrogativo del 1995, e poi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 311 del 2013, che ha comportato un totale “distacco” della norma dal testo e dalla *ratio* originari.

Come detto, la promozione delle rappresentanze sindacali aziendali, nell’originario testo statutario, era basata sulla necessaria riconduzione dell’“iniziativa” della base dei lavoratori nell’ambito delle grandi confederazioni storiche (o, quantomeno, di organismi di livello extra-aziendale), quale requisito necessario per sostenere l’azione del sindacato di ispirazione solidarista, nonché allo stesso tempo, per evitare sia un’eccessiva frammentazione della rappresentanza sindacale sia la “aziendalizzazione” di quest’ultima.

Ora, per un verso, l’esito referendario ha cancellato ogni riferimento alla struttura confederale ed al carattere nazionale del sindacato destinatario del sostegno legale, così comportando il riconoscimento legittimante della contrattazione aziendale (anche autonoma e slegata dalla contrattazione nazionale o territoriale). Per l’altro verso, la sen-

tenza n. 231 del 2013 ha eliminato l'ultimo elemento di collegamento con l'originario modello statutario, facendo venir meno anche la rilevanza dell'attività contrattuale quale criterio selettivo per la costituzione delle rappresentanze aziendali.

Ne risulta una norma che oggi non ha un "padre", se non quello dell'evoluzione storico-sociale, e che soprattutto è foriera di incertezze applicative, per la mancanza di criteri di identificazione e misurazione della rappresentatività idonea a legittimare la richiesta di costituzione di rappresentanze aziendali da parte del sindacato quando questi, pur non avendo sottoscritto il contratto collettivo applicato in azienda, abbia partecipato alle trattative per la sua stipulazione.

Da parte sua, il legislatore ha prima introdotto e poi consolidato un nuovo criterio di selezione dei sindacati legittimati a negoziare sulle materie oggetto di rinvio legale.

Ed infatti, per fare fronte alla perdita del carattere selettivo della maggiore rappresentatività, e alla proliferazione di contratti collettivi nell'ambito di una stessa categoria, si è fatto ricorso al criterio del sindacato "comparativamente più rappresentativo", utilizzato oggi sempre più spesso per individuare i soggetti legittimati a stipulare i contratti collettivi che hanno il compito di integrare o derogare la disciplina legale (si veda, per l'introduzione di tale nozione, l'art 2, co. 25, della l. n 549/1995).

Infine, gli effetti della crisi, combinati alle sollecitazioni europee, hanno portato ad una terza importante novità rappresentata dalla spinta alla aziendalizzazione, che ha trovato espressione sia nell'art. 8 del D.l. 138/2011, sia nell'art. 51 del D.lgs n. 81/2015. L'ampia portata di quest'ultima, invero, esprime, oggi un principio di tendenziale equiordinazione e fungibilità tra contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali, favorendo una relazione concorrenziale tra i diversi ambiti di esercizio dell'autonomia collettiva. Ma, ancora più denso di implicazioni sistematiche, e perciò oggetto di ampia riflessione da parte della dottrina, è l'art. 8 del D.l. n. 138/2011, laddove riconosce, per un ampio ventaglio di materie, pur tassativamente elencate, un esplicito potere derogatorio della contrattazione di secondo livello rispetto al contratto nazionale e, quindi, un rapporto di prevalenza della prima sul secondo.

Peraltro, l'art. 8 nonostante le critiche ed i dubbi di costituzionali-

tà, sembra avviato ad una graduale metabolizzazione da parte della giurisprudenza, che ha mostrato anche una qualche implicita adesione alla sua *ratio* ispiratrice, laddove lo ha ritenuto fondato “sul presupposto della considerazione che i c.d. contratti di prossimità sono i più idonei a «fotografare» la specifica realtà aziendale”.

Un nuovo Statuto per il diritto del lavoro

*Roberto Romei**

Vorrei innanzitutto ringraziare Guido Canavesi e Paola Olivelli per avere dato vita a questa iniziativa e per avermi invitato. È una occasione che mi è molto cara perché mi riporta con il pensiero agli anni maceratesi, che sono stati non solo gli anni iniziali della mia carriera universitaria, ma sono anche stati anni molto formativi, sia dal punto di vista culturale che soprattutto dal punto di vista umano.

Tanto Paola che Giuliana mi hanno accolto nella piccola comunità maceratese, e di questa loro umanità serberò sempre il ricordo e sarò loro sempre grato. Credo che abbia detto molto bene stamattina il Professor Persiani quando ha fatto riferimento a quel misto di gentilezza e fermezza che caratterizzava Giuliana. Con grande garbo e gentilezza portava avanti i suoi convincimenti, che erano però molto forti e molto fermi.

Io ho scelto un titolo al mio intervento che suona un po' all'opposto di quello di Franco Carinci, ed è proprio dal suo intervento che vorrei partire. Lo Statuto – come ha detto Franco – non è defunto; certamente, però forse non gode di ottima salute, ed è diventato – lo hanno sottolineato molti, da ultimo anche Giampiero Proia, che mi ha appena preceduto – una sorta di Frankenstein, nel senso che alcune sue norme caratterizzanti sono state profondamente modificate. E lo sono state perché la situazione nella quale lo Statuto ha preso vita, ed alla quale faceva riferimento, è essa stessa profondamente mutata. Lo Statuto giunge al culmine di una stagione di crescita economica, caratterizzata da una relativa stabilità sia del tessuto economico che di quello produttivo. Il diritto del lavoro risentiva, e non poteva essere altrimenti, della situazione che era destinato a regolare: era dunque un diritto semplice, nato per porre rimedio alla disparità esistente tra le parti del contratto individuale. Risalgono a quel tempo le grandi si-

* Professore ordinario di diritto del lavoro, Università degli studi Roma Tre.

stemazioni di quella che potrebbe definirsi come la prima fase di maturità della materia; alludo qui alle opere di quella gloriosa stagione inaugurata da Mancini con la monografia della seconda metà anni '50, proseguita con le opere di Giugni e terminata idealmente con le monografie di De Luca Tamajo sulla norma inderogabile nel diritto del lavoro e di Matteo Dell'Olio sull'organizzazione sindacale. Sono grandi sistemazioni che, come tutte le sistemazioni, presuppongono una condizione: una relativa stabilità della situazione economica e della situazione giuridica.

Il diritto del lavoro era nato, appunto, come un diritto semplice, articolato sulla dicotomia subordinazione e autonomia, e mosso – non tanto ai suoi albori, ma certamente nella fase della prima maturità – da una idea di fondo particolarmente forte, quella cioè di una collocazione polemica nei confronti del mercato e dell'impresa. Ispirazione che si tradusse nel tempo, nella sedimentazione di una vera e propria mentalità antindustriale e con una autoproclamata supremazia e superiorità dei valori della persona sui valori del mercato, sui valori dell'economia e sui valori dell'efficienza.

Questa si può dire sia stata la cifra del diritto del lavoro nella stagione dello Statuto, quello che lo ha caratterizzato e differenziato dal diritto civile. Un diritto nato per recuperare quella differenza di potere – di potere sociale, ma anche di potere economico – tra datore di lavoro e prestatore di lavoro; e cresciuto con la convinzione che proprio il diritto del lavoro potesse essere il motore o almeno uno dei fattori di emancipazione della classe lavoratrice intesa come elemento di una emancipazione più generale della società.

Tutto questo ha comportato un atteggiamento soprattutto degli interpreti – della dottrina, e non solo ma anche della giurisprudenza –, fortemente permeato da questi valori di fondo, ai quali, sia dottrina che giurisprudenza, hanno continuato a restare fedeli, anche quando la situazione esterna, economica, sociale e produttiva era profondamente mutata.

Mi pare infatti evidente che la situazione di oggi sia una situazione che pone al diritto del lavoro problemi che non erano nemmeno immaginabili cinquanta anni fa, quando lo Statuto è stato varato, e che vanno dalla frammentazione della figura della subordinazione, alla sovrapposizione tra autonomia e subordinazione; passando per

l'emersione di altri problemi: come, ad esempio, quello delle catene di produzione, una vicenda che dal punto di vista internazionale inizia ad avere una sua rilevanza. Le prime cause in Germania sono state intentate da parenti di lavoratori morti per incidenti sul lavoro che lamentavano le scarse condizioni di sicurezza in cui versavano le società subappaltatrici ubicate in paesi asiatici. A parte la drammaticità della situazione, si tratta di questioni molto complicate e intricate dal punto di vista giuridico, anche per le implicazioni di diritto internazionale, e che rappresentano solo le prime avvisaglie di ciò che avverrà nei prossimi anni come conseguenza diretta dei fenomeni di globalizzazione dell'economia e del lavoro.

Le catene globali di produzione sollevano un problema che si pone anche in una prospettiva meno complessa e più domestica, e cioè la individuazione della figura del datore di lavoro. Fino ad ora non si è mai ritenuto che fosse necessario individuare chi fosse il datore di lavoro, dal momento che il dato sembrava evidente. Ma quando si prende in considerazione ad esempio la prestazione di lavoro svolta tramite piattaforme, che si svolge secondo le cadenze dettate da un algoritmo, ci si chiede – appunto – chi sia effettivamente il datore di lavoro. La risposta che è stata data anche dai tribunali di altri paesi, come la Gran Bretagna o la California, è una risposta semplice: il datore di lavoro è l'impresa proprietaria dell'algoritmo (come nel caso Uber). E però è una risposta solo apparentemente tranquillizzante, perché se si osserva bene la realtà, si vede che imprese come Uber offrono un servizio, e cioè una prestazione (in questo caso di trasporto di persone) verso terzi che deve soddisfare certe condizioni ed avere certe caratteristiche. Ed il lavoratore in realtà non fa che conformarsi agli standard di questo servizio e cioè accettare egli stesso di offrire un servizio (di trasporto) che soddisfi quelle caratteristiche. Sarà forse un lavoratore subordinato, come dicono le corti inglesi e californiane, ma sarà un lavoratore subordinato di un certo tipo. Non sarei nemmeno così sicuro che sia un lavoratore subordinato però, perché – ripeto – la sua prestazione non si deve svolgere secondo le istruzioni del datore di lavoro, bensì si deve conformare ad un servizio, che è un servizio commerciale, che, quindi, deve soddisfare determinati standard.

E le medesime considerazioni potrebbero avanzarsi nei confronti dei *riders*, che troppo frettolosamente mi pare, sono stati arruolati nei

ranghi dei lavoratori subordinati, trascurando completamente il fatto che essi sono liberi di decidere se svolgere o no la loro prestazione diversamente da quanto accade per il lavoratore subordinato classico

Quindi, mi pare appunto che la situazione sia, per riprendere il tema della subordinazione, una situazione profondamente cambiata o comunque che ha subito profondi mutamenti.

Come ha reagito l'ambiente lavoristico italiano a questi cambiamenti?

Se facciamo riferimento alla legislazione degli ultimi dieci/venti anni – il punto di inizio potrebbe rinvenirsi nel D.lgs. n. 368/2001 sul lavoro a termine, in cui si ha la rottura di un tabù: quello della eccezionalità del lavoro a termine – l'ambiente italiano ha reagito in maniera sostanzialmente difensiva. Non solamente ci sono state delle lamen-tazioni dai toni millenaristici sulla fine del diritto del lavoro, ma si è assistito a dei fenomeni a mio avviso molto gravi: e cioè delle vere e proprie controffensive giurisprudenziali invasive di un campo riservato alla discrezionalità del legislatore. Solo per fare qualche esempio, vi è stata una controffensiva contro la liberalizzazione del contratto di lavoro a termine e una controffensiva contro il Jobs Act.

Io giudico sciaguratissima quella sentenza della Corte costituzionale sul D.lgs. n. 23/2015. Non perché la soluzione escogitata dal legislatore fosse intoccabile: tutto è modificabile e tutto è migliorabile. Ma continuo a ritenere la sentenza sciaguratissima perché – come è stato detto credo ancora proprio da Franco Carinci – ha fatto venir meno una caratteristica, una cifra identificativa del Jobs Act: quella di dare certezza in merito ai costi di un licenziamento. Che infatti ora sono ritornati ad essere incerti, come dimostrano recenti indagini statistiche sulla variabilità dei costi del licenziamento nei diversi distretti di Corte di appello.

E non vedo come si possa ritenere che un risarcimento del danno congruo sia lesivo della dignità della persona e che solamente la reintegrazione sia il rimedio adatto e conforme ai principi costituzionali. Si potrebbero fare molti altri esempi. Si potrebbe ancora citare un'altra sentenza della Corte costituzionale, la n. 231/2013, che – chiamata per l'ennesima volta a valutare un profilo di costituzionalità dell'art. 19 della l. n. 300/1970 – ha praticamente invertito i termini della questione, non interpretando l'articolo 19 alla luce della Costituzione, ma la

Costituzione alla luce dell'articolo 19, modificando così sostanzialmente la lettera della legge.

Si tratta, appunto, di episodi – ma altri se ne potrebbero citare – che testimoniano della reazione di forte ostilità dell'ambiente italiano, o di una gran parte dell'ambiente italiano del diritto del lavoro, nei confronti di una, più presunta che vera, offensiva neolibertista. E che in realtà, sia pur con interventi migliorabili, aveva come obiettivo quello di dare una maggiore certezza ad alcune vicende che possono interessare il rapporto di lavoro sottraendole al giudizio variabile e soggettivo del singolo giudice.

Diversamente da quanto ritengono molti non c'è stata né una ventata neo liberista né un mutamento del paradigma del diritto del lavoro. C'è stata semplicemente l'emersione di un valore, quello della impresa e quindi della efficienza e della certezza dei costi, che è da considerarsi sicuramente eterodosso per l'ambiente lavoristico italiano. Ma che molto probabilmente rappresenta uno dei valori con i quali dovremo confrontarci nei prossimi anni. Per questo ho scelto il titolo questo mio intervento con riferimento alla necessità di delineare un nuovo statuto per il diritto del lavoro. Come lo Statuto ha rappresentato una sorta di invero dei principi della Costituzione, così credo che il diritto del lavoro abbia necessità di un nuovo statuto, di una ridefinizione non tanto di alcuni valori – perché è evidente che ve ne sono alcuni, come quello della tutela della salute, della sicurezza e della dignità della persona, che rappresentano altrettanti elementi identificativi della materia – ma di un'opera di temperamento tra principi, se vogliamo utilizzare una terminologia un po' più vicina agli schemi giuridici. Tutti i principi sono soggetti ad un bilanciamento con altri principi. Non vi sono dei principi scritti una volta per tutte, immutabili ed intoccabili, perché si ritiene siano scritti nella Costituzione. La retorica dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che è una espressione che a me personalmente non piace affatto, è null'altro che una maniera per veicolare dei convincimenti soggettivi attraverso l'ombrello della Costituzione. Tutte le interpretazioni sono costituzionalmente orientate: questo si insegna già sui banchi dell'Università, quando si ammonisce che tra due interpretazioni, una conforme e l'altra difforme alla costituzione, si sceglie la prima. Ed infatti il significato dell'espressione è diverso: essa significa la difesa arroccata di

una materia su principi e valori che sono considerati non negoziabili. Principi e valori che rifiutano, appunto, i principi e valori dell'economia, del mercato e dell'efficienza. Non vi è nulla di male o nulla di lesivo dei valori costituzionali a voler misurare i costi del licenziamento, così come non vi è nulla di male a voler misurare i costi di una politica antidiscriminatoria. Poi si potrà decidere che si perseguirà comunque questa politica, ma intanto si è consapevoli dei costi e dell'impatto economico, e si può ipotizzare di raggiungere gli stessi risultati con delle risorse economiche meno impegnative. Quello che a me sembra che manchi nella situazione attuale è esattamente questo: una ridefinizione dei valori del diritto del lavoro che sia compatibile con l'economia di mercato, che sia compatibile con i valori di efficienza tipici appunto della economia di mercato. E qui non voglio arrivare fino a quello che è stato scritto da tre autorevoli esponenti della materia, Riccardo Del Punta, Bruno Caruso e Tiziano Treu, in un Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile, in cui si ipotizza una modifica della causa del contratto di lavoro in senso partecipativo. Io rimango affezionato ai vecchi criteri. La causa è una causa di scambio tra datore di lavoro e prestatore di lavoro, tra retribuzione e attività lavorativa. Ci possono essere delle modulazioni di questa causa di scambio, ma non è necessario arrivare ad una causa "comune", una causa "partecipativa", come se si fosse all'interno di una società. Se dunque l'indicazione rimane una forzatura da un punto di vista giuridico, essa conserva nondimeno una sua rilevanza, esprimendo, un'indicazione condivisibile da un punto di vista se vogliamo politico, circa l'evoluzione successiva che deve avere il diritto del lavoro, iniziando ad esempio – e qui mi riferisco al ceto dottrinale a cui appartengo – ad instaurare un rapporto diverso con il diritto privato. Vuoi perché il diritto privato non è quello che si legge, o quello che è dipinto in alcuni scritti dei colleghi giuslavoristi, vuoi perché ci sono evoluzioni del diritto privato che dovrebbero incominciare ad essere prese in considerazione dal diritto del lavoro, che deve rivalutare la sua matrice privatistica, posto che il contratto di lavoro è un contratto di diritto privato. Lo studio del diritto privato, ad esempio quello in particolare dei contratti relazionali, e cioè dei contratti che disciplinano una relazione di lunga durata tra le parti, consente, ad esempio, di considerare quello che viene ancora scritto nei manuali, secondo cui lo *ius variandi* rappresenta una qual-

cosa di eccezionale, non come una bizzarria del legislatore, non come una concessione ai valori dell'impresa, o ai poteri del datore di lavoro, ma più semplicemente come un dato che è tipico di una relazione di lunga durata, come quella di lavoro subordinato, e che è tipico appunto di altri contratti relazionali come i contratti bancari o i contratti con operatori turistici ed economici. E quindi di comprendere come, in realtà, questa eccezionalità sia una costruzione ideologica del ceto giustavorista, giustificabile ai tempi della monografia del mio maestro, cioè di Gino Giugni, su Mansioni e Qualifiche, in cui effettivamente lo *ius variandi* era presente nel diritto del lavoro, nel contratto del trasporto e nel contratto di appalto. Ma non più praticabile oggi.

Per concludere, quello che a me sembra necessario è non solamente riaffermare la vitalità dello Statuto di cinquant'anni fa, ma incominciare a pensare ad uno statuto non fatto di norme, ma ad uno statuto fatto di principi e valori condivisi che riconcili il diritto del lavoro con l'economia di mercato, che in fin dei conti è la ragione stessa di esistenza della materia.

La privatizzazione del lavoro pubblico e i suoi esiti

*Antonio Di Stasi**

L'Istituto di diritto privato e del lavoro e la Scuola di specializzazione in diritto sindacale, del lavoro e della previdenza dell'Università di Macerata hanno rappresentato un ambiente fecondo per gli studi accademici ed una fucina di professori di altissimo livello. Basti pensare che fra gli anni '80 e '90 nel terzo piano del Palazzo di Piaggia dell'Università vi sono stati veri e propri punti di riferimento per i giovani studiosi: il prof. Matteo Dell'Olio, il prof. Santoro Passarelli, il prof. Roberto Pessi, la Prof.ssa Paola Olivelli e il prof. Cinelli e qui hanno avuto le prime esperienze di docenti Giuliana Ciocca, Roberto Romei e Giampiero Proia. Io e l'amico Guido, che ringrazio per questo bel seminario, con insegnamenti di tal livello abbiamo avuto la possibilità di formarci in un ambiente prolifico e serio. Per questo sarò sempre grato alla prof.ssa Olivelli per avermi accolto.

La ragione per cui ho scelto di trattare il tema de "La privatizzazione del lavoro pubblico e i suoi esiti" nasce dal ricordo che ho della iniziativa (tra le ultime) organizzate da Giuliana Ciocca e precisamente il 21 maggio del 2010 quando mi ha invitato a ragionare su "Il rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione". Idealmente, penso, dunque, di continuare quel dialogo con Giuliana aggiornandolo con le riflessioni che nascono alla luce delle modifiche normative e degli sviluppi dottrinari susseguitisi nell'ultimo decennio.

Prima del 1970 era evidente e anche formalizzata la separatezza dell'impiego pubblico rispetto al lavoro privato e nella tradizionale lettura della Costituzione l'impiegato pubblico non veniva rappresentato come un lavoratore, tanto che si sosteneva che negli articoli della Carta costituzionale dedicati al lavoro l'impiego pubblico non fosse specificatamente menzionato perché implicitamente altra cosa.

La stagione cambia esattamente 50 anni fa.

* Professore ordinario di diritto del lavoro, Università politecnica delle Marche.

Con lo Statuto dei lavoratori, infatti, cambia la cultura giuridica, il diritto del lavoro è ad una svolta e diventa centrale il tema della contrattazione e della rappresentatività sindacale, sia nel settore privato che nel pubblico.

In particolare, lo Statuto faceva cadere una sorta di velo a quel “non detto” per cui se il dipendente pubblico non aveva una contrattazione collettiva egli, a differenza del lavoratore privato, godeva di una sorta di stabilità reale del posto di lavoro. Con l’art. 18 dello Statuto anche il dipendente di privati veniva a godere di una tutela forte contro i licenziamenti così da mettere in crisi quel rapporto tra pesi e contrappesi per cui si accettava l’idea che il lavoratore pubblico non poteva – uso una forzatura – essere licenziato mentre il lavoratore privato sì; il lavoratore privato godeva dei benefici della contrattazione collettiva e il lavoratore pubblico no.

Con l’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori accade, dunque, che anche il lavoratore dipendente delle imprese o di datori di lavoro privati non poteva essere licenziato senza una ragione; veniva a godere di una tutela forte similmente come il lavoratore pubblico; si rafforzava la presenza sindacale in azienda e si sosteneva la contrattazione collettiva.

L’aumento a dismisura del numero dei dipendenti pubblici, della constatazione che molti lavoratori svolgono compiti e mansioni perfettamente sovrapponibili con quelli dei dipendenti privati, tanto da far venire meno la percezione del dipendente come *longa manus* dello Stato ed investito di una pubblica funzione, la diffusione di idee progressiste e sull’onda del protagonismo dei lavoratori (a partire dalla conquista dei metalmeccanici del contratto collettivo del 1969) spinge anche larghi settori del pubblico impiego a rivendicare “nuovi” diritti e ad organizzarsi collettivamente con un deciso aumento del tasso di sindacalizzazione, che era sempre stato molto modesto prima degli anni ‘70.

Prende forza la richiesta di poter contrattare collettivamente anche nei settori della pubblica amministrazione e il legislatore, in modo all’inizio molto frammentario, inizia a riconoscere quelli che oggi definiremmo comparti e la contrattazione collettiva inizia ad estendersi dagli Enti del parastato a tutti i settori pubblici, compresi i ministeri. Alcune leggi dei primi anni ‘70 riconoscono la dinamica contrattuale nella sanità pubblica, in alcuni enti pubblici non economici come l’Inps.

Al sindacalismo autonomo si affianca, e in molte amministrazioni lo supera, il sindacalismo confederale.

In sintesi, dunque, sono tre gli elementi che segnano la svolta:

1) Esplosione del sindacalismo in settori che non rappresentavano il nocciolo dell'amministrazione dello Stato di pari passo all'ampliamento di funzioni e servizi (es sanità), tanto da portare alcuni studiosi a sostenere che lo Stato andava qualificato come "azienda di attività terziaria".

2) Con il proselitismo sindacale cresce la spinta all'unione sindacale e di pari passo la rivendicazione di sempre maggiori spazi per la contrattazione collettiva.

3) L'art.18 dello Statuto dei lavoratori ha l'effetto di correggere la prospettiva tradizionale secondo la quale il dipendente pubblico poteva accettare la compressione dei propri diritti sindacali quale contropartita di una maggiore protezione assicurata alla stabilità del suo rapporto di lavoro.

Già nel corso dei tumultuosi anni '70 si iniziò a sostenere la necessità di una legge organica che riconoscesse il metodo contrattuale collettivo, ma ciò avvenne "soltanto" con la l. n. 93/1983.

Una legge che, però, prevedeva una sorta di imbuto o tappo dovendo fare i conti con le prelieve certificazioni della disponibilità finanziaria e che non permetteva il "libero" dispiegarsi delle dinamiche contrattuali. È dalla evidenza delle problematiche della "legge quadro" del 1983 che la dottrina, sia amministrativista che lavorista, iniziano un percorso di reinterpretazione del dato costituzionale che porterà al D.lgs. n. 29/1993. È questa riforma il frutto di chi prospetta un nuovo paradigma del *management* pubblico in cui spinte provenienti da ragioni diverse si saldano: l'ideologia del mercato spinge verso la privatizzazione, il sindacato verso una contrattazione scevra da condizionamenti di bilancio. Il risultato è quello di una tendenziale uniformità di disciplina per l'intero mondo del lavoro, con momenti in cui però il sistema ha avuto evidenti crisi, blocchi della contrattazione, rilegificazione, ritorno a modelli autoritari.

Dalla fine degli anni '90, almeno su un aspetto possiamo dire che la scelta del legislatore è stata felice e funzionale e non oggetto di modifiche: il sistema di rappresentanza e rappresentatività. Il legislatore post referendum fu particolarmente lungimirante e ideò un sistema

non solo con riferimento alla capacità rappresentativa dei sindacati per costituire una rappresentanza sul luogo di lavoro, ma intervenne anche con riferimento al sistema della contrattazione collettiva disegnando un sistema di relazioni sindacali e contrattuali organico e coerente in cui ammetteva l'accesso alla contrattazione collettiva al tavolo negoziale per la stipula del contratto collettivo nazionale di lavoro le organizzazioni sindacali che avessero dimostrato attraverso due indici di avere una capacità rappresentativa superiore al 5%.

I due indici erano e sono quelli relativi al numero degli iscritti ad ogni organizzazione sul totale dei sindacalizzati che va mediato con le percentuali di voto ottenute nelle elezioni per la rappresentanza sindacale nel luogo di lavoro. L'altra novità introdotta dal legislatore nel '97 fu quella di prevedere rappresentanze sindacali unitarie e cioè rappresentanze sindacali sul luogo di lavoro scelte da tutti i lavoratori, non soltanto dai sindacalizzati, su liste presentate dalle organizzazioni sindacali. Nel settore pubblico, da più di vent'anni, sappiamo con certezza chi rappresenta chi ed anzi addirittura con che capacità rappresentativa ovvero con che percentuale di rappresentatività può sedersi al tavolo negoziale per la stipula del contratto collettivo.

La visione del legislatore è stata sicuramente lungimirante tanto che possiamo affermare che quel sistema ha retto molto bene anche nel tempo e tuttora quella regolamentazione è sostanzialmente immutata.

Fu una scelta felice quella di pesare la capacità rappresentativa attraverso il doppio riferimento al tasso di sindacalizzazione e al successo elettorale nella elezione delle RSU, così come la scelta di ritenere raggiunto l'accordo con l'adesione dei sindacati con una capacità rappresentativa superiore al 50%, e se su un aspetto la disciplina può essere criticata esso non può che essere il non aver meglio specificata la composizione dell'agente contrattuale a livello decentrato.

Su tanti altri aspetti il giudizio non può essere così positivo.

Il rapporto tra pesi riservati alla legge e quelli per la contrattazione collettiva è cambiato nel tempo tanto da assumere un andamento a fisarmonica.

Non sto qui a ripercorrere le ragioni della seconda privatizzazione a cui segue un decennio dopo, nel 2008, ad un atteggiamento di sfiducia verso la contrattualizzazione collettiva e il ruolo dei sindacati nella

determinazione degli obblighi dei lavoratori (come, ad esempio, in materia di premi economici o di determinazione del potere disciplinare).

Le misure di *austerity* portano al blocco del rinnovo dei contratti, al blocco delle assunzioni, allo svilimento del lavoro pubblico e delle retribuzioni.

La riforma Brunetta, come più volte messo in evidenza, aveva accentuato il ritorno a logiche che sembravano superate e conteneva in sé una insanabile contraddizione: l'unificazione normativa con il riconoscimento alla pubblica amministrazione dei poteri tipici del datore di lavoro privato mal si conciliava con la scelta di determinare meccanismi di premialità con regole rigide e predeterminate; così come l'ulteriore riduzione degli spazi e delle competenze della contrattazione collettiva.

Ma il pendolo non ha terminato di oscillare e con la riforma Madia si torna a privilegiare la fonte contrattuale per cui la nuova formulazione dell'art 2, co. 2 del D.lgs n. 165/2001 prevede che siano derogabili da parte dei contratti le disposizioni di legge che introducono o che abbiamo introdotto discipline speciali.

Dunque, per usare un'espressione abusata, ma vera la riforma del lavoro pubblico ancora oggi costituisce un cantiere aperto di cui non si intravede un assetto coerente tanto che si ritiene necessaria la riscrittura del D.lgs. n. 165/2001, diventato, a seguito di sovrapposti interventi che rispondono a logiche diverse, un lunghissimo articolato pieno di ripetizioni e di disposizioni inutili quando non contraddittorie dalla difficile lettura e interpretazione.

Cosa c'è di buono dell'ultimo spezzone di riforme?

L'importanza, almeno affermata, della conciliazione fra vita e lavoro; un tema che può aprire una riflessione sull'importanza dello *smart working* nelle pubbliche amministrazioni.

Lo scossone generato dalla pandemia, in questo senso, può anche essere visto come un'occasione. Con l'avvertenza, però, che non ci si limiti a rincorrere l'emergenza, ma attraverso la valorizzazione della contrattazione collettiva riuscire a disegnare processi, metodi, campi di applicazione che, oltre a permettere il lavoro a distanza, innovi i processi e i servizi pubblici.

L'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale dei cittadini di Paesi terzi nel “dialogo” tra le Corti

*Stefano Giubboni**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le prestazioni controverse. – 3. L'ondivago orientamento della giurisprudenza costituzionale. – 4. Il dialogo (ricercato) con la Corte di giustizia. – 5. Conclusione.

1. Premessa

Investita da una serie di ordinanze “gemelle” della sezione lavoro della Cassazione¹ delle questioni di legittimità costituzionale di due previsioni legislative da anni al centro di un nutrito contenzioso con l'INPS – l'art. 1, co. 25, l. n. 190/2014, relativo all'assegno di natalità, e l'art. 74 D.lgs. n. 151/2001, concernente l'assegno di maternità di base –, la Corte costituzionale ha, a sua volta, deciso di rivolgersi con procedimento accelerato alla Corte di giustizia² per sottoporle la seguente questione pregiudiziale: se l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) debba essere interpretato nel senso che le suddette prestazioni assistenziali rientrino nel suo ambito di applicazione, in base all'art. 3, par. 1, lettere *b*) e *j*) del regolamento di sicurezza sociale n. 883/2004, come richiamato dall'art. 12, par. 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98/UE, e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere inteso nel senso di non consentire una normativa nazionale, quale quella scrutinata, che non estende agli stranieri titolari del permesso unico le dette provvidenze, che viceversa sono concesse a quanti posseggano un permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo.

* Professore ordinario di diritto del lavoro, Università degli studi di Perugia.

¹ V. le ordinanze del 17 giugno 2019 nn. 175, da 177 a 182 e da 188 a 190, in *G.U.*, prima serie speciale, nn. 44 e 45 del 2019.

² Il Presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea non ha, tuttavia, accolto l'istanza di trattazione della causa C-350/20 con il procedimento pregiudiziale accelerato previsto dall'art. 105 del regolamento di procedura della Corte.

La questione pregiudiziale così sollevata con l'ordinanza n. 182/2020, che a sua volta viene a intrecciarsi con una procedura d'infrazione già avviata dalla Commissione europea contro l'Italia³, è tecnicamente complessa, non fosse altro perché si inserisce in un filone tra i più cospicui e controversi della recente giurisprudenza costituzionale (e sovranazionale) in tema di condizioni di accesso alle prestazioni di assistenza sociale da parte di cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione europea. Prima dunque di svolgere qualche considerazione critica sui termini in cui la Corte costituzionale ha deciso di formulare il quesito pregiudiziale, pare opportuno dar conto, succintamente, oltre che della specifica questione ora sottoposta al duplice vaglio di costituzionalità e di legittimità euro-unitaria⁴, dello stato dell'arte di questa giurisprudenza, per poi concludere con qualche valutazione pro-

³ Procedura d'infrazione 2019/2100, a cui – negli auspici – dovrebbe offrire soluzione, come diremo meglio *infra* al § 5, l'art. 2 dello schema di disegno di legge recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea (la c.d. legge europea 2019/2020).

⁴ Ci si asterrà, invece, rigorosamente dall'aggiungere altro inchiostro sulla (forse sopravvalutata) *querelle générale* della c.d. “doppia pregiudizialità”, visto che si tratterebbe d'un evidente fuor d'opera rispetto ai limitati intenti di questo breve scritto. Si può semmai incidentalmente notare come, per qualche ragione che sarebbe interessante indagare (ma non qui, ovviamente), siano stati soprattutto i giudici del lavoro – sia di merito che di legittimità – a distinguersi nel mettere alla prova la tenuta del celebre *obiter* della sentenza n. 269/2017. Ed è *pour cause* venuto a quanto consta proprio da un giudice del lavoro anche il primo caso di doppia pregiudiziale contestuale, ovvero il primo esempio di rimessione sincrona, insieme alla Corte di giustizia e alla Corte costituzionale, di una questione di conformità alla Costituzione e alla CDFUE essenzialmente costruita sullo stesso parametro euro-unitario di legittimità: cfr. Corte di appello di Napoli, 18 settembre 2019, in *Arg. dir. lav.*, 2020, p. 411 ss., con commento di S. D'ASCOLA, *Licenziamento collettivo e tutele crescenti: la doppia pregiudizialità e le ordinanze gemelle*. L'esperimento non ha, però, esattamente dato l'esito sperato: la Corte di giustizia (con ordinanza del 4 giugno 2020 in causa C-32/20, *Cira Romagnuolo c. Balga Srl*) si è infatti dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sulla questione, che la Corte costituzionale ha ritenuto, a sua volta, inammissibile (si veda il comunicato diffuso all'esito dell'udienza celebratasi il 3 novembre 2020); con un esito “processuale” che non sorprende e che lascia comunque aperte, nel merito, le questioni sostanziali poste dalla disciplina dell'art. 10 del D.lgs. n. 23/2015 (sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020, p. 182 ss.).

gnostica sul possibile esito di questo scrutinio e sui paralleli sviluppi legislativi *in fieri*.

2. Le prestazioni controverse

Le due provvidenze oggetto dei dubbi qualificatori e del conseguente quesito pregiudiziale della Corte costituzionale costituiscono esempi emblematici della frammentazione e del categorialismo disordinato (*unprincipled*, si potrebbe meglio dire prendendo a prestito la parola inglese) tipico del nostro ordinamento assistenziale, specialmente in questo ambito⁵.

La prima delle provvidenze in esame (il renziano *bonus bebè*) è prestazione introdotta al fine esplicito di incentivare la natalità e di contribuire alle spese per il suo sostegno ed è stata (ad oggi) disciplinata da ben quattro diversi interventi normativi per distinte generazioni di nascite: l'art. 1, co. 125-129, l. n. 190/2014 (la fonte istitutiva originaria) riconosce l'assegno con durata triennale per le generazioni di nati o adottati dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2017; l'art. 1, co. 248, l. n. 205/2017 ne ha previsto il riconoscimento per i figli nati o adottati dal 1° gennaio 2018 al 31 dicembre di quello stesso anno, limitandone la durata al compimento del primo anno di età ovvero del primo anno di ingresso nel nucleo familiare a seguito di adozione; l'art. 23-*quarter* del D.l. n. 119/2018, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136, ne ha stabilito la corresponsione per il 2019, prevedendo un aumento del 20 per cento dell'importo in caso di figlio successivo al primo; l'art. 1, co. 340-341, l. n. 160/2019 ha prolungato detta disciplina al 2020.

⁵ L'assegno unico per i figli – misura universale prevista dal disegno di legge ormai noto come *Family act*, cui si accennerà nel par. conclusivo – è pensato per superare finalmente tale disordine, fonte di inique esclusioni nella protezione oltre che di inefficienze dovute alla disfunzionale dispersione di risorse scarse. Basti il rinvio a C. SARACENO, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Bologna, 2003.

Anche la misura dell'assegno, che dipende dal valore dell'ISEE, è significativamente variata negli anni. In particolare, e limitandoci agli ultimi due anni, se l'importo annuo dell'assegno per le generazioni di nati o adottati fino al 31 dicembre 2019 è stato pari a 960 euro annui nel caso in cui il valore dell'ISEE minorenni non fosse superiore a 25.000 euro annui, e a 1.920 euro nel caso in cui detto valore non superasse i 7.000 euro, per i nati (o adottati) nell'anno 2020 la legge attualmente (e provvisoriamente) in vigore ne ha così rimodulato gli importi: 1.920 euro, nel caso in cui il valore dell'ISEE non sia superiore a 7.000 euro annui; 1.440 euro, nel caso in cui tale valore sia superiore a 7.000 euro annui e inferiore a 40.000 euro; 960 euro (gli originari 80 euro mensili), nel caso in cui il suddetto valore sia superiore a 40.000 euro.

Senz'altro più lineare, o quantomeno più stabile, al cospetto di quella appena vista, risulta la disciplina della seconda provvidenza qui in esame. L'assegno di maternità di base – introdotto dall'art. 66 della l. n. 448/1998 e poi disciplinato dall'art. 74 del testo unico approvato con il D.lgs. n. 151/2001 – è provvidenza rivolta, per ogni figlio nato e per ogni minore in affidamento preadottivo o in adozione senza affidamento, alle donne che non beneficino di indennità di natura previdenziale e che appartengano a nuclei familiari in disagiate condizioni economiche, valutate alla stregua dell'indicatore della situazione economica di cui al D.lgs. n. 109/1998. Concesso dai Comuni, è erogato dall'INPS (art. 74, co. 3 e 8, D.lgs. n. 151/2001).

Sia l'art. 1, co. 25, l. n. 190/2014 che l'art. 74, D.lgs. n. 151/2001 subordinano l'accesso degli stranieri alle provvidenze ivi previste al requisito del possesso del permesso per lungo-soggiornanti. Ed è naturalmente su questo requisito – fortemente selettivo oltre che *prima facie* (direttamente) discriminatorio⁶ – che si appuntano i sospetti di illegittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3, 31 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 20, 21, 24, 31 e 34 CDFUE,

⁶ Con esso la legge impone, infatti, ai soli stranieri non comunitari di dimostrare di avere un reddito sufficiente per il sostentamento proprio e dei familiari a carico, di disporre di un alloggio di dimensioni adeguate, oltre che conforme ai requisiti igienico-sanitari, e di poter vantare un regolare soggiorno di almeno cinque anni nel territorio italiano.

sollevati dalla Corte di cassazione sul presupposto (invero assai chiaro, ancorché non sempre ugualmente esplicitato nelle ordinanze di promovimento) che tanto l'assegno di natalità quanto quello di maternità di base debbano essere senz'altro qualificati come prestazioni familiari di sicurezza sociale ai sensi del regolamento n. 883/2004, come richiamato dall'art. 12 della direttiva n. 2011/98. È il dubbio sulla correttezza di tale qualificazione alla stregua del diritto euro-unitario, apparentemente incontrovertibile per la Cassazione, che spinge invece la Corte costituzionale – «in un quadro di costruttiva e leale cooperazione tra i diversi sistemi di garanzia [...], affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico»⁷ – a interrogare la Corte di giustizia dell'Unione europea, focalizzando peraltro il quesito sull'art. 34 CDFUE, la previsione più periferica e meno rilevante – come diremo meglio più avanti – nel ragionamento svolto dai giudici di legittimità.

Qui giova rammentare che quel rigoroso requisito, non contemplato originariamente dalla previsione generale di cui all'art. 41 del D.lgs. n. 286/1998 – che si limitava (e formalmente ancora si limita) a richiedere, oltre alla carta di soggiorno, il permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno –, è stato gradualmente generalizzato come condizione di accesso degli stranieri extracomunitari alle principali prestazioni di assistenza sociale a partire dall'entrata in vigore dell'art. 80, co. 19, l. n. 388/2000 (legge finanziaria 2001), approvato proprio allo scopo di limitare la portata applicativa della citata disposizione del testo unico sull'immigrazione. Da quel momento, infatti, ai fini dell'applicazione dell'art. 41 del D.lgs. n. 286/1998, l'accesso all'assegno sociale e più in generale alle provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione in materia di servizi sociali è stato per l'appunto subordinato al possesso della (sola) carta di soggiorno, poi divenuta il permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo introdotto dal D.lgs. n. 3/2007 in attuazione della direttiva 2003/109/CE.

È da lì che nasce gran parte di quel vasto contenzioso, poi alimentato anche da altri interventi legislativi (statali e regionali) improntati alla medesima logica restrittiva e limitativa, che, nel corso degli anni, è

⁷ Punto 3.1. del *Considerato in diritto* della ordinanza.

sempre più spesso giunto davanti alla Corte costituzionale⁸ e, talvolta, dinanzi alle stesse Corti europee⁹.

3. L'ondivago orientamento della giurisprudenza costituzionale

La Corte costituzionale è stata così chiamata sempre più spesso – con un significativo *crescendo* di casi negli ultimi anni – a giudicare della legittimità dei sempre più restrittivi requisiti di accesso degli stranieri non comunitari alla variegata gamma di prestazioni e provvidenze di natura assistenziale frammentariamente previste dal legislatore statale come da quelli regionali.

La Corte ha stentato a trovare un criterio ordinatore nella propria giurisprudenza, che anche di recente ha fatto registrare oscillazioni di orientamenti talvolta contraddittori o per lo meno non riconducibili a una *ratio* coerentemente unitaria¹⁰. In parte ciò è spiegabile in ragione

⁸ Un'utile rassegna è stata curata da M. FIERRO, *Prestazioni sociali e cittadinanza. La giurisprudenza della Corte costituzionale*, quaderno (298) reperibile nella sezione *Studi e ricerche* del sito istituzionale della Corte, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it.

⁹ V. in particolare, per la specifica inerenza ai temi qui trattati (in entrambi casi a venire in rilievo è stata, infatti, la prestazione di cui all'art. 65 della l. n. 448/1998), le importanti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 aprile 2014, *Dhabbi c. Italia* (in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, p. 888 ss., con nota di W. CHIAROMONTE, *Prestazioni sociali familiari e discriminazioni per nazionalità. La posizione della Corte di Strasburgo*), e della Corte di giustizia dell'Unione europea, 21 giugno 2017, C-449/16, *Martinez Silva* (in *Riv. giur. lav.*, 2018, II, p. 109 ss., ancora con annotazione di W. CHIAROMONTE, *Diniego dell'assegno per il nucleo familiare, discriminazione collettiva per nazionalità e legittimazione ad agire delle associazioni*).

¹⁰ Esiste in tema una vasta letteratura, di cui è impossibile dar conto ai nostri limitati fini: tra i contributi più recenti v., comunque, almeno A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati alla ricerca della solidarietà perduta*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 247 ss.; V. FERRANTE, *È incostituzionale l'esclusione dei cittadini extra-UE dai benefici sociali: si apre la via all'eguaglianza sostanziale?*, *ivi*, 2018, p. 739 ss.; W. CHIAROMONTE, *I requisiti di accesso all'assegno di natalità alla prova del diritto antidiscriminatorio*, *ivi*, 2017, p. 527 ss.; M. MCBRITTON, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano. Una prospettiva giuslavoristica*, Bari, 2017 (spec. al cap. III); S. BOLOGNA, *Eguaglianza e welfare degli immigrati: tra self-restraint legislativo e aperture giurisprudenziali e contrattuali*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, I, p. 636 ss. In precedenza, tra i contributi più organi-

della oggettiva complessità e frammentarietà del quadro normativo – nazionale e regionale – oggetto di scrutinio; ma per altro verso un tale incedere asistemico e ondivago¹¹ è imputabile alla crescente salienza politica delle questioni di giustizia redistributiva sottese alle questioni di legittimità costituzionale portate all'attenzione della Corte. Ci offre plastica evidenza di questa difficoltà di coerenza sistematica in nome della *Realpolitik* (e dei vincoli di bilancio) la assai discussa sentenza n. 50/2019 sull'assegno sociale¹², nella quale la Corte costituzionale – con la mente forse già rivolta alle ben più ardue censure che potrebbero essere prospettate per il reddito di cittadinanza¹³ – ha dovuto piuttosto acrobaticamente smentire se stessa per far salvo il concorrente (e, a quanto pare, cumulativo) requisito del possesso del permesso per lungo-soggiornanti e della continuativa residenza decennale nel territorio italiano¹⁴.

Ma, a parte qualche discutibile cedimento o arretramento, qual è

ci: C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3/2014 (*Focus Human Rights*); W. CHIAROMONTE, *Lavoro e diritti sociali degli stranieri. Il governo delle migrazioni economiche in Italia e in Europa*, Torino, 2013; F. BIONDI DAL MONTE, *Lo Stato sociale di fronte alle migrazioni. Diritti sociali, appartenenza e dignità della persona*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2012/03 (del 3 settembre 2012); EAD., *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, spec. pp. 30 e 118 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007.

¹¹ Taluno – particolarmente critico (e caustico) – direbbe «cinico-pragmatico»: L. CAVALLARO, *Giurisprudenza. Politiche del desiderio ed economia del godimento nell'Italia contemporanea*, Macerata, 2014, p. 12.

¹² La si veda in *Giur. cost.*, 2019, p. 762 ss., con nota di G. BASCHERINI, *Obbligo o parità? Ancora in tema di prestazioni assistenziali a favore degli stranieri extracomunitari, ma per l'assegno sociale ci vuole il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*.

¹³ Cfr. S. GIUBBONI, *Il reddito di cittadinanza tra diritto e politica*, in *Cittadinanza europea*, 2/2019, p. 77 ss., spec. pp. 102-104.

¹⁴ Fu per prima Giuliana Ciocca a rilevare – inascoltata – la distonia della previsione rispetto ai principi costituzionali: cfr. G. CIOCCA, *Le modifiche all'assegno sociale e la carta acquisti nella legge 6 agosto 2008, n. 133*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 637 ss. (e, per i profili di contrasto con il diritto dell'Unione, G. GIUBBONI, *Il diritto alla sicurezza sociale tra frontiere nazionali e solidarietà europea*, in *Gli Stranieri*, 2/2012, p. 61 ss.).

senza dubbio quello appena evocato¹⁵, la giurisprudenza della Corte costituzionale pare in prevalenza orientata a un'applicazione in chiave espansiva del principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.*, con il suo corollario paritario in favore degli stranieri bisognosi di assistenza¹⁶. La Corte è invero ferma nel muovere dall'assunto che l'introduzione di requisiti di accesso differenziati a carico degli stranieri possa avvenire «solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata, anche in virtù del principio solidaristico, da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*»¹⁷. Ed è anche ferma – ancorché più oscillante e perplessa nelle applicazioni concrete (come appunto dimostra il citato caso dell'assegno sociale) – nell'esigere che gli eventuali requisiti differenziali previsti per gli stranieri incontrino comunque il limite del «nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana»¹⁸, che si rinviene tutte le volte in cui la prestazione sia diretta a soddisfare bisogni primari, che attengono appunto alla sfera non comprimibile della tutela della dignità (sociale) della persona.

¹⁵ Ma di passi indietro, persino più discutibili di quello testé segnalato, è a ben vedere costellata anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, come dimostra la piega da essa presa sul tema – altrettanto “sensibile” dal punto di vista politico – dell'accesso transnazionale dei cittadini (comunitari) economicamente non attivi all'assistenza sociale: sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, n. 3/2018, p. 591 ss.

¹⁶ È comunque la giurisprudenza di merito, spesso (ma non sempre) avallata da quella di legittimità, ad aver affermato, negli anni, le soluzioni più avanzate in tal senso, con frequente ricorso all'applicazione diretta della normativa euro-unitaria e ad un uso non di rado rigoroso (e coraggioso) dell'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: v., anche per gli opportuni riferimenti, M. D'ONGHIA, *Tutele previdenziali e assistenziali dei lavoratori migranti*, in AA. VV., *Previdenza e assistenza*, in *Pratica professionale – Lavoro*, diretto da P. CURZIO, L. DI PAOLA e R. ROMEI, Milano, 2017, p. 611 ss.; W. CHIAROMONTE, A. GUARISO, *Discriminazioni e welfare*, in M. BARBERA, A. GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, p. 329 ss.

¹⁷ Corte cost., 4 luglio 2013, n. 172.

¹⁸ Corte cost., 3 giugno 2013, n. 116.

La Corte si è dimostrata invece meno lineare nei suoi percorsi argomentativi quando ha dovuto confrontarsi con i parametri offerti dal diritto dell'Unione, sui quali è stata fino ad oggi piuttosto refrattaria a instaurare un "dialogo" con la Corte di giustizia. Donde l'importanza dell'ordinanza che si commenta, non fosse altro che per l'apertura di un dialogo diretto con la Corte di giustizia in una sfera normativa così densamente incisa dal diritto dell'Unione. La Corte sembra in ciò finalmente mostrare piena consapevolezza che, senza un siffatto confronto leale e costruttivo, difficilmente potrebbe fornire risposte coerenti e appaganti sui tanti punti di frizione con il diritto dell'Unione sempre più spesso messi allo scoperto da un contezioso giudiziario persistente e ramificato.

4. Il dialogo (ricercato) con la Corte di giustizia

Se una siffatta apertura al dialogo è da giudicare con favore, più problematica risulta invece la valutazione dei termini in cui la Corte costituzionale ha ritenuto di dover formulare il proprio quesito pregiudiziale, ponendovi al centro, come già notato, la previsione dell'art. 34 CDFUE.

È anzitutto dubbia, infatti, nella specie, l'effettiva rilevanza di questa previsione della Carta di Nizza, per quanto invocata dalla stessa Corte di cassazione nelle proprie ordinanze (ma essenzialmente *ad colorandum* e comunque senza alcuna indicazione utile a chiarirne l'effettivo rilievo parametrico *in casu*). Probabilmente, nel richiamare l'art. 34 CDFUE, sia la Corte costituzionale che, prima, la Cassazione hanno inteso ispirarsi all'uso che della disposizione – senz'altro tra le più neglette della Carta di Nizza¹⁹ – la Corte di giustizia aveva fatto

¹⁹ È sintomatico di ciò il fatto che il ponderoso commentario curato da F. DORSEMONT, K. LÖRCHER, S. CLAUWAERT e M. SCHMITT, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relationship*, Oxford, 2019, possa permettersi di ignorare bellamente l'art. 34. Ma anche laddove ciò – più correttamente – non accade, è comune tra i commentatori la sottolineatura «della sostanziale irrilevanza *de iure condito* dell'art. 34 CDFUE nella prospettiva dell'accesso degli stranieri alla sicurezza sociale» (così G. ORLANDINI, W. CHIAROMONTE, *Art. 34*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei*

nella nota sentenza *Kamberaj*²⁰, in cui effettivamente il terzo paragrafo della previsione in parola era stato evocato per rafforzare sul piano argomentativo l'interpretazione dell'art. 11, par. 1, lettera *d*), della direttiva 2003/109/CE²¹. Ma, nella specie, almeno a giudicare da come la Corte ha formulato il quesito pregiudiziale, sembrerebbe che a rilevare, nella sua ottica, sia piuttosto il par. 2 dell'art. 34 («Ogni persona che risieda e si sposti legalmente all'interno dell'Unione ha diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali»): l'unico nucleo precettivo potenzialmente suscettibile – secondo l'opinione prevalente²² – di diretta applicazione nella misura in cui riconosce un vero e proprio diritto senza limitarsi, come i paragrafi 1 e 3, ad enunciare un mero principio (secondo la nota e discussa distinzione formulata dall'art. 52 della stessa Carta). Tanto parrebbe doversi desumere anche dalla perentoria affermazione che la Corte costituzionale fa in ordine alla “riconduzione” all'art. 34 CDFUE della direttiva 2011/98/UE²³ (e, di riflesso, del regolamento n. 883/2004)²⁴.

Ma, se è così, il quesito pregiudiziale appare comunque mal formulato, nella misura in cui inverte i termini del discorso: l'art. 34 (anche volendo ammettere che sia effettivamente rilevante) è infatti del tutto silente al riguardo, visto che il suo significato dipende interamente dalla nozione di sicurezza sociale accolta dall'art. 3, par. 1, lettere *b*) e *j*), del regolamento n. 883/2004, siccome richiamato dall'art. 12, par. 1, lettera *e*), della direttiva 2011/98. Onde il quesito andrebbe esattamente

diritti fondamentali dell'Unione europea, Milano, 2017, p. 642 ss., qui p. 656).

²⁰ Corte di giustizia UE, 24 aprile 2012, C-571/10.

²¹ V. il punto 80 della sentenza citata nella nota precedente.

²² V. per tutti G. ORLANDINI, W. CHIAROMONTE, *Art. 34*, op. cit., p. 644, e, volendo, già S. GIUBBONI, *Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 617 ss.

²³ Come infatti si legge al punto 6.3.1. del *Considerato in diritto*, «Tale direttiva ha quale base giuridica l'art. 79, paragrafo 2, lett. *a*) e *b*), TFUE e deve essere ricondotta all'art. 34 della Carta».

²⁴ «Lo scrutinio di questa Corte – si legge poco dopo nell'ordinanza – concerne il diritto alla parità di trattamento nel settore della sicurezza sociale, come definito dal regolamento (CE) n. 883/2004», espressamente richiamato dall'art. 12 della direttiva 2011/98.

te rovesciato, dovendosi semmai chiedere alla Corte di giustizia se le citate disposizioni della direttiva e del regolamento, eventualmente lette alla luce dell'art. 34 CDFUE (per quanto appunto la norma possa rilevare sul piano interpretativo), ostino a che la normativa nazionale escluda dalle provvidenze in questione gli stranieri titolari del permesso unico di cui alla direttiva 2011/98, concedendole soltanto a quanti siano in possesso del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo.

La questione pregiudiziale così formulata dalla Corte suscita, poi, un secondo ordine di perplessità, se si vuole ancor più sostanziali di quelle testé prospettate. Si è ricordato come la Corte di cassazione non nutrisse invero dubbio alcuno – e a ben donde, per quel che diremo tra un momento – sulla natura delle provvidenze in questione: pur rappresentandosi la possibilità di procedere senz'altro alla disapplicazione della normativa nazionale per contrasto con il combinato disposto della direttiva 2011/98 e del regolamento n. 883/2004²⁵, interpretati alla luce della CDFUE (ed in specie, sotto questo profilo, degli artt. 20 e 21)²⁶, la Corte nomofilattica ha giustamente preferito sollevare l'incidente di costituzionalità al fine di conseguire la «eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione»²⁷. È (solo) la Corte costituzionale a porsi il dubbio sulla natura delle due prestazioni, al lume dell'art. 34 CDFUE: con un qualche eccesso di cautela, o di zelo, si potrebbe però osservare²⁸.

²⁵ D'altra parte, come è stato puntualmente ricordato, «la tesi della diretta applicabilità del citato art. 12 della direttiva e della conseguente disapplicazione della normativa nazionale contrastante è stata avallata, da ultimo, anche dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 95 del 4 maggio 2017» (M. D'ONGHIA, *Tutele previdenziali e assistenziali*, op. cit., p. 630). Per una più recente conferma *adde* Corte cost., ord. 15 marzo 2019, n. 52 (relativa ad un giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 65, co. 1, l. n. 448/1998).

²⁶ In quanto suscettibili, in combinazione con le correlate fonti secondarie, di diretta applicazione, come è ormai pacifico in particolare per l'art. 21 CDFUE: cfr. per tutti A. KOUKIADAKI, *Application (Article 51) and Limitations (Article 52(1))*, in F. DORSEMONT, K. LÖRCHER, S. CLAUWAERT, M. SCHMITT, *The Charter of Fundamental Rights*, op. cit., p. 101 ss., spec. pp. 118-119; M. ROCCELLA, T. TREU, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano, 2019, p. 75 ss.

²⁷ Così, in particolare, al punto 11 dell'ordinanza (atto di promovimento) n. 175/2019, che si rifà a Corte cost. n. 63/2019.

²⁸ Una cautela, o uno zelo, che – a voler essere appena maliziosi – sarebbe stato

A legger bene l'ordinanza, nemmeno la Corte costituzionale riesce infatti a spiegare le ragioni di tale dubbio, in specie per l'assegno di maternità di base di cui all'art. 74 del D.lgs. n. 151/2001, la cui natura di prestazione familiare di sicurezza sociale ai sensi dell'art. 3 del regolamento n. 883/2004, e quindi della direttiva 2011/98, appare invero difficilmente equivocabile, stando alla granitica giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo²⁹. Ma neppure per l'assegno di natalità – al di là del cenno alla sua valenza plurifunzionale ed ai conseguenti supposti «aspetti inediti rispetto alle prestazioni familiari già vagliate dalla Corte di giustizia»³⁰ – l'ordinanza in commento offre indicazioni persuasive.

In conclusione, la nostra perplessità sull'ordinanza sta in ciò: che la Corte insinua dubbi su profili ampiamente dissodati e chiariti tanto dalla giurisprudenza interna quanto, a ben vedere, da quella europea, e lo fa richiamando un parametro di dubbia rilevanza, qual è quello offerto dall'art. 34 CDFUE, svalutando apparentemente – con una sorta di deviazione o di salto argomentativo – il cuore delle questione, che ha a che fare con l'applicazione (diretta) della direttiva 2011/98 e con il divieto di discriminazione e l'obbligo di parità di trattamento in essa contenuto.

ben più produttivo che la Corte avesse mostrato per altre questioni pur di recente sottoposte al suo vaglio anche alla luce dei parametri euro-unitari, come nel caso, già evocato, della sentenza n. 50/2019 sull'assegno sociale (*supra*, nota 12 e testo corrispondente).

²⁹ Cfr. per tutti (anche per gli opportuni riferimenti) A. GARILLI, *La sicurezza sociale degli immigrati*, op. cit., p. 257, che rammenta come in detta nozione debbano rientrare «tutte le prestazioni attribuite automaticamente secondo criteri obiettivi, senza che residuino margini di valutazione discrezionale su circostanze personali da parte dell'autorità competente». Per un'applicazione conforme nella giurisprudenza nazionale v., tra le altre, Cass., 1 settembre 2011, n. 17966. In dottrina v., *si vis*, anche S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 187 ss.

³⁰ Punto 7.1.1. del *Considerato in diritto*.

5. Conclusione

Che questo sia il nocciolo del problema è, comunque, e per fortuna, finalmente chiaro allo stesso legislatore, che con il disegno di legge europea 2019/2020 attualmente in discussione si propone di sanare il contrasto con il diritto dell'Unione e di superare così la procedura d'infrazione avviata dalla Commissione³¹. Ove approvato nella formulazione proposta, l'art. 2 del disegno di legge supererebbe, infatti, questo contrasto (e quindi, almeno per il futuro, la stessa questione sollevata dalla, e dinanzi alla, Corte costituzionale), stabilendo che tanto ai fini dell'art. 74, D.lgs. n. 151/2001, quanto ai fini dell'art. 1, co. 125, l. n. 190/2014, il diritto alla prestazione (pacificamente di sicurezza sociale ai sensi del diritto dell'Unione) spetti anche ai titolari del permesso di soggiorno di cui al nuovo art. 41, co. 1-ter, D.lgs. n. 286/1998. La previsione si propone altresì di utilizzare la deroga consentita in materia di prestazioni familiari dall'art. 12 della direttiva 2011/98/UE in stretta coerenza con i limiti da questa autorizzati³².

D'altra parte, è lo stesso disegno di legge delega relativo al c.d. *Family act* a ribadire tale principio ai fini dell'accesso alla futura prestazione familiare a carattere universale, ovvero che ad averne diritto saranno anche gli stranieri extracomunitari titolari del permesso di soggiorno per motivi di lavoro o di ricerca di durata almeno annuale, con un ritorno, dunque, dopo oltre vent'anni, alla *ratio* originaria dell'art. 41 del testo unico sull'immigrazione (salva, però, l'introduzione di un requisito di residenza biennale nel territorio italiano, di cui dovrà essere valutata la compatibilità, *prima facie* piuttosto problematica, con la citata direttiva)³³.

³¹ V. sopra, nota 3.

³² Si prevede, infatti, che in deroga al nuovo art. 41, comma 1-bis, D.lgs. n. 286/1998, e per l'appunto in coerenza con quanto consentito dall'art. 12, par. 2, lett. b), dir. 2011/98/UE (e dall'art. 22, par. 3, dir. 2016/801/UE), nell'ambito delle prestazioni familiari di sicurezza sociale di cui all'art. 3, par. 1, reg. n. 883/2004, siano equiparati ai cittadini italiani esclusivamente gli stranieri titolari di permesso unico di lavoro autorizzati a svolgere un'attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nonché i titolari del permesso di soggiorno per motivi di ricerca autorizzati a soggiornare in Italia per un periodo superiore a sei mesi.

³³ Cfr. l'art. 2, lett. f), nn. 1 e 4, del disegno di legge n. 1892, *Delega al Governo*

Occorre in definitiva auspicarsi che la futura decisione della Corte di giustizia, sollecitata dalla Consulta con l'ordinanza n. 182/2020, possa corroborare la linea interpretativa dominante tra i giudici comuni e come detto oramai recepita negli indirizzi assunti dal Governo in carica, che lo stesso Parlamento si appresta a fare propri.

*per riordinare, semplificare e potenziare le misure a sostegno dei figli a carico attraverso l'assegno unico e universale, ora al Senato all'esito dell'approvazione da parte della Camera dei Deputati in data 21 luglio 2020. Sulla base delle più lasche indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, un requisito di collegamento territoriale del genere può peraltro apparire ragionevole e proporzionato: v. in tal senso A. GARILLI, *Immigrati e discriminazioni nel settore della sicurezza sociale. Sulle provvidenze a sostegno della famiglia la Corte costituzionale sollecita il dialogo con la Corte di giustizia*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, p. 561 ss.*

Il reddito di cittadinanza ed ammortizzatori sociali alla prova della pandemia

Giuseppe Sigillò Massara*

SOMMARIO: 1. *Mala tempora currunt*. – 2. I dubbi di costituzionalità. – 3. Le criticità in tema di ammortizzatori sociali. – 4. Il modello di protezione sociale costituzionalizzato. – 5. Il reddito di cittadinanza quale strumento di occupabilità.

1. *Mala tempora currunt*

Non possiamo che evocare le parole del Maestro per ricordare dolorosamente che la pandemia dal COVID-19 abbia non solo generato terribili sofferenze ed inenarrabili drammi umani, ma ha anche provocato uno *tsunami* senza precedenti nei rapporti fra i poteri costituzionali, con il progressivo trasbordare del potere esecutivo sul potere legislativo, insieme all'emersione di una evidente graduazione fra i diritti fondamentali sanciti dal sistema tracciato dalla carta costituzionale. Ci siamo, dolorosamente, risvegliati scoprendo che la “classica” definizione di servizi pubblici essenziali, salvo qualche sporadico caso, non coincidesse con quella dei servizi indispensabili per la sopravvivenza stessa della nostra comunità e che si sono rivelati (quelli sì) assolutamente necessari per garantire la nostra convivenza¹.

Come la nostra vita sociale ed economica, anche il mondo del lavoro ha subito un pesante impatto ed ora rischia di essere (definitivamente) stravolto, con effetti profondi, alcuni ben visibili e percepibili

* Professore associato di diritto del Lavoro, Università degli Studi *Link Campus University* Roma.

¹ I servizi indispensabili garantiti dalla filiera agro-alimentare, della distribuzione commerciale e della logistica dei prodotti alimentari e dei beni di prima necessità che consentono a questi beni di essere disponibili, (neanche ipotizzati dal legislatore della l. n. 146/1990), sono stati, correttamente anteposti alla molteplicità dei diritti pubblici essenziali (ad esempio il trasporto urbano e vieppiù i musei). Cfr anche A. MARESCA, *Il diritto del lavoro al tempo del COVID-19*, in *Federalismi*, n. 8/2020.

immediatamente ed altri, di lungo periodo, che determineranno un radicale ripensamento del sistema produttivo, dell'organizzazione del lavoro, nonché la necessità di una profonda riflessione circa la scala valoriale che dovrà regolare la comunità civile nella quale viviamo, modificando definitivamente il modello economico che, dalla caduta del muro di Berlino al WTO del 2000, ha permeato tutta la civiltà occidentale².

2. I dubbi di costituzionalità

Peraltro numerosi dubbi di costituzionalità si addensano sul modello di intervento adottato dal Governo Conte *bis*³. A seguito della proclamazione dello stato di emergenza posta in essere dal Governo il 31 gennaio 2020⁴, della quale si sta pericolosamente ventilando la proroga ben oltre il gennaio del 2021, si sono susseguiti uno stuolo di provvedimenti che hanno avuto una pervasiva incidenza sui diritti dei cittadini, oltre a regolare i poteri straordinari conferiti alle pubbliche amministrazioni ed alla protezione civile.

Il complesso di tali provvedimenti è sorretto, in ultima analisi, dall'assunto che la tutela del diritto alla salute debba risultare prevalente rispetto alla garanzia delle altre libertà costituzionali, nonché a qualsivoglia altro diritto, economico o addirittura personale.

Pur nella consapevolezza che sul piano emozionale tale assunto risulti difficilmente confutabile (anche perché richiama i principi di diritto naturale e, fra questi, la innata aspirazione dell'essere umano alla

² G. TREMONTI, in *Italia Oggi*, 12.2.2020, p. 5.

³ Sul tema v. B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 18 marzo 2020 e P. SEVERINO, *Intervista* in *www.corriere.it*, 1 aprile 2020, la quale afferma che pur se l'articolo 13 che definisce il principio della libertà personale come «inviolabile», declinando le modalità con cui essa può essere limitata (...) dimostra come tutti, più o meno consapevolmente, abbiamo ritenuto che, di fronte alla epidemia, anche la possibilità di limitare la libertà di movimento trovasse un fondamento nella tutela della salute.

⁴ Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 – Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili, in GU Serie Generale n. 26 del 01-02-2020.

sopravvivenza), permane l'obbligo, morale oltre che di correttezza scientifica, di verificare se gli strumenti normativi utilizzati per perseguire tale principio siano coerenti con il sistema di *check and balances* che permea la nostra Legge fondamentale

Si pongono, in particolare, due interrogativi di principio: ovvero, in primo luogo, se sia corretto concentrare in un provvedimento soggettivamente imputabile al solo Presidente del Consiglio dei Ministri (sia pure in modo del tutto astratto normativamente delegato dal D.lgs. n. 1/2018, in Codice della Protezione civile) le misure restrittive dei diritti fondamentali dei cittadini; in secondo luogo se possa essere corretto che il baricentro decisorio circa il contenuto dei provvedimenti restrittivi dei principi costituzionali – primo fra tutto quello della libertà personale – possa essere spostato a favore di transeunti organismi tecnici, estranei tanto agli organi costituzionali, quanto alle esistenti (e tecnicamente solide) pubbliche amministrazioni competenti.

Quanto al primo quesito, occorre considerare che, sotto il profilo genetico, la disciplina raccolta nel Codice della protezione civile ha visto come presupposti concreti eventi sì catastrofici, ma concentrati in aree limitate del Paese (si pensi ai terremoti, che, a partire da quello dell'Irpinia, sono stati la ragione storica della nascita dello stesso Dipartimento della Protezione Civile) e, comunque, caratterizzati da una pervasività che non è in alcun modo paragonabile a quella in corso a causa della pandemia⁵. Ed infatti il meccanismo oggetto dell'art. 24, 1° comma, D.lgs. n. 1/2018, che autorizza il Consiglio dei Ministri all'emanazione delle ordinanze di protezione civile interiorizza condizioni di fatto – quali “ il ripristino della funzionalità dei servizi pubblici e delle infrastrutture di reti strategiche, alle attività di gestione dei rifiuti, delle macerie, del materiale vegetale o alluvionale o delle terre e rocce da scavo prodotti dagli eventi” – che mal si adattano all'attuale situazione. Ciò permette di comprendere i limiti della fonte normativa

⁵ Cfr. sul tema la ricostruzione di L.M. TONELLI, *Diritti fondamentali, emergenza e costituzione ai tempi del covid-19. alcune brevi riflessioni e prospettive di (necessaria) riforma della costituzione*, in <http://www.judicium.it/>, 22.5.2020. Su tali temi si v. altresì V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza. Brevi riflessioni (e parziali) di teoria del diritto*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1/2020, p. 886; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in www.sistemapenale.it (16 marzo 2020), p. 2 del paper.

extra ordinem (i noti “DPCM”) rispetto al quadro di riferimento, che ha portato lo stesso Esecutivo a “supportare” gli stessi con fonti di rango primario – chiaramente nella forma del decreto legge, qui giustificato (correttamente) in relazione alla straordinarietà e all’urgenza del momento – seppur anch’esse caratterizzate, soprattutto inizialmente da alcune rilevanti criticità (anche dal punto di vista redazionale) ⁶.

Veniamo quindi al secondo profilo di indagine, e cioè alla circostanza che il decisore politico si sia affidato a “comitati di crisi”, che, essendo composti da soli tecnici, sono tutt’altro che assimilabili ai *war ministry* di britannica memoria, i cui componenti erano, appunto, politici (eventualmente, anche di opposizione) posti a capo di dicasteri strategici, come Clement Attlee e Ernest Bevin. I vari comitati tecnici hanno avuto un ruolo determinante nelle scelte governative, con una, quanto meno iniziale, marginalizzazione del contributo dei soggetti ordinariamente deputati a svolgere il ruolo di supporto tecnico con riferimento alle scelte strategiche del Governo, inerenti non solo la salute dei cittadini, ma anche l’economia italiana. Tale marginalizzazione è però, fortunatamente, venuta meno con l’evolvere della pandemia, a seguito della decisione dell’Esecutivo di ingaggiare pienamente le valide e competenti risorse interne presenti nell’amministrazione, ricordandosi, in merito, i protocolli per la riapertura delle imprese, redatti non da una delle tante *task forces*, bensì da un’eccellenza italiana, l’INAIL, i cui “umili” medici legali e tecnici ambientali, hanno prodotto modelli regolatori utili a coniugare l’esigenza di riattivare le attività produttive con la garanzia della salute e della sicurezza dei lavoratori e dei cittadini.

⁶ Con un giudizio assai severo, ma condivisibile nella sostanza, è stato autorevolmente rilevato che «il primo decreto legge [il 6/2020] era “fuori legge”. Poi è stato corretto il tiro, con il secondo decreto legge, che smentiva il primo, abrogandolo quasi interamente», atteso che lo stesso «era illegittimo: non fissava un termine; non tipizzava poteri, perché conteneva una elencazione esemplificativa, così consentendo l’adozione di atti innominati; non stabiliva le modalità di esercizio dei poteri»; così Sabino Cassese, su *www.ildubbio.news*, 14.4.2020.

3. Le criticità in tema di ammortizzatori sociali

Peraltro, la tendenza ad una regolamentazione caratterizzata da numerose criticità, ha coinvolto anche gli interventi in materia di ammortizzatori sociali.

Alla ricerca di uno strumento di natura universale per fronteggiare un'emergenza sociale innescata da provvedimenti di natura universale il legislatore auto-delegato ha fatto ricorso ad una pluralità di strumenti che, purtroppo, hanno, una volta di più, mostrato la debolezza di un sistema orientato verso la tutela della grande azienda post-fordista, tutto fondato sulla ibridazione dello strumento classico della CIG⁷.

Si è assistito, come anticipato dai relatori che mi hanno preceduto, alla liberalizzazione dei requisiti e delle procedure di accesso per l'erogazione delle prestazioni di integrazione salariale, che, in combinazione con il FIS, i Fondi di Settore e la reintroduzione della cassa integrazione guadagni in deroga (per la quale è stato inizialmente mantenuto, pur nell'evidente estrema urgenza causata dalla emergenza e dalla universalità dei soggetti protetti, il pernicioso sistema di liquidazione su base regionale) avrebbe dovuto consentire la copertura della quasi totalità dei lavoratori subordinati. A ciò ha fatto da "contraltare" l'imposizione per legge del divieto dell'avvio di nuove procedure di licenziamento collettivo e dei recessi individuali per giustificato motivo oggettivo, per un arco temporale coerente con quello di potenziale erogazione dei trattamenti "in deroga" (salve le eccezioni da ultimo introdotte).

Poi, per la prima volta nella storia italiana, il legislatore dell'emergenza ha previsto l'erogazione di un trattamento anche a favore dei lavoratori autonomi, calcolato in cifra fissa e condizionato al mancato superamento di una determinata soglia reddituale nel corso del precedente anno fiscale.

Fino alla data dell'atteso "decreto rilancio" dello scorso mese di luglio, si sono però evidenziati palesi vuoti di tutela, riferiti all'area dei

⁷ Relativamente al quale si rinvia più diffusamente alle ricostruzioni istituzionali di R. PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2016, p. 386; M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino 2018, p. 323; M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Torino 2019, p. 294

lavoratori, con specifico riferimento al lavoro domestico, nonché agli oltre 400.000 lavoratori stagionali, all'intera area del lavoro (spesso forzatamente) sommerso e, più in generale, ai cittadini in disagiate condizioni economiche, per i quali diviene centrale il tema del reddito di cittadinanza.

4. Il modello di protezione sociale costituzionalizzato

La conferma della matrice occupazionale della nostra Costituzione nulla toglie al fatto che, di fronte alla crescente dimensione della povertà e dell'esclusione sociale, l'ordinamento debba avvertire l'esigenza di orientare il sistema di *welfare* verso un modello di protezione sociale di stampo maggiormente universalistico⁸.

Peraltro – prima di addentrarsi nell'esplorazione dei referenti “costituzionali” – occorre ricordare che lo scivolamento nella direzione appena prospettata impone due considerazioni: la prima relativa alla potenziale concorrenzialità tra il lavoro (e la connessa tutela previdenziale, in particolare, pensionistica) e la misura del *basic income*.

La seconda considerazione, invece, riguarda la sostanziale precarizzazione dell'*an* e del *quantum* della protezione, che, in un'ottica assistenziale, restano necessariamente ancorati alle valutazioni discrezionali del legislatore – espressamente condizionate da vincoli di bilancio⁹ – al quale compete l'identificazione del livello della sufficienza al raggiungimento del quale si realizza la liberazione dal bisogno e dalla po-

⁸ R. PESSI, *Sostenibilità economica e sostenibilità sociale delle tutele*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 37.

⁹ Non è certo questa la sede per ricordare che, sempre più, i vincoli assunti in sede comunitaria in merito al contenimento del debito pubblico, la progressiva riduzione delle risorse disponibili connessa alla (endemica) crisi economica, le crescenti disparità tra i componenti del corpo sociale (più o meno abbienti, indigeni e migranti), pongono il tema dei costi del *welfare*, cui il legislatore tende a rispondere sempre di più “precarizzando”, *rectius* condizionando, quei diritti in relazione alle risorse man mano rese disponibili; per tutti, M. CINELLI, *Condizionamenti finanziari e diritti sociali: la giustizia costituzionale tra vecchi e nuovi equilibri*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 1.

vertà, cui è finalizzata la garanzia costituzionale di cui all'art. 38 Cost.¹⁰.

Ciò che appare necessario ricordare è che l'anima "laburista" della Costituzione diviene il parametro fondamentale per il corretto inquadramento, anche costituzionale, del Reddito di Cittadinanza.

Nella Carta fondamentale, infatti, la persona umana, titolare di diritti fondamentali e insopprimibili, si realizza e si sostanzia per il tramite del riconoscimento della dignità derivante dal lavoro (e, di conseguenza, dal benessere). Ne è dimostrazione, oltre all'art. 1 della Costituzione, il combinato disposto con gli artt. 3 e 4, che attualizzano il principio egualitario ed emancipante, attraverso interventi pubblici a favore dei cittadini bisognosi, cui assicurare l'accesso al lavoro che diviene tramite e fine della garanzia dell'eguaglianza e della dignità umana¹¹.

In questo senso, può ritenersi che quando il diritto al lavoro entra in sofferenza – determinata dai cambiamenti sociali (geopolitici), tecnologici, organizzativi – non riuscendo più ad essere uno strumento adeguato per perseguire il principio di uguaglianza sostanziale, lo Stato implementa strategie differenti per il perseguimento della tutela della dignità umana, messa in crisi dagli squilibri provocati dall'organiz-

¹⁰ Ancor più della nozione di "adeguatezza" della prestazione previdenziale, infatti, il tema della "sufficienza" è esposto alle dinamiche e ai condizionamenti provenienti dalla realtà economica e dalle scelte politiche, che limitano la discrezionalità del legislatore "solo" con riferimento alla «garanzia delle esigenze minime di protezione della persona», così R. PESSI, *Il principio di adeguatezza della prestazione previdenziale nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2016, p. 513; M. PERSIANI, *Sulla garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, p. 154; ID., *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità nelle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, I, 1, p. 1186. Al riguardo è possibile ricordare quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale per cui non esisterebbe un profilo di costituzionalità riferito alla sufficienza della prestazione *ex art. 38, co. 1, Cost.*, perché esso investirebbe «i limiti nei quali lo Stato è in grado di provvedere all'assistenza dei cittadini bisognosi»; così, Corte cost. 15 dicembre 1980, n. 157, in *Giur. it.*, 1981, I, p. 673; in senso analogo anche Corte cost. 26 febbraio 1981, n. 34, in *Mass. giur. lav.*, 1981, p. 543; Corte cost. 9 maggio 1997, n. 127, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1466.

¹¹ B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso Italiano*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015, p. 57.

zazione sociale basata sul lavoro, che lo Stato stesso, nel tempo, non è riuscito a realizzare.

Tra queste, uno specifico ruolo assume il Reddito di Cittadinanza, inteso non come *ius existentiae*¹², bensì come (nuovo) strumento “di accompagnamento” al lavoro, condizionato – in relazione alla limitatezza delle risorse finanziarie – alla verifica dello stato di necessità e, sotto il profilo della meritevolezza, all’attivazione del beneficiario in modo socialmente utile per il conseguimento di una occupazione (promossa dai servizi integrati per l’impiego, comunque coordinati dallo Stato).

5. Il reddito di cittadinanza quale strumento di occupabilità

Fermo quanto già rilevato – pur trattandosi di una misura fortemente selettiva, condizionata alla “meritevolezza” del beneficiario – appare, pertanto, evidente che il principale referente costituzionale del Reddito di Cittadinanza si trovi nel comma 1 dell’art. 38 Cost.¹³.

Non ritengo, infatti, che il riferimento allo stato d’inabilità al lavoro contenuto nel precetto costituzionale appare ostativo al fatto che il Reddito di Cittadinanza abbia un ambito di (potenziali) destinatari ben più ampio dei cittadini che sono impossibilitati a reperire un’occupazione in connessione a una disabilità fisica, psichica o a causa della perdita della capacità di lavoro in seguito al raggiungimento di una certa anzianità anagrafica¹⁴.

¹² Nella prospettiva proposta da C. TRIPODINA, *Il diritto a un’esistenza libera e dignitosa – Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Torino, 2013, p. 67, per cui proprio dalla Costituzione sarebbe ricavabile, appunto, uno *ius existetiae*, tale da indicare una prospettiva universale che non solo il Reddito di Cittadinanza sia configurabile come costituzionalmente legittimo, ma addirittura che la sua assenza risulterebbe anticostituzionale.

¹³ P. SANDULLI, *Nuovi modelli di protezione sociale fra istanze risalenti e pretese recenti: profili di criticità e problemi di finanziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 3, 2019, p. 619, che, peraltro, non nasconde che la riconducibilità al comma 1 del Reddito di Cittadinanza non sia esente da forzature, comunque ritenute superabili.

¹⁴ Anzi, è forse proprio il collegamento tra la formula contenuta nella disposizione costituzionale e l’età espresso dalla pensione (oggi assegno) sociale che meglio esprime

Ed infatti la regola costituzionale deve essere letta in stretta connessione con le primissime norme della Carta e, in particolare, con il precetto che impone alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli all'effettivo godimento dei diritti civili e politici (art. 3, co. 2, Cost.)¹⁵.

Ebbene, in una lettura evolutiva del testo fondamentale¹⁶ che combini i due precetti or ora evocati¹⁷, pare ben possibile riferire l'inabilità al lavoro a una dimensione che va oltre a quella meramente fisica, investendo anche quell'area di "inabilità" – comunque non colpevole – conseguente a una situazione di esclusione socio-economica, nel convincimento che lo stato di povertà rende assai più complessa la realizzazione sociale dell'individuo, che, comunque, in primo luogo si compie per mezzo del lavoro¹⁸.

la vocazione dell'art. 38, co. 1, Cost. a porsi come norma di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini; cfr. V. FERRANTE, *A proposito del Disegno di Legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *Riv. sic. soc.*, 3, 2016, p. 461.

¹⁵ A. ALAIMO, *Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017*, in *Riv. sic. soc.*, 3, 2017, p. 431. Cfr. anche C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa*, op. cit., p. 240, che nel concludere sulla conformità alla Costituzione di una misura di sostegno condizionata all'attivazione del beneficiario, ritiene che simile intervento sia costituzionalmente necessario in quanto volto ad assicurare una esistenza libera e dignitosa, quale contenuto minimo essenziale dell'art. 38, co. 1, Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 3, co. 2, Cost.

¹⁶ Sempre più spesso emerge, infatti, l'esigenza di un superamento della lettura limitativa del comma primo dell'art. 38 Cost. e uno sforzo di attribuire a tale disposizione un'ampiezza tale da assorbire tutto l'universo dei cittadini "poveri" nella condizione di sprovvisti dei mezzi necessari; cfr. G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 575.

¹⁷ A. RUGGIERI, *Il diritto "vecchio" e i modi del suo possibile svecchiamento, al servizio dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2012, 5. La lettura proposta, peraltro, è fatta propria anche dalla legge quadro sul sistema integrato di interventi e servizi sociali (l. 8 novembre 2000, n. 328), che accoglie una visione universalistica dell'assistenza sociale, per cui «il sistema integrato di interventi e servizi sociali ha carattere di universalità» (art. 2, co. 2).

¹⁸ Nello stesso senso, R. CASILLO, *Il reddito di cittadinanza nel d.l. 28 gennaio 2019, n. 4*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, p. 557, per cui «Anche il contesto socio-economico di scarse opportunità occupazionali di qualità» ostacola «l'accesso al lavoro *tout court* o solo al lavoro adeguato ai fini partecipativi con effetti di deprivazione materiale. È così che la tutela di povertà si apre ai non lavoratori e già lavoratori per cause diverse dalla disabilità».

Tale chiave interpretativa consente di dare una nuova prospettiva alle apparentemente multiformi ed eterogenee finalità del Reddito di Cittadinanza, giacché la liberazione dal bisogno¹⁹, si realizza garantendo il mantenimento e l'assistenza sociale per l'effettiva garanzia dei diritti civili e politici non solo attraverso un trasferimento di natura economica, ma anche realizzando il disegno costituzionale dell'inclusione "al lavoro"²⁰, quale prevalente strumento per consentire l'effettiva partecipazione alla vita della Repubblica.

Ciò sulla base di un istituto che non è (e non deve essere) una mera forma di *basic income*, bensì politica di *transition into employment*, legata tanto a *means test* (resi necessari dalla crescente carenza di risorse finanziarie disponibili), quanto, soprattutto, a meccanismi di condizionalità²¹, rafforzati da un sistema sanzionatorio (assai rigido) volto alla repressione di abusi ed elusioni e, soprattutto, la definizione di un (finalmente) efficace sistema di politiche attive del lavoro, che pare essere l'obiettivo degli interventi di riforma dell'istituto prospettati dal presidente del Consiglio dei Ministri nelle comunicazioni dei giorni precedenti.

Peraltro, proprio la crisi sanitaria che stiamo vivendo potrebbe essere l'occasione per ampliare efficacemente l'ambito di applicazione di uno strumento in una chiave che ne apprezzi la duttilità e la resilienza di fronte alle mutevoli esigenze di protezione della popolazione; senza necessità di "ricorrere" all'ausilio di nuove misure sperimentali e assistenziali (comunque introdotte in via emergenziale) che rischiano di

¹⁹ Del resto, diversamente sia dalla concezione del regime fascista, sia da quello liberale, nella Costituzione il progetto di liberazione e promozione della persona viene valutato proprio in riferimento alle sue problematiche esistenziali e alle sue relazioni con il contesto sociale. Cfr. G. FONTANA, *Dis-eguaglianza e promozione sociale: bisogno e merito (diverse letture del principio di eguaglianza nel sistema costituzionale)*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianze nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, p. 22.

²⁰ Sul quale è sferzante il giudizio di A. VALLEBONA, secondo cui «la prima finalità [la promozione del diritto al lavoro] è solo uno specchio per le allodole, in quanto le "offerte di lavoro" previste dall'art. 4, commi 8 e 9, saranno poche perché l'economia italiana non cresce da tempo», in *Reddito di cittadinanza tra doppio fine e attuazione becera*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, p. 181.

²¹ P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, 2010.

incrementare il livello di complessità del sistema di sicurezza sociale a discapito della sua trasparenza, governabilità e, soprattutto, effettività.

Il diritto del lavoro ed i suoi blocchi*

Filippo Olivelli**

SOMMARIO: 1. Il blocco post bellico. – 2. Il blocco della scala mobile. – 3. Il blocco delle retribuzioni e della contrattazione collettiva. – 4. Il blocco della perequazione automatica. – 5. Il blocco dei licenziamenti per motivo oggettivo. – 6. L'analisi delle fattispecie e delle pronunce della Corte costituzionale. – 7. Conclusioni.

1. Il blocco post bellico

L'attuale vicenda del blocco dei licenziamenti solleva rilevanti questioni di legittimità costituzionale: per provare ad inquadrare la fattispecie, dunque, ritengo che possa essere utile analizzare le vicende storiche del diritto del lavoro che hanno riguardato provvedimenti di sospensione di diritti costituzionalmente tutelati onde ricavare dei canoni interpretativi di ausilio.

Il D.lgs. lgt. 21 agosto 1945, n. 523, all'art. 1 stabilì che a determinate imprese industriali che rientravano in uno specifico ambito di applicazione¹, «era fatto divieto di licenziare i lavoratori dipendenti fino al 30 settembre 1945»².

Quel provvedimento era figlio di un percorso che aveva visto la predisposizione di una serie di atti del Comitato di liberazione nazionale alta Italia e di alcuni accordi sindacali tendenti, da un lato, a fronteggiare la drammatica situazione di disfacimento in cui versava il

* Il presente saggio è già stato pubblicato in *Argomenti di diritto del lavoro* n. 2 del 2021.

** Ricercatore in diritto del lavoro, Università degli Studi di Macerata.

¹ A norma dell'art. 17 queste erano le imprese soggette al contratto collettivo 13 giugno 1941, limitatamente agli stabilimenti e agli uffici aventi sede in alcune province del Nord Italia.

² Secondo A. GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2020, p. 591, la legge escludeva dalla tutela anche quei lavoratori che avessero «altre risorse personali e familiari».

comparto industriale nazionale e, dall'altro, a sostenere economicamente la categoria operaia³.

Il divieto, tuttavia, non era un provvedimento ad efficacia generalizzata assoluta in quanto erano escluse dalla tutela alcune categorie di lavoratori e coloro che «senza grave giustificato motivo, rifiutino di accettare altra occupazione che sia loro offerta presso altro datore di lavoro», inoltre esso non operava nei casi in cui «per disposizione di legge o di contratto collettivo è consentita la risoluzione del rapporto di lavoro per fatto del lavoratore»⁴.

Senonché, come in ogni situazione emergenziale, l'originario blocco fu immancabilmente prorogato; di conseguenza, dopo una serie di provvedimenti, esso rimase in vigore fino all'agosto del '47⁵.

Dal complesso degli atti emanati si può evincere che non fu imposto un semplice blocco dei licenziamenti *tout court*, in quanto fu concepito un sistema complesso che affrontava la questione sotto diversi aspetti anche di natura pubblica e previdenziale.

Nelle more della sospensione, infatti, la sorte del rapporto di lavoro poteva essere duplice: una prima categoria riguardava quei lavoratori che comunque non avrebbero potuto riprendere l'attività lavorativa per ragioni oggettive i quali, dunque, venivano posti in aspettativa.

Essi erano inseriti in un ruolo speciale che garantiva il diritto a percepire un'indennità ridotta posta a carico dell'impresa, gli assegni familiari ed il diritto a maturare la relativa anzianità⁶.

L'altra opzione, invece, prevedeva la sospensione totale o parziale del rapporto di lavoro: in questo caso era garantita un'indennità in mi-

³ A. GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, op. cit., p. 590, cita anche la l. n. 48 del 1945 del governo militare alleato; G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2020, p. 689.

⁴ Peraltro, quel decreto non fu l'unico in quanto fu seguito da altri che «avevano sostanzialmente recepito accordi interconfederali», V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, p. 20 ed in particolare nota n. 38.

⁵ Cfr. D.lgs. lgt. 9 novembre 1945, n. 788; R.D.lgs. 30 maggio 1946, n. 522; D.lgs. CpS 23 agosto 1946, n. 152.

⁶ In dottrina, G. GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. dir. lav.*, n. 4, 1954, p. 8. L'indennità ridotta a carico dell'impresa veniva poi rimborsata per due terzi dalla gestione per l'assicurazione contro la disoccupazione.

sura ridotta posta a parziale carico della cassa integrazione guadagni per l'industria⁷.

Successivamente la disciplina originaria venne modificata in quanto il D.lgs. lgt. 8 febbraio 1946, n. 50 autorizzò il datore di lavoro a dismettere personale secondo una determinata percentuale crescente di mese in mese.

In sostanza, doveva essere predisposta una lista di lavoratori da licenziare che teneva conto dell'anzianità di servizio, dei carichi familiari, del loro rendimento e di altre condizioni da sottoporre al giudizio della Commissione interna⁸.

La vicenda del blocco dei licenziamenti si concluse solo il 7 agosto del 1947 allorquando questa misura non fu più rinnovata ed entrò in vigore un accordo interconfederale che introdusse la procedura di informazione e consultazione sindacale obbligatoria per procedere con il licenziamento collettivo⁹.

⁷ Per la misura dell'indennità degli impiegati con rapporto di lavoro sospeso v. A. GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, op. cit., p. 591.

⁸ Era inoltre prevista una speciale procedura arbitrale nel caso in cui la Commissione interna si fosse opposta all'atto di recesso; V. SIMI, *Sull'insindacabilità dei licenziamenti non contestati dalle commissioni interne*, in *Dir. lav.*, 1948, n. 2, p. 82; C. LEGA, *Le commissioni interne di fabbrica e i poteri disciplinari dell'imprenditore*, in *Riv. dir. lav.*, 1951, n. 1, p. 169; G. GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, op. cit., p. 9.

⁹ Successivamente fu stipulato l'Accordo sindacale 30 agosto 1947 tra la C.G.I.L. e la Confederazione dell'Industria Italiana che impose delle limitazioni alla facoltà di licenziamento per riduzione di personale prevedendo il giudizio dinanzi apposita Commissione sull'arbitrarietà o meno del licenziamento e penali in caso di licenziamento ingiustificato.

Onde rendere meno gravose le conseguenze per gli operai a seguito della riattivazione del potere di recesso, il D.lgs. 12 agosto 1947, n. 869 stabilì che per i licenziamenti intimati dal 1° agosto del '47 sino al 12 ottobre dello stesso anno, fosse riconosciuto ai lavoratori un trattamento economico a carico della cassa integrazione dei guadagni. A. GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, op. cit., p. 593 riporta Cass. 5 agosto 1949, n. 2235, in *Foro it.*, I, c. 22 con nota di Musatti secondo la quale la sanzione in caso di licenziamento irrogato nelle more del divieto era sicuramente quella della nullità assoluta e insanabile in quanto per violazione di norme eccezionali giustificate dalle gravi contingenze *post belliche*.

2. Il blocco della scala mobile

Un secondo blocco che può essere ricondotto nell'ambito del diritto del lavoro è stato quello del meccanismo della scala mobile¹⁰.

Nel dopoguerra la perdita del potere di acquisto della moneta comportò, progressivamente, un rialzo dei livelli salariali onde adeguarli al crescente costo della vita: ciò si accompagnava sul piano sociale a continue tensioni e su quello monetario ad una sorta di corto circuito a causa dell'accelerazione della spirale inflazionistica.

Pertanto la contrattazione collettiva, soprattutto del settore industriale¹¹, fece ricorso ad un complesso strumento detto di scala mobile dei salari che garantì una continua e sollecita determinazione di una indennità di contingenza legata all'andamento dei prezzi e volta all'adeguamento delle retribuzioni al costo effettivo della vita¹².

Senonché, l'affidarsi alla sola autonomia collettiva su un aspetto

¹⁰ G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, op. cit., p. 690 e p. 696 opportunamente riporta anche le vicende dell'imponibile di manodopera in agricoltura e della relativa sentenza della Corte costituzionale n. 78 del 1958 quale fatto che è andato ad incidere sulla libertà dell'impresa di decidere le proprie dimensioni organizzative e dei licenziamenti previamente sottoposti alla condizione di svolgimento delle procure di mobilità *ex art. 25, l. n. 675 del 1977*.

¹¹ F. AMBROGI, *La retribuzione dei dipendenti dell'industria dal 1938 al 1955*, in *Quad. ras. statist. lav.*, 1955, IV.

¹² L'efficacia di questo strumento ne comportò l'estensione anche ad altri settori produttivi: il credito, il commercio, le aziende municipalizzate e l'agricoltura. Per l'elencazione degli accordi sindacali susseguitisi negli anni e recepiti in vari decreti presidenziali e per l'unificazione dell'indice del costo della vita elaborato dall'Istituto centrale di statistica v. L. CURTI, *Scala mobile e indennità di contingenza*, in *Noviss. D. I.*, XVI, Torino, 1969, p. 672-673.

Originariamente, il meccanismo della scala mobile emerse nella contrattazione collettiva del solo settore industriale del Nord Italia, nell'immediatezza della liberazione esso venne esteso a livello nazionale attraverso due concordati sindacali che furono poi recepiti nel d.P.R. 28 luglio 1960, n. 1098 che servì per garantire loro efficacia generalizzata: concordato per la perequazione delle retribuzioni dei lavoratori dell'industria del 6 dicembre 1945 (nord Italia) seguito da quello del 23 maggio 1946 (sud Italia), su cui v. C. VANNUTELLI, *Le nuove norme per la rilevazione degli indici del costo della vita e il sistema di scala mobile dei salari*, in *Quad. ras. statist. lav.*, 1952, VII; F. SANTORO PASSARELLI, *La disciplina transitoria dei rapporti di lavoro*, Roma, 1965, p. 53; O. BUCCISANO, *Contingenza (indennità di)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1989, p. 652.

invece così determinante sul piano della finanza pubblica ebbe come conseguenza la scelta radicale, concordata tra il potere politico e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, della «normalizzazione coattiva» delle differenti tipologie di scala mobile che potevano applicarsi ai differenti settori produttivi¹³.

Il legislatore, dunque con il d.l. 1° febbraio 1977, n. 12¹⁴ dettò nuove norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza, in particolare sostituendo il testo dell'art. 2121 c.c. in modo da delimitare la funzione della scala mobile alla sola conservazione dinamica della parte sufficiente della retribuzione.

Questo aspetto della legge riveste una particolare importanza anche ai giorni nostri, in quanto evidenzia l'accorto uso della tecnica legislativa di allora per non ledere il principio di proporzionalità: l'incidenza sul solo carattere della sufficienza, infatti, garantiva la legittimità dell'intervento poiché la misura percentuale dello scatto garantito dalla scala mobile era uguale per tutti i lavoratori, indipendentemente dunque dalla quantità e qualità del lavoro prestato, caratteristica quest'ultima che, invece, sarebbe rimasta libera di manifestare i suoi effetti differenziali sulle retribuzioni¹⁵.

Ma v'è di più. Attraverso l'intervento legislativo, che evidentemente contemperava differenti interessi pubblici e privati in gioco, l'ordinamento poneva «limiti non di merito ma semmai di metodo», precludendo all'autonomia collettiva non già il raggiungimento di de-

¹³ L'espressione è di M. DELL'OLIO, *Scala mobile (voce)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 580. Sulle differenti tipologie di scala mobile c.d. anomale v. M. DELL'OLIO, *Ancora sulle scale mobili "anomale"*, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3203.

¹⁴ Convertito con modificazioni dall'art. 1, l. 31 marzo 1977, n. 91. Articolo poi abrogato dall'art. 4, l. 29 maggio 1982, n. 297. In dottrina v. S. MAZZAMUTO, P. TOSI; *D.l. 1° febbraio 1977, numero 12, e legge di conversione 31 Marzo 1977, n. 91*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 201; R. DE LUCA TAMAJO, *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva (spunti per una valutazione di costituzionalità)*, in R. DE LUCA TAMAJO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'emergenza*, Napoli, 1979, p. 151; L. MENGONI, *Sulla legittimità costituzionale delle nuove norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza*, in *Mas. giur. lav.*, 1979, p. 327; F. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, p. 39.

¹⁵ M. DELL'OLIO, *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il "dopo")*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1981, 9, p. 5.

terminati livelli di retribuzioni, ma solo l'uso di meccanismi automatici e di indicizzazione completamente scollegati dalla realtà¹⁶.

In questo modo il principio della proporzionalità della retribuzione rimaneva salvaguardato e restava compito dell'autonomia collettiva, in ossequio al principio di libertà dell'organizzazione sindacale, valutarne la misura o definire differenti modalità di raggiungimento dell'equilibrio contrattuale.

Senonché, per una serie di fattori che portarono ad una perniciosa spirale inflattiva con dannose conseguenze sull'andamento dei consumi si rese necessario, nel 1984, un intervento legislativo che prese il nome, appunto, di blocco della scala mobile: per un periodo predefinito, infatti, fu stabilito che «i punti di variazione della misura della indennità di contingenza e di indennità analoghe, per i lavoratori privati, e della indennità integrativa speciale [...] per i dipendenti pubblici, restano determinati in due [...]»¹⁷.

Il provvedimento suscitò, sin da subito, notevoli polemiche poiché si presumeva lesa la parte sufficiente della retribuzione che non avrebbe più svolto, rispetto all'andamento del costo della vita, la sua funzione adeguatrice alle esigenze del lavoratore e della sua famiglia.

La questione, pertanto, fu posta all'attenzione dei giudici costituzionali che con la nota sentenza n. 34 del 1985 dichiararono non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 3 del d.l. n. 70 del 1984 rispetto agli artt. 36 e 39 Cost.

La Corte ritenne che fosse preliminare risolvere la questione della presunta lesione del principio di libertà dell'organizzazione sindacale e ribadì il noto principio per il quale non può dirsi che nel nostro ordinamento esista una riserva, normativa o contrattuale in favore dell'autonomia collettiva per il regolamento della disciplina del lavoro, seppure una legge che cercasse di conseguire questo medesimo risultato, estromettendola di fatto, sarebbe palesemente illegittima¹⁸.

¹⁶ M. DELL'OLIO, *Scala mobile (voce)*, op. cit., p. 580.

¹⁷ Cfr. art. 3, D.l. 17 aprile 1984 n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 giugno 1984, n. 219. In dottrina v. P. SANDULLI, *Il costo del lavoro dall'accordo al decreto*, in *Dir. lav.*, 1984, I, p. 14.

¹⁸ Principio già espresso da Corte cost. 106 del 1962, n. 120 del 1963, n. 141 del 1980.

È, dunque, consentito influire soltanto temporaneamente e per improrogabili esigenze di tutela dell'interesse generale sul contenuto della contrattazione collettiva.

A fronte di questa premessa, i giudici costituzionali evidenziarono che il blocco della scala mobile non sostituì o si sovrappose, con una nuova ed organica normativa, alla disciplina collettiva allora vigente in tema di retribuzione¹⁹, ma semplicemente stabilì un temporaneo taglio dei singoli punti di variazione dell'indennità di contingenza e dell'indennità integrativa speciale.

Ma quel che più interessa, rispetto ad un giudizio sui blocchi della legislazione lavoristica, è che la Corte riconobbe la legittimità di quell'intervento perché in effetti ha «perseguito, finalità di carattere pubblico, trascendenti l'ambito nel quale si colloca la libertà di organizzazione sindacale e la corrispondente autonomia negoziale».

Gli interessi pubblici ed i fini sociali coinvolti nelle trattative tra governo e parti sociali, infatti, «debbono poter venire perseguiti e soddisfatti dalla legge, quand'anche l'accordo fra il Governo e le parti sociali non sia raggiungibile», poiché spetta alla legge coordinare l'attività economica pubblica e privata ai sensi del terzo comma dell'art. 41 Cost. Diversamente infatti, ritenne addirittura la Corte, ne sarebbe stata «alterata la vigente forma di governo».

D'altra parte il blocco della scala mobile era stato ritenuto asseritamente lesivo del primo comma dell'art. 36 Cost. poiché andava ad incidere, ovviamente, sulla complessiva misura della retribuzione.

Anche in questo caso la misura adottata dal governo è stata ritenuta compatibile con i principi costituzionali: da un lato, perché trovava la sua giustificazione nel carattere di temporaneità, e dall'altro perché

¹⁹ In quel periodo, nel quale tra l'altro il salario era teoricamente considerato una variabile indipendente del sistema economico, al fine di conseguire un ordinato ed effettivo sviluppo del contesto produttivo generale venne concertato tra le forze sindacali e il Governo l'Accordo Scotti sul costo del lavoro del 22 gennaio 1983 su cui *ex pluribus* mi sia consentito indicare solo: F. CARINCI, *L'assetto giuridico delle relazioni industriali, dallo Statuto dei lavoratori all'accordo Scotti del 22 gennaio 1983*, in *Problemi del socialismo*, n. 27-28, 1984, p. 120; M. PERSIANI, *Il problema della rappresentanza e della rappresentatività del sindacato in una democrazia neocorporativa*, in *Dir. lav.*, 1984, I, p. 3; M. BROLLO, *Il modello neo-corporativo e il sistema di relazioni industriali italiano*, in *Giur. it.*, 1985, c. 359.

«il legislatore ben può adeguare la retribuzione alle variazioni del costo della vita con interventi adottati di volta in volta senza essere vincolato all'adozione di meccanismi automatici»²⁰.

Al di là di queste convincenti motivazioni legate al rapporto tra la legge e autonomia collettiva, da un lato, e all'art. 36 Cost., dall'altro, dalla sentenza n. 34 del 1985 emergono due ulteriori indicazioni di metodo che risultano determinanti per l'analisi dell'attuale blocco dei licenziamenti.

Innanzitutto, i giudici costituzionali affermarono che il meccanismo di scala mobile allora in vigore non era «l'unico mezzo atto a soddisfare le esigenze indicate nell'ultima parte dell'art 36, primo comma; bensì uno tra i vari strumenti possibili, il cui funzionamento può essere desensibilizzato o rallentato senza per questo violare la Costituzione» (punto n. 5).

Inoltre, la Corte costituzionale ritenne che i lavoratori erano soggetti «cointeressati alla soluzione dei problemi del costo del lavoro in genere e della scala mobile in particolare» poiché la soluzione di quel problema incide sulla «stessa esistenza delle imprese private e pubbliche» (punto n. 6).

3. Il blocco delle retribuzioni e della contrattazione collettiva

Anche nel pubblico impiego dobbiamo registrare più blocchi pre-

²⁰ Cfr. anche Corte cost. n. 43 del 14 aprile 1980, secondo cui «la retribuzione sufficiente non comporta certamente l'obbligo di meccanismi di adeguamento particolari». L'assunto si riferiva alle integrazioni salariali che, allora, non erano state riconosciute agli assegnisti delle Università per un determinato periodo, ebbene: «il legislatore ben può adeguare la retribuzione alle variazioni nel costo della vita con interventi adottati di volta in volta senza essere vincolato all'adozione di meccanismi automatici».

Rispetto al tema della giusta retribuzione in vigenza del blocco della scala mobile la dottrina evidenziò che il raggiungimento di questo traguardo non poteva essere garantito per via di un automatismo legale o contrattuale in quanto, dal combinato disposto degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c., è il giudice il soggetto demandato alla definizione dell'importo, v. E. TARANTELLI, *Politica del lavoro, congiuntura e relazioni industriali*, in *Dir. lav.*, 1984, I, p. 90; M. DELL'OLIO, *Scala mobile (voce)*, op. cit., p. 582.

disposti dall'ordinamento rispetto a tematiche distinte: come noto, infatti, per arginare la crescita della spesa pubblica è stato disposto negli anni il blocco delle assunzioni o il blocco del *turn over*.

Nell'ambito di questa eterogeneità di interventi, accomunati dal sottile filo rosso del risparmio di spesa, spicca sicuramente la recente vicenda del blocco di ogni possibile aumento degli elementi salariali dei dipendenti pubblici²¹.

Questa tecnica, in realtà, non è certo nuova nel nostro ordinamento in quanto già attuata quantomeno nei primi anni '90 in occasione di una, oramai solita, crisi finanziaria che colpì il nostro Paese: l'art. 7 del d.l. n. 384 del 1992²², infatti introduceva una deroga eccezionale e temporanea alla regola della ordinaria successione della disciplina collettiva nel pubblico impiego sugli aumenti retributivi.

Questa scelta fu sottoposta al vaglio della Corte costituzionale la quale, anche se ancora non era stato costituzionalizzato il principio del pareggio di bilancio, ritenne che non vi fosse dubbio che le misure predisposte dal governo muovessero «da una non irragionevole valutazione della situazione sociale ed economico-finanziaria, operata dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità politica», per la quale il congelamento temporaneo delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, «attuato in modo generalizzato e nel rigoroso rispetto del dovere costituzionale di distribuire in modo eguale il carico dei sacrifici imposti dall'emergenza», costituiva «una componente essenziale di un disegno di politica economica destinato, nel complesso dei suoi elementi e delle sue fasi, a trasformare profondamente la situazione di grave squilibrio finanziario esistente nel settore pubblico»²³.

Questione diversa, invece, si è rilevata quella che è stata definita, forse impropriamente, come blocco della contrattazione collettiva in quanto, in realtà, questa poteva proseguire e spiegare i suoi effetti per la parte normativa.

²¹ Per l'analisi economica di questa vicenda v. L. TRONTI, *La ripresa della contrattazione nel pubblico impiego. Presupposti finanziari e presupposti politici*, in *Lav. P.A.*, 2015, p. 151.

²² Convertito con modificazioni dalla l. 14 novembre 1992, n. 438.

²³ Corte cost. 1° luglio 1993, n. 296; successivamente in senso conforme Corte cost. n. 245 del 18 luglio 1997 e Corte cost. n. 299 del 14 luglio 1999.

Dunque, come già previsto nel precedente provvedimento del 1992, l'art. 9 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, stabiliva, al comma 1, che per gli anni 2011-2013 il «trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio [...], non può superare, in ogni caso, il trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010»²⁴.

Invece, a differenza del passato, la normativa del 2010, a ragione del combinato disposto dei commi 1 e 17 dell'art. 9, disponeva anche il blocco temporaneo della contrattazione collettiva di settore.

La vicenda complessiva del blocco dell'incremento delle retribuzioni per i pubblici dipendenti e della contrattazione collettiva innescò, immancabilmente, un ampio dibattito in dottrina e nel Paese tanto che si arrivò ben presto a sollevare plurime questioni di legittimità costituzionale.

Furono tutte respinte da più sentenze sulla base, sostanzialmente, della necessità di imporre sacrifici economici temporanei ai pubblici dipendenti in ossequio al dovere di solidarietà sociale, onde garantire la tenuta dei conti pubblici²⁵.

Successivamente, invece, i giudici delle leggi, per differenti ragioni non assimilabili tra loro, si sono pronunciati in maniera opposta rispetto al passato, prima in favore soltanto di alcune categorie di lavoratori e poi dei pubblici dipendenti in generale²⁶.

²⁴ Comma modificato dalla legge di conversione 30 luglio 2010, n. 122. Di simile tenore, ma riferito ad altre voci, era anche il successivo comma 2 *bis*, mentre il comma 21 impediva la progressione di carriera per anzianità dei pubblici dipendenti.

A rendere il quadro successivo ancora più rigido era poi intervenuto l'art. 16, lett. b) e c) del D.l. n. 98 del 6 luglio 2011 che aveva ulteriormente specificato i termini del blocco anche in ordine all'indennità di vacanza contrattuale e alle assunzioni, prorogando sino a tutto il 2014 le disposizioni limitative della crescita dei trattamenti economici complessivi. Peraltro, successivamente, l'art. 1, co. 1, lett. a), d.P.R. 4 settembre 2013, n. 122 aveva pure disposto la proroga degli effetti della prima disposizione fino al 31 dicembre 2014.

²⁵ Seguendo un percorso diacronico il primo pronunciamento della Corte costituzionale fu la sentenza interpretativa di rigetto del 7 giugno 2012, n. 149; seguita da Corte cost. 17 dicembre 2013, n. 310, in *Foro it.*, 2014, II, c. 235, con nota di Romboli; Corte cost. 23 gennaio 2014, n. 7; Corte cost. 27 marzo 2014, n. 61; Corte cost. 18 luglio 2014, n. 219, in *Foro it.*, 4, I, c. 3491; Corte cost. 27 luglio 2020, n. 167.

²⁶ Le misure di contenimento dell'aumento retributivo, infatti, sono state ritenute

Nella nota sentenza del 23 luglio 2015, n. 178, infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato, da un lato, inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale di alcuni commi dell'art. 9²⁷, ma dall'altro, con un'articolata motivazione ha, invece, dichiarato l'illegittimità costituzionale sopravvenuta del regime di sospensione della contrattazione collettiva²⁸.

Visti i numerosi precedenti pronunciamenti di diniego, la Corte ha dovuto seguire un percorso molto articolato e rigoroso per «garantire uno sviluppo coerente» del proprio *decisum* in questo aiutata, però, da sopravvenute disposizioni di legge che reiteravano ulteriormente il c.d. blocco²⁹.

Rigetate tutte le censure in ordine alla presunta violazione del canone della sufficienza della retribuzione, fu stigmatizzata la proroga

incostituzionali nei confronti del personale di magistratura in rilievo della loro indipendenza costituzionale, cfr. Corte cost. 11 ottobre 2011, n. 223. Altresì è stata esclusa l'applicabilità del provvedimento ai funzionari Banca d'Italia per il noto principio di autodichia, cfr. Corte cost. 23 gennaio 2014, n. 7.

²⁷ Per l'analisi delle ordinanze di rimessione v. M. BARBIERI, *Contratto collettivo di lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 454; L. DENTICI, *La retribuzione nel lavoro pubblico in tempi di crisi*, in *Lav. P.A.*, 2019, 7, p. 66.

²⁸ Per i commenti di dottrina v. V. FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 1121; L. FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2015, 5, p. 1879; L. ZOPPOLI, *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, p. 378; ID., *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali rispetto allo ius novum*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2017, p. 183; S. SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, p. 363-364.

²⁹ V. FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, op. cit., p. 1122, il quale ricorda che i giudici delle leggi, per poter modificare il proprio precedente orientamento hanno dovuto analizzare due disposizioni di legge successive alla prima ordinanza di rimessione e cioè le leggi di bilancio per gli anni 2014 e 2015 che avrebbero reso il blocco tendenzialmente strutturale fino al 2017. V. anche M. DELFINO, *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 342.

della sospensione della contrattazione collettiva che oramai tendeva a rendere strutturali le originarie misure di contenimento della spesa.

In questo senso sono lapidarie le parole dei giudici per i quali (punto 17) «il reiterato protrarsi della sospensione delle procedure di contrattazione economica altera la dinamica negoziale» in un ambito in cui addirittura numerose disposizioni di legge assegnano valore fondamentale al contratto collettivo, elevandolo a fonte imprescindibile.

L'illegittimità del provvedimento di proroga è da rinvenire, dunque, nel «carattere oramai sistematico di tale sospensione» che «sconfina in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale indissolubilmente connessa con altri valori di rilievo costituzionale e già vincolata da limiti normativi e da controlli contabili penetranti, ed esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa, all'interno di una coerente programmazione finanziaria».

La reiterazione dei provvedimenti che il governo imponeva era talmente incompatibile con il principio di proporzionalità che la Corte è arrivata ad affermare che il sacrificio imposto all'art. 39 Cost. non era più, letteralmente, tollerabile.

Al di là di considerazioni di merito sugli effetti di questa sentenza e soprattutto sulle eccezioni di costituzionalità non accolte in tema di compressione del diritto alla retribuzione sufficiente, quel che più è utile rispetto all'analisi dell'attuale blocco dei licenziamenti è l'analisi del metodo utilizzato dalla Corte per pervenire alla decisione e cioè il giudizio di proporzionalità tra contrapposti interessi: le esigenze di salvaguardia economica pubblica ed il consolidato principio di libertà dell'organizzazione sindacale di cui all'art. 39 Cost.

Ebbene, dall'analisi del modo in cui è avvenuta la rispettiva compressione dei diritti, tenuto conto che quella vicenda riguardava «una complessità di valori costituzionali (artt. 2, 3, 36, 39 e 97)», è emerso che l'ingiustificata proroga di un provvedimento di legge può implicare un irragionevole sacrificio di un diritto costituzionale, in quel caso il principio di libertà dell'organizzazione sindacale³⁰.

³⁰ Secondo F. GUARRIELLO, *Crisi economica contrattazione collettiva e ruolo della legge*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, n. 149, p. 23 ciò che è rilevante è l'orientamento espresso dalla Corte quale «argine posto a difesa del concreto esercizio

4. Il blocco della perequazione automatica

Nell'ambito del diritto previdenziale il legislatore ha fatto ricorso da tempo allo strumento del c.d. blocco, la sospensione cioè degli effetti di un diritto già maturato: basti pensare, a titolo di esempio, a tutte le volte in cui è stato disposto, a requisiti già maturati, il differimento del diritto al pensionamento³¹.

Spesso queste vicende sono incorse nel giudizio di costituzionalità ma, con le dovute cautele, si può affermare che la Corte ha sempre respinto le questioni in quanto, valutando il bilanciamento tra opposti diritti in contesa, ha riconosciuto al legislatore il diritto a regolamentare anche in maniera differente rispetto all'ordinario ed eccezionalmente situazioni giuridiche che, per ragioni di costo, incidevano sull'andamento della spesa pubblica. È stata dunque ammessa una certa discrezionalità al legislatore nel momento in cui andava definita la contabilità pubblica e quindi regolamentato il bilancio dello Stato.

Questa generica conclusione è tanto più vera se si analizzano le vicende che hanno investito l'istituto della perequazione automatica dei trattamenti pensionistici: questo meccanismo assolve da tempo alla funzione di garantire la permanenza del livello di adeguatezza del trattamento pensionistico, così come imposto dall'art. 38 Cost., prevedendo l'aggiornamento dell'importo della prestazione alle variazioni del costo della vita³².

Senonché, per mere esigenze di contenimento della spesa pubblica, la disciplina della perequazione automatica è stata più volte modificata sia per ciò che concerne la misura, cioè attraverso il meccanismo delle percentuali decrescenti o assumendo indici di riferimento di diversa produttività sia, soprattutto, disponendone temporaneamente la

di diritti sociali fondamentali rispetto a un'automatica e prevalente considerazione dell'interesse al rispetto dei vincoli di bilancio».

³¹ Cfr. ad es. le misure temporanee ed urgenti di blocco delle pensioni di anzianità adottate dalla l. n. 438 del 1992 e n. 724 del 1994. Emblematica in questo senso anche la vicenda delle c.d. finestre su cui da ultimo art. 12, l. n. 122 del 2010.

³² Originariamente previsto dall'art. 10, l. n. 903 del 1965 e poi dall'art. 19, l. n. 153 del 1969 è stato esteso dalla l. n. 41 del 1978 e poi modificato dalla l. n. 730 del 1983 e art. 24, l. n. 214 del 2011 con limitazione alle pensioni di importo non superiore a tre volte il trattamento minimo.

sospensione in particolare per le pensioni superiori ad un determinato importo³³.

Queste iniziative legislative, come già accennato, hanno comportato spesso il sindacato della Corte costituzionale la quale, seppure in maniera non univoca e nonostante l'accettazione di un progressivo decremento in termini reali del valore delle pensioni, ha sostanzialmente sempre affermato che non sussiste un diritto all'adeguamento automatico ed integrale della misura previdenziale³⁴.

Tuttavia, recentemente, è da registrare un clamoroso *revirement* dei giudici delle leggi proprio rispetto a questa fattispecie ed emerso nella nota sentenza del 30 aprile 2015, n. 70³⁵ che dunque andrà valutata per parametrare l'attuale blocco dei licenziamenti.

In realtà la vicenda prende le mosse da un precedente giurispru-

³³ Solo per i provvedimenti più recenti cfr.: art. 1, co. 19, l. n. 247 del 2007; art. 24, co. 25, l. n. 214 del 2011; art. 1, co. 236, l. n. 228 del 2012; ed in misura parzialmente differente art. 1, co. 260, l. n. 145 del 2018; art. 1, co. 477-478, l. n. 160 del 2019.

³⁴ Corte cost. 5 marzo 1999, n. 62; 17 luglio 2001, n. 256; 18 dicembre 2002, n. 531; 7 novembre 2008, n. 362; 16 gennaio 2009, n. 2 e 13 luglio 2016, n. 173 che ha ritenuta legittima la rivalutazione decrescente delle pensioni di importo elevato per un triennio.

³⁵ Su cui v. P. BOZZAO, *L'adeguatezza retributiva delle pensioni: meccanismi perequativi e contenimento della spesa nella recente lettura della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*; M. CINELLI, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte (Corte cost. 30 aprile 2015, n. 70)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, n. 2, p. 429; M. D'ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale nella legislazione previdenziale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i moniti) ... ai fatti (dichiarazione di illegittimità)*, in *Riv. dir. sic. soc.*, n. 2, 2015, p. 319; ID., *La Consulta ridà linfa all'effettività dei diritti previdenziali: la sent. n. 70/2015 in tema di perequazione automatica*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, n. 3, p. 371; V. FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, II, p. 840; D. GAROFALO, *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al D.L. n. 65 del 2015*, in *Lav. giur.*, 2015, n. 7, p. 680; M. PERSIANI, *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *Giur. it.*, 2015, n. 5, p. 1177; R. PESSI, *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, n. 6, p. 400; G. M. SALERNO, *La sentenza n. 70 del 2015: una pronuncia non a sorpresa e da rispettare integralmente*, in *Federalismi.it*; A. SGROI, *La perequazione automatica delle pensioni e i vincoli di bilancio: il legislatore e la Corte costituzionale*, in *Consultaonline.it*; vedi inoltre l'opera collettanea M. BARBIERI, M. D'ONGHIA (a cura di), *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT", *collective volumes*, - n. 4/2015.

denziale del 2010: in quell'occasione la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla sospensione della perequazione automatica per l'anno 2008 delle pensioni superiori ad un certo importo, aveva dichiarato la legittimità del provvedimento. Purtuttavia i giudici avevano rivolto un monito al legislatore ricordando che tali disposizioni dovesse comunque avere il carattere della temporaneità ed essere improntate a criteri di razionalità in quanto la reiterazione nel tempo di tali misure sarebbe stata del tutto sproporzionata ed irragionevole³⁶.

Nonostante quanto avvertito il Governo Monti, attraverso l'art. 24, co. 25, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201³⁷, aveva disposto, per il biennio 2012-2013, la sospensione della perequazione automatica dei trattamenti pensionistici superiori a 3 volte il trattamento minimo Inps.

Immaneabilmente, verrebbe da dire, visto il breve lasso temporale intercorso dal precedente provvedimento di sospensione, la Corte costituzionale chiamata a giudicare della legittimità di quell'atto, ne dichiarò la contrarietà ai principi costituzionali per violazione degli artt. 3, 36, co.1 e 38 Cost.

In realtà, la vicenda è più complessa e le differenze tra le due fattispecie notevoli: il provvedimento che aveva bloccato la perequazione automatica nel 2008 andava ad inficiare solo le pensioni eccedenti 8 volte l'importo minimo, nell'altro caso, invece, si andavano a colpire anche le pensioni di importo molto più basso. D'altra parte, il primo provvedimento aveva una durata limitata di un anno al contrario di quanto previsto nel decreto del 2011 che aveva durata più lunga³⁸.

Tutti questi fattori implicavano una definitiva perdita del potere d'acquisto dei pensionati, soprattutto dei titolari di trattamenti più modesti, con una «irrimediabile vanificazione delle aspettative legitti-

³⁶ Cfr. Corte cost. 3 novembre 2010, n. 316, in *Giur. cost.*, 2011, n. 1, p. 880 nella quale si legge «la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, esporrebbero il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità».

³⁷ Convertito in l. n. 214 del 2011.

³⁸ D'altra parte, da un punto di vista causale secondo M. D'Onghia e M. Barbieri sussisteva una specifica ragione per l'intervento del 2008 e cioè la «necessità di reperire risorse per compensare l'innalzamento repentino a 60 anni dell'età minima per l'accesso alla pensione di anzianità», in ID., *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 4.

mamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività»³⁹.

Orbene, ciò premesso, può risultare utile ai fini della comprensione della legittimità o no dell'attuale blocco sui licenziamenti analizzare gli esiti del c.d. test di ragionevolezza che la Corte costituzionale ha operato sul provvedimento di blocco della perequazione automatica.

A mio avviso, al di là della discutibile affermazione dei giudici delle leggi per cui il trattamento pensionistico costituisce retribuzione differita e su cui rimando all'ampio dibattito in dottrina⁴⁰, la sentenza n. 70 ha avuto l'indubbio pregio di riportare *in auge* il dibattito tra l'equilibrata compressione dei diritti sociali e le esigenze di contenimento della spesa pubblica⁴¹.

Non è stato, infatti, messo in discussione il potere del legislatore, di per sé, di intervenire in fattispecie che incidono sul bilancio dello Stato, ma ne è stata contestata la proporzionalità rispetto ai mezzi, alle modalità e ai fini prescelti perché «il criterio di ragionevolezza [...], circoscrive la discrezionalità del legislatore e vincola le sue scelte all'adozione di soluzioni coerenti con i parametri costituzionali».

Dal ragionamento dei giudici costituzionali emerge dunque questo ulteriore criterio che dovrà essere tenuto in considerazione per la valutazione della legittimità del blocco dei licenziamenti: la proporzionalità

³⁹ La Corte costituzionale stigmatizzò l'aver disatteso il monito contenuto nella sentenza n. 316 del 2010, l'aver emanato analoghi provvedimenti restrittivi anche dopo il 2011 ed il non aver illustrato nel dettaglio le esigenze finanziarie che avrebbero dovuto giustificare il blocco della perequazione.

⁴⁰ In senso conforme a quanto dubitato nel testo: V. FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, op. cit., p. 842; *contra* R. PESSI, *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 404; M. CINELLI, *Sostenibilità economica e sostenibilità sociale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in M. D'ONGHIA, M. BARBIERI., *La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, op. cit., p. 28.

⁴¹ V. però in senso critico E. ALES, *Diritti sociali e "discrezionalità" del legislatore nell'ordinamento multilivello*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 455.

Più ingenerale v. inoltre M. D'ONGHIA, *La giustizia costituzionale in materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*; in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 85, p. 81; ID., *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza*, Bari, 2013; ID., *Welfare e vincoli economici nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 93.

dell'intervento rispetto all'obiettivo che l'ordinamento si è prefissato e alle finalità che intende perseguire⁴².

5. Il blocco dei licenziamenti per motivo oggettivo

Il più recente blocco nell'ambito del diritto del lavoro è sicuramente quello che, giornalmisticamente viene erroneamente definito "dei licenziamenti", in quanto, come noto, sono solo sospese le procedure di licenziamento collettivo e vietati quelli per motivi economici.

Onde valutare la legittimità o meno dei provvedimenti in questione, mai come in questa vicenda, è determinate l'analisi diacronica della normativa susseguitasi nel tempo.

Dunque, inizialmente, l'articolo 46 del d.l. Cura Italia del 17 marzo 2020, n. 18⁴³ aveva stabilito che l'avvio delle procedure di mobilità (artt. 4 e 5, l. 23 luglio 1991, n. 223) oppure di licenziamenti collettivi era precluso per 60 giorni. Peraltro, per il medesimo periodo, erano sospese pure «le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020».

La legge prevedeva, inoltre, che sino alla scadenza del termine indicato, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non potesse comunque recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604.

Erano, invece, «fatte salve» le ipotesi dei licenziamenti per subentro di nuovo appaltatore con contestuale assunzione dei medesimi lavoratori per effetto di clausole sociali, legali o contrattuali, di salvaguardia dell'occupazione⁴⁴.

⁴² La vicenda non può di dirsi di certo conclusa. Infatti successivamente alla sentenza n. 70 del 2015 la Corte costituzionale è stata chiamata più volte a pronunciarsi su provvedimenti compressivi dei diritti pensionistici. Tuttavia, non sempre si è trattato di un vero e proprio blocco, ma più ragionevolmente di provvedimenti di raffreddamento o diminuzione percentuale di trattamenti in corso; cfr. Corte cost. n. 234 del 2020 che ha respinto le questioni di legittimità costituzionale circa la riduzione per un triennio della rivalutazione automatica delle pensioni di elevato importo e la decurtazione percentuale per un quinquennio del loro ammontare lordo annuo.

⁴³ Convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

⁴⁴ F. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*,

Successivamente, l'art. 80 del d.l. Rilancio Italia del 19 maggio 2020, n. 34⁴⁵ ha previsto che il termine originario di 60 giorni fosse sostituito con quello più lungo di 5 mesi ed ha anche disposto la sospensione delle «procedure di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in corso di cui all'articolo 7 della l. 15 luglio 1966, n. 604». In tal modo il c.d. blocco dei licenziamenti veniva prorogato fino al 17 agosto 2020⁴⁶.

Come noto, alla vigilia di Ferragosto il governo ha esercitato una diversa opzione di politica del diritto in quanto, attraverso l'art. 14 del D.l. n. 104 del 14 agosto 2020⁴⁷ ha disposto un "blocco dei licenziamenti" mutato rispetto al precedente nelle modalità di attuazione che teneva conto delle critiche che erano state mosse al primo provvedimento.

Sebbene, infatti, la rubrica dell'articolo fosse erroneamente intitolata *Proroga delle disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo* in realtà non abbiamo assistito a nessuna proroga di un precedente provvedimento di legge.

2020, p. 321, evidenzia che l'esclusione dei licenziamenti per cambio di appalto sembrerebbe riguardare solo l'ipotesi dei licenziamenti collettivi, tuttavia il caso può verificarsi anche attraverso un licenziamento individuale quando il numero degli addetti interessati non raggiunga i cinque. Per un'analisi generale sul campo di applicazione della disposizione rispetto ai diversi tipi di licenziamento, sulle sanzioni applicabili rispetto ai diversi regimi sanzionatori ed al tema delle impugnazioni v. P. PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto Ristori*, in *Lav. giur.*, 2020, n. 6, p. 579 ss.

⁴⁵ Convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77.

⁴⁶ Il d.l. Cura Italia aggiungeva anche il comma 1 *bis* all'art. 46 della l. n. 24 aprile 2020, n. 27 a norma del quale il datore di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti, nel periodo dal 23 febbraio 2020 al 17 marzo 2020 avesse proceduto al recesso del contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della l. 15 luglio 1966, n. 604, avrebbe potuto, in deroga alle previsioni di legge, «revocare in ogni tempo il recesso purché contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale, di cui agli articoli da 19 a 22, partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento». In questa situazione il rapporto di lavoro si sarebbe inteso ripristinato senza soluzione di continuità e senza oneri né sanzioni per il datore di lavoro.

⁴⁷ Convertito con modificazioni dalla l. 13 ottobre 2020, n. 126 su cui v. P. PASSALACQUA, *Il divieto di licenziamento dopo il Decreto "agosto" e il Decreto "ristori"*, in *Lav. giur.*, 2021, n. 2, p. 121.

Le ragioni poste alla base delle sostanziali modifiche apportate alla disciplina sospensiva erano, peraltro da rinvenire nelle critiche che filtravano anche dagli ambienti confindustriali a ragione della preoccupazione che, se non fosse stato predisposto o comunque prorogato un sistema organico di ammortizzatori sociali, si sarebbe scaricato solo sulle imprese, impossibilitate per legge a licenziare, il costo della crisi; ciò in palese contrasto con l'art. 38 Cost. che, in una situazione di ordinarietà, impone allo Stato di garantire mezzi adeguati alle esigenze di vita dei lavoratori in caso di disoccupazione involontaria⁴⁸.

Alla luce di queste considerazioni il decreto d'urgenza vietava ai soli datori di lavoro che non avessero integralmente fruito dei trattamenti di integrazione salariale riconducibili all'emergenza epidemiologica da COVID-19⁴⁹ o dell'esonero dal versamento dei contributi previdenziali⁵⁰, l'avvio delle procedure di mobilità o licenziamenti collettivi. Come in precedenza, restavano altresì sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020 e la salvezza degli atti di recesso intimati in ipotesi di cambio appalto con contestuale riassunzione a seguito di subentro di nuovo appaltatore.

La normativa estiva imponeva pure che al datore di lavoro che non avesse usufruito dei "vantaggi" previsti dal comma 1, restasse comunque precluso, indipendentemente dal numero dei dipendenti, il potere di recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo e disponeva ancora la sospensione delle procedure in corso di cui all'art. 7 della l. 604 del 1966.

Il terzo comma dell'art. 14 del decreto di Ferragosto, invece, introduceva delle importanti eccezioni alle preclusioni e sospensioni stabilite ai commi precedenti: era possibile estinguere il rapporto di lavoro nelle ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva

⁴⁸ E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, in *Mass. giur. lav.*, n. 3, 2020, p. 612; G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, op. cit., p. 684 e soprattutto p. 695.

Il decreto di agosto ancorché raggiungesse i medesimi risultati dei precedenti provvedimenti d'urgenza prendeva le mosse da presupposti affatto differenti in quanto durante il periodo estivo la curva pandemica era di molto scemata e la situazione sanitaria nazionale non era più sotto pressione come nel precedente mese di marzo.

⁴⁹ Cfr. art. 1, d.l. 14 Agosto 2020, n. 104.

⁵⁰ Cfr. art. 3, d.l. 14 Agosto 2020, n. 104.

dell'attività di impresa oppure conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività o nei casi in cui, nel corso della liquidazione, non si fosse configurata la cessione di un complesso di beni od attività che integrassero un trasferimento d'azienda o di un suo ramo ai sensi dell'articolo 2112 c.c.

Questa condivisibile scelta rispondeva ad esigenze di coerenza sistemica e basilari principi economici in quanto assimilava la medesima *ratio* del D.lgs. n. 14 del 2019 a norma del quale, art. 189, nella misura in cui non è più possibile, in linea generale, proseguire con una lucrosa attività di impresa «il curatore deve procedere senza indugio al recesso dai relativi rapporti di lavoro subordinato»⁵¹.

Ma le novità introdotte con il D.l. n. 104 non erano terminate: proseguendo, infatti, l'opera di valorizzazione della contrattazione collettiva decentrata oramai iniziata da tempo il legislatore consentiva licenziamenti per motivi economici, in pendenza del divieto, nell'ipotesi di stipula di un accordo collettivo aziendale di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

È importante notare, però, che l'intesa in questione non aveva efficacia *erga omnes* come di norma accade per tutti i contratti collettivi aziendali, ma valenza «limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo».

Inoltre, nonostante i plurimi protocolli che sono intervenuti in ambito intersindacale sulla misura della rappresentanza, in virtù dell'uso della preposizione articolata *dalle*, veniva data rilevanza solo a quei contratti che fossero stati sottoscritti dalle organizzazioni sindacali “maggiori” e non più *da* altre organizzazioni sindacali⁵².

⁵¹ In altra parte del comma 3 dell'art. 14, con un incomprensibile salto logico, il legislatore, dando prova di non conoscere la nuova terminologia adottata dal d.lgs. n. 14 del 2019, disponeva che erano ovviamente esclusi dalla sospensione i licenziamenti intimati «in caso di fallimento», quando non fosse stato disposto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne fosse stata disposta la cessazione. Il nuovo Codice della crisi supera la procedura fallimentare, nel nome oltre che nella disciplina, introducendo la procedura di liquidazione giudiziale.

⁵² Ai lavoratori che avessero accettato questa soluzione conciliativa era riconosciuto il trattamento di NASPI. In dottrina v. A. MARESCA, *Gli accordi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro nell'art 14, co. 3, D.L. n. 104/2020*:

Il provvedimento di agosto presentava delle criticità: innanzitutto la mancanza di indicazione certa della sua durata. La cassa integrazione COVID, infatti, era prevista per 9 settimane gratuite per le imprese più altre 9 con *ticket* decrescente rispetto al fatturato fino ad azzerarsi completamente con perdite sopra il 20%, sebbene si potesse usufruire di questa misura presentando domanda fino al 31 dicembre con evidente dilazione dei tempi⁵³.

Tuttavia il punto più controverso era sicuramente il dubbio se fosse obbligatorio usufruire integralmente della cassa integrazione prima di licenziare quale *extrema ratio*, oppure se il divieto si applicasse solo alle imprese che avessero effettivamente usufruito dei vantaggi predisposti dall'ordinamento⁵⁴.

Ma la vicenda che ha riguardato il blocco dei licenziamenti non è ancora finita.

All'approssimarsi del termine di scadenza delle 18 settimane complessive di cassa integrazione per le imprese che ne avessero usufruito da subito, infatti, il legislatore, con il Decreto Ristori, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137⁵⁵, forse spaventato dalla possibilità che si potessero verificare i primi licenziamenti, predisponeva una terza tipologia di blocco.

Quel decreto, infatti, era una sorta di ibrido perché se da un lato,

l'alternativa realistica il divieto di licenziamento per Covid, in *Lav. dir. eu.*, 2020, n. 3, p. 6.

⁵³ Per le problematiche interpretative legate alla durata e decorrenza del provvedimento v. P. PASSALACQUA, *I limiti al licenziamento nel decreto Cura Italia dopo il decreto Ristori*, op. cit., p. 579. Osserva M. VERZARO, *Il licenziamento per g.m.o. ai tempi del covid-19*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Diritto del lavoro ed emergenza pandemica*, Pisa, 2021, p. 176, che la sospensione del rapporto lavorativo implica comunque il pagamento da parte del datore di lavoro dei trattamenti economici indiretti e differiti derivanti dal rapporto di lavoro quali ad esempio il t.f.r.; v. anche E. BALLETTI, *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza "COVID-19" alla luce dei principi costituzionali*, in *Dir. merc. lav.*, n. 3, 2020, p. 530.

⁵⁴ Per le due differenti interpretazioni della norma v. rispettivamente A. MARESCA, *La flessibilità del divieto di licenziamento per Covid (prime riflessioni sull'art. 14 D.L. n. 104/2020)*, in *Labor*, 2020 e F. SCARPELLI, *I licenziamenti economici come (temporanea) extrema ratio: la proroga del blocco nel D.L. n. 104/2020*, in *Labor*, 2020. Cfr. anche Circ. INL 16 settembre 2020.

⁵⁵ Poi convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020. Per il rinnovo dei trattamenti di cassa integrazione cfr. art. 12 del medesimo decreto.

all'art. 12, comma 9, riprendeva la formula originaria di cui al decreto Cura Italia disponendo sia la preclusione, fino al 31 dicembre 2020, dell'avvio delle procedure di mobilità e dei licenziamenti collettivi sia la continuazione della sospensione delle procedure pendenti avviate dopo il 23 febbraio 2020⁵⁶, dall'altro, riprendeva dal decreto di agosto tutta la normativa in tema di procedure concorsuali e quella relativa agli accordi sindacali aziendali che invece non era stata prevista nel primo provvedimento.

Si ritornava alle origini insomma e soprattutto veniva meno quella particolare tecnica della condizionalità che era stata prevista nell'estate del 2020 per poter avviare procedure di licenziamento collettivo o economico.

Ma la parola fine ancora non poteva essere pronunciata: la legge di bilancio per il 2021⁵⁷, infatti, ha ulteriormente esteso il c.d. blocco dei licenziamenti fino al 31 marzo 2021: in particolare, il combinato disposto dei commi 309, 310 e 311 dell'art. 1 proroga le ultime misure adottate dal Governo in tema di blocco dei licenziamenti.

6. L'analisi delle fattispecie e delle pronunce della Corte costituzionale

Per valutare la legittimità costituzionale della sequenza di provvedimenti di legge che hanno imposto il c.d. blocco dei licenziamenti è necessario, primariamente, analizzare le caratteristiche sostanziali delle diverse disposizioni che si sono succedute nel tempo perché, come visto, queste hanno tra loro delle rimarchevoli differenze sia dal punto di vista oggettivo che rispetto alla tecnica legislativa utilizzata⁵⁸.

⁵⁶ Era pure riproposta l'eccezione inerente alla successione di appalti e rimaneva pure il divieto di licenziamento c.d. economico.

⁵⁷ Cfr. l. n. 178 del 30 dicembre 2020.

⁵⁸ V. anche le considerazioni dubitative sollevate da G. VIDIRI, *La nuova storia del diritto del lavoro e l'incostituzionalità del blocco dei licenziamenti*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, 2020, p. 11; M. VERZARO, *Il divieto di licenziamento nel decreto "Cura Italia"*, in *Giustiziacivile.com*, n. 5, 2020.

Non di meno riveste valenza anche la situazione socio economica che ha parallelamente accompagnato e giustificato quelle differenti discipline.

Dunque, il blocco previsto nel decreto Cura Italia di marzo 2020 assumeva tre caratteristiche principali: era, innanzitutto, un provvedimento ad efficacia generale e ad estensione indifferenziata. Non vi era, infatti, una distinzione tra settori produttivi e tra imprese maggiori e quelle minori, erano dunque parificati, dal punto di vista degli effetti, i piccoli imprenditori alle grandi realtà⁵⁹.

D'altra parte, nell'ambito del primo blocco l'andamento economico delle imprese è stato assai diversificato perché alcune di esse hanno visto, addirittura, un incremento del loro fatturato o anche della forza lavoro: si pensi, ad esempio, al settore della grande distribuzione, tutto il mondo delle forniture *online* e di conseguenza la categoria dei trasporti⁶⁰.

Un'altra caratteristica peculiare era l'inderogabilità di quella norma, salvo l'unica e minimale deroga espressa relativa alla situazione di cambio appalto⁶¹.

Infine, e soprattutto, quel provvedimento aveva un'efficacia certa nel tempo: era indicata chiaramente, infatti, la scadenza prefissata di 5 mesi.

Tuttavia, a mio avviso per l'analisi di questa vicenda è necessario che il giurista tenga conto anche di fattori socio-economici che, mai come in questa situazione, hanno influenzato il legislatore e, di conse-

⁵⁹ E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, op. cit., p. 611, per il quale sulle piccole imprese «si addensano in notevole misura le conseguenze della drastica riduzione nel prodotto interno lordo e che, sul piano costituzionale, possono invocare non solo la protezione dell'art. 41 Cost., ma quella dell'art. 4, in quanto sono la sede di esplicazione della partecipazione dell'imprenditore alla vita collettiva, con ovvi riflessi sugli artt. 1 e 2».

⁶⁰ Anche con risvolti penali se vogliamo: basti pensare alla recente vicenda dei *raiders* ed alle conclusioni tratte dalla Procura di Milano. Si veda inoltre la vicenda dell'incremento delle assunzioni di Amazon: *La pandemia spinge Amazon: mezzo milione di nuovi assunti, mai nessuno così*, in *www.ilsole24ore.it* del 27 novembre 2020.

⁶¹ P. IERVOLINO, *Il licenziamento ai tempi del Covid-19*, in *Labor*, n. 5, 2020, p. 620, definisce l'art. 46 come una norma proibitiva volta a tutelare, indipendentemente dal numero dei dipendenti, i contraenti deboli del rapporto.

guenza, hanno avuto ricadute sulla capacità di rendere la prestazione lavorativa.

Bisogna ricordare, infatti, che questo primo blocco dei licenziamenti si è sovrapposto, in linea di massima, con il periodo di *lockdown* nazionale in cui tutte le imprese, al di là delle note eccezioni individuali tramite codice Ateco, erano letteralmente chiuse perché il luogo di lavoro ed i relativi spostamenti per raggiungerlo erano diventati veicoli d'infezione.

Sulla base di tali presupposti fattuali si è reso necessario, dunque, per ragioni di ordine pubblico sanitario emanare un provvedimento d'urgenza che comprimesse il libero esercizio dell'attività di impresa: le ragioni straordinarie ed emergenziali, la forza cogente dell'art. 32 Cost. e la temporaneità del provvedimento non possono che far concludere per la legittimità del bilanciamento posto in essere dal legislatore in quella situazione⁶².

Questione affatto diversa è la legittimità della continuazione nel tempo dei provvedimenti di blocco dei licenziamenti emanati, peraltro, sulla base di presupposti reali differenti.

⁶² Su basi argomentative diverse v. M.T. CARINCI, *Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: ratio, limiti e opportunità di una misura in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost.*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, p. 574; F. SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, op. cit., p. 315; U. GARGIULO, V. LUCIANI, *Emergenza Covid-19 e "blocco" dei licenziamenti: commento all'art. 46 del d.l. n. 18/2020 (conv. in l. n. 27/2020)*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Roma, 2020, p. 207.

In relazione a questo primo blocco sollevano invece perplessità, da diversi punti di vista, E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, op. cit., p. 612 e G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, op. cit., p. 698 rispetto alle dinamiche impositive sulle piccole imprese e C. ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica tra garantismo e condizionalità*, in *Labor*, 2020, p. 442 che evidenzia una possibile violazione dell'art. 41 Cost. nella misura in cui la proroga è stata disallineata con la cassa integrazione integralmente finanziata dallo Stato. Osserva peraltro E. BALLETTI, *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza "COVID-19" alla luce dei principi costituzionali*, op. cit., p. 532 la contraddittorietà del divieto dei licenziamenti rispetto ai rapporti di lavoro improduttivi e rispetto al dovere generale dell'imprenditore di adozione senza indugio delle determinazioni necessarie per superare le crisi e preservare la continuità aziendale ex art. 2086, co. 2, c.c.

La disciplina contenuta nel decreto di agosto, infatti, a parità di risultato vanta caratteristiche peculiari: innanzitutto vi è una selettività del divieto rispetto alle imprese, selettività che agisce attraverso la tecnica della condizionalità per la quale il blocco scatta, al netto di differenti interpretazioni dottrinarie, solo se si è fatto ricorso agli ammortizzatori sociali. Inoltre, era incerta la durata per cui quel blocco avrebbe trovato applicazione.

D'altra parte nel periodo in cui è stato in vigore quel provvedimento, sostanzialmente l'intervallo estivo, le condizioni del Paese erano cambiate rispetto alle precedenti ed erano, dunque, cambiati i presupposti oggettivi: il tasso di contagi era grandemente sceso, facendo venir meno la situazione di emergenza sanitaria e soprattutto le imprese avevo ripreso la loro ordinaria attività lavorativa⁶³.

Il terzo blocco, infine, ritorna al modello rigido e generalista di cui al decreto Cura Italia e ne riprende dunque le caratteristiche oggettive atteso però che le condizioni socio economiche del Paese, con il metodo dei diversi colori che caratterizzano le Regioni e l'apertura di quasi tutte le attività produttive, mutano in maniera sostanziale il presupposto reale che la norma dovrebbe regolamentare sebbene identica nel contenuto a quanto previsto nel primo decreto.

Analizzate le caratteristiche delle tre tipologie di blocco come giudicare, dunque, la legittimità della proroga del divieto?

Per rispondere a questo quesito ritengo che sia utile ricavare dei capisaldi dai principi costituzionali emersi dall'analisi delle vicende trascorse: il primo blocco dei licenziamenti, quello del 1945, ha una valenza storica più che giuridica perché, ricordiamolo si sviluppò all'infuori del contesto della Costituzione repubblicana. Tuttavia non può non colpire come da quella esperienza emerse chiaramente un'idea di proporzionalità che accompagnò i vari provvedimenti che si susseguirono nell'arco del biennio '45-47.

Quel blocco, infatti, fu assoluto solo per un breve periodo di tempo e gradatamente, dopo nemmeno un anno dall'atto originario, fu

⁶³ P. IERVOLINO, *Il licenziamento ai tempi del Covid-19*, op. cit., p. 628, evidenzia proprio come fosse venuto meno il *factum principis*; G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, op. cit., p. 692.

concessa la possibilità di licenziare in misura sempre percentualmente maggiore⁶⁴.

D'altra parte, rispetto alla vicenda del blocco della scala mobile si possono ricavare una serie di *input* che debbono essere tenuti in considerazione: innanzitutto la carenza di copertura costituzionale se non addirittura l'illegittimità in sé di provvedimenti automatici di rinnovo di disposizioni legislative che comprimono diritti primari. Ciò potrebbe assumere una certa valenza se pensiamo solo alla riattivazione *tout court* del terzo blocco dei licenziamenti che riprende il contenuto del decreto di marzo 2020 seppure il Paese, nel periodo di riferimento, sia in condizioni socio economiche decisamente migliori di quelle che giustificarono la normativa originaria.

Da quella vicenda si ricava pure che i giudici costituzionali hanno dato rilevanza al fatto che la tecnica del blocco non fosse l'unico strumento in grado di soddisfare le esigenze imposte dalla Costituzione ed anche questo rilievo può assumere valore rispetto alla vicenda odierna.

Data per scontata, infatti, l'esplicita mancanza di tutela costituzionale del recesso (v. oltre), è ragionevole credere che la disattivazione del blocco dei licenziamenti non esporrebbe di per sé i lavoratori a illegittime situazioni di sottotutela non tollerate, queste sì, dalla Costituzione. Attraverso strumenti di accompagnamento nel mercato del lavoro, infatti, sia economici che formativi ed implementando le possibilità di incontro tra domanda ed offerta si potrebbe comunque consentire il pieno esercizio delle libertà di impresa garantendo al contempo una solidaristica tutela del diritto al lavoro.

Del resto, quanto appena sostenuto, è tanto più vero se si pensa che la Corte costituzionale, sempre nella medesima sentenza n. 34 del 1985 ha evidenziato come i lavoratori sono essi stessi cointeressati alla soluzione dei problemi del lavoro in genere poiché la soluzione di quei problemi incide direttamente sulle imprese e dunque, quale punto di

⁶⁴ Esso inoltre non fu generalizzato in quanto riferito solo a certe categorie di lavoratori e solo per certi settori produttivi, v. le considerazioni di M. DE LUCA, *Blocco dei licenziamenti al tempo del COVID-19: alla ricerca delle tipologie di licenziamento che ne risultano investite (note minime)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT", n. 424/2020, p. 2-3.

caduta, sulle loro vite. Il mantenimento, dunque, di un tessuto produttivo sano ed efficiente è interesse degli stessi lavoratori.

La vicenda del blocco della contrattazione collettiva, invece, pone delle rilevanti questioni di metodo soprattutto rispetto alla tecnica del bilanciamento ragionevole. Ciò che la Corte ha evidenziato in quella situazione è stata l'incompatibilità con la Carta dei valori del reiterato protrarsi della sospensione di procedure che, invece, trovano origine e sono espressione di libero ed equilibrato esercizio di valori costituzionali: la contrattazione collettiva in un caso, i licenziamenti collettivi quali espressione del potere organizzativo corollario dell'iniziativa economica privata in quello attuale⁶⁵.

Quando questa *prorogatio* sconfinava in una continua e formalistica reiterazione del medesimo provvedimento si assiste ad un bilanciamento irragionevole di valori costituzionalmente protetti che dunque vengono illegittimamente compressi.

In ultimo è possibile ricavare nozioni utili anche dalla sentenza della Corte costituzionale sul blocco della perequazione automatica; in quell'occasione i giudici hanno particolarmente insistito sul c.d. test di ragionevolezza a mezzo del quale si può comprendere se le modalità scelte dal legislatore per il contemperamento degli interessi in gioco siano illegittime perché eccessivamente discrezionali oppure coerenti con l'impianto valoriale del Costituzione.

Tuttavia, come noto, tale giudizio non andrà parametrato rispetto ad una generalista situazione di emergenza, ma tenendo conto dell'obiettivo che l'ordinamento si è prefissato.

Orbene, rispetto a quest'ultima considerazione non può non balza-

⁶⁵ In tema di equilibrata costrizione del diritto al licenziamento collettivo rispetto alla legislazione europea v. M. BLASI, *Liberty e Freedom nel blocco dei licenziamenti collettivi*, in *Lav. dir. eu.*, 2020, n. 3, che richiama Corte giust. UE 21 dicembre 2016, C-201/2015, *Iraklis*, la quale tra i requisiti per poter comprimere la libertà di impresa annovera appunto quello della proporzionalità non essendo possibile «vanificare l'essenza della libertà di impresa».

Il Tribunale di Barcellona (Juzgado de lo Social n. 1), nella sentenza n. 283 del 15 dicembre 2020, in *Boll. ADAPT* 1° febbraio 2020, n. 4, ha dichiarato contrario al diritto europeo il simile blocco dei licenziamenti spagnolo per violazione dell'art. 3, par. 3, del Trattato sull'Unione europea e dell'art. 16 della Carta europea dei diritti fondamentali che tutelano la libertà di impresa.

re agli occhi come, nell'attuale situazione, l'intento del governo sia stato solo quello, seppure comprensibile, di salvaguardare l'occupazione⁶⁶.

Certamente ciò può essere ricondotto al dovere generale di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano il pieno sviluppo della persona umana ed anche alla norma dell'art. 4 Cost. sebbene questa, come noto, non tutela il posto di lavoro di per sé, ma impone solo alla Repubblica il compito di creare le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro implicando «il dovere per lo Stato di adottare politiche rivolte a creare le condizioni per la massima occupazione possibile»⁶⁷.

Tuttavia la questione è se sia legittimo tutelare e proteggere una sola parte del rapporto di lavoro e accordare protezione alla sola tutela dell'occupazione, come nella vicenda cui assistiamo⁶⁸.

⁶⁶ In realtà dall'interpretazione dell'art. 4 Cost. e tenendo a mente Corte cost. n. 998 del 1988 ricaviamo che l'occupazione è un bene collettivo la cui finalità è affidata allo Stato di talché è più corretto parlare di occupabilità quale scopo dell'ordinamento diretto ad allargare la base occupazionale. Del resto, non si può neppure nascondere che la norma di quest'articolo tende a proteggere chi il lavoro non ce l'ha. Ragionamento in parte ripreso da Corte cost. n. 194 del 2018 ed analizzato da V. MAIO, *Valori e tecniche nei licenziamenti (dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018)*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, p. 808.

⁶⁷ G. PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, op. cit., p. 696. Del resto, con la sentenza n. 45 del 1966 in *Foro it.*, 1965, I, c. 1118, la Corte costituzionale, nel valutare la compatibilità giuridica fra l'art. 2118 c.c. e l'art. 4 Cost., ha ritenuto che quest'ultimo «come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto».

⁶⁸ Ricorda E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, op. cit., p. 609 che la legge deve garantire «l'interesse dell'impresa ad agire sul mercato» in quanto «la disciplina positiva deve soddisfare in qualche misura tutte le ragioni in gioco»; nella vicenda che ci riguarda, invece, – in riferimento solo al primo blocco – «l'interesse sociale alla difesa dell'occupazione asurge evidentemente al rango di interesse pubblico», la frase è di C. ZOLI, *La tutela dell'occupazione nell'emergenza epidemiologica tra garantismo e condizionalità*, op. cit., p. 440.

Del resto, proprio nella regolamentazione della fattispecie licenziamenti la Corte costituzionale ha recentemente ricordato che, dal punto di vista dei rimedi avverso l'atto illegittimo, è necessario contemperare la tutela dell'occupazione con la libertà di

La nostra Costituzione, infatti, ha abbracciato un modello produttivo capitalistico che presuppone la libertà dell'iniziativa privata economica e corollario di quella libertà non possono non essere, nell'ambito del potere organizzativo del datore di lavoro, le scelte legate alle dimensioni temporanee o definitive della programmazione produttiva⁶⁹.

Del resto, in questo modo, l'impresa produce ricchezza concorrendo al progresso materiale della società e dunque crea occupazione; tuttavia per raggiungere questo risultato l'impresa deve rispettare le regole del mercato e quindi perseguire obiettivi di efficienza e produttività⁷⁰.

impresa, cfr. Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, *ex pluribus* M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del "jobs act"*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 1518.

⁶⁹ La stessa Corte costituzionale, del resto, nella sentenza n. 356 del 1993 non mancò di evidenziare che il dimensionamento e le scelte del personale impiegato nell'azienda rappresentano «il nucleo essenziale della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost.».

Significativa l'interpretazione di E. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 604 per il quale anche l'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. trova realizzazione nella produttività e nella economicità dell'iniziativa privata in combinato disposto con quanto previsto dal secondo comma dell'art. 4 Cost. che impone il perseguimento del progresso materiale. Conformemente G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, p. 325 e F. GALGANO, *Commento all'art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, p. 4 il quale ricorda che nel disegno costituzionale l'impresa è luogo di produzione di ricchezza; inoltre v. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 117.

Mattia Persiani sottolinea che si «deve, ormai, tenere conto del riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica», di talché è necessaria «l'accettazione di un sistema di economia di mercato» che impone al giurista una sintesi di razionalità tra i valori della persona ed i valori dell'economia, in ID., *Radici storiche e nuovi scenari del Diritto del lavoro*, ora in *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 88.

Quanto alla vicenda attuale v. anche le considerazioni di A. GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, op. cit., p. 594 ed *ivi* dottrina richiamata e le critiche di M. VERZARO, *Il licenziamento per g.m.o. ai tempi del covid-19*, op. cit., p. 177 circa la compensazione economica parziale e momentanea garantita ai datori di lavoro che però compromette i processi di riorganizzazione aziendale.

⁷⁰ G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 609; P. SPADA, *Impresa (voce)*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, VII,

Questa impostazione, peraltro, è quella fatta propria anche dalla stessa Corte di cassazione che è ferma nel ritenere non necessarie esclusive ragioni di difficoltà economica dell'azienda per procedere con un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in quanto lo scopo dell'imprenditore può anche essere di tipo soltanto organizzativo e cioè teso alla maggiore redditività o alla maggiore efficienza gestionale⁷¹.

7. Conclusione

La tutela della stabilità dell'occupazione, dunque, anche se ricondotta ad un impianto costituzionalmente primario, non può assurgere a posizione di tirannia giuridica rispetto alla libertà d'impresa.

Ciò lo si evince proprio dalle parole dei giudici delle leggi che nella nota sentenza ILVA hanno ulteriormente specificato che il perseguimento di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in quel caso erano quello alla salute e quello al lavoro, passa attraverso «un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette»⁷².

In altre parole la reiterazione del medesimo provvedimento nel tempo, se non giustificata da gravi condizioni sanitarie complessive, rischia di costituire un irragionevole e sproporzionato compromesso che, incidendo sulla capacità generale delle imprese di procedere con

Torino, 1992, p. 32; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 642; M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, n. 3, p. 279.

⁷¹ Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, commentata nelle maggiori Riviste; *ex pluribus* mi sia consentito richiamare solo M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, p. 133, più recentemente G. IANNIRUBERTO, *Iniziativa economica e tutela del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, p. 515.

⁷² Corte cost. n. 85 del 9 maggio 2013.

una equilibrata organizzazione della forza lavoro, condiziona pesantemente la complessiva capacità del sistema produttivo di sopravvivere e quindi di mantenere o creare lavoro e comprime il parametro valoriale dell'interesse alla produzione⁷³.

Dalla lettura complessiva dell'art. 41 Cost., infatti, emerge che è la funzione della produzione quella che consente di assegnare valore all'impresa e non già il perseguimento del mero profitto che, seppure costituisce il motivo o il risultato dell'iniziativa economica privata, non rappresenta certo un valore fondante, ma semmai riveste una funzione strumentale all'accumulazione del capitale e quindi alla possibilità di intraprendere nuove iniziative e nuova occupazione.

Senonché è proprio la funzione produttiva quella che viene compressa in questa vicenda, risultandone alterati i criteri di economicità organizzativa, con la conseguenza che potrebbe non essere salvaguardato a sufficienza «il contenuto essenziale dell'impresa, non soltanto la sua sopravvivenza, anche e soprattutto la capacità di operare secondo criteri di efficienza e produttività»⁷⁴.

D'altra parte, è fuor di dubbio che reiterare nel tempo il c.d. blocco dei licenziamenti significa intervenire proprio in maniera eteronoma e diretta in un ambito in cui, invece, l'ordinamento ha deciso finora di muoversi con la dovuta circospezione ed equilibrio.

La questione è delicata perché, se da un lato, l'ordinamento ha introdotto nel tempo ed in maniera estremamente attenta e bilanciata limiti esterni al potere organizzativo del datore di lavoro, soprattutto quando sono in gioco diritti della persona implicata nel rapporto, dall'altro, esso ha anche favorito un metodo differente e cioè la costituzione nelle unità produttive di «un contropotere dei lavoratori ope-

⁷³ Sul concetto di temporaneità del blocco v. M. V. BALLESTRERO, *Il blocco dei licenziamenti. Le ragioni, i tempi e i modi di una misura controversa*, in *Conversazioni sul lavoro a distanza*, 2020, p. 11.

Sul rilievo da accordare al valore produzione v. M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 73; v. anche le considerazioni di R. PESSI, *Impresa e diritto del lavoro*, in *Gnosis*, n. 4, 2008.

⁷⁴ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità dal punto di vista giuridico*, ora in ID., *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 61.

rante, col metodo della contrattazione collettiva, come potere di controllo sull'esercizio della funzione organizzativa dell'imprenditore»⁷⁵.

Testimonianza di ciò è proprio la disciplina complessiva in tema di licenziamenti economici: la riduzione del personale è a discrezione esclusiva ed insindacabile del datore di lavoro con l'unico limite imposto del rigoroso rispetto della procedura sindacale⁷⁶.

Verificato, dunque, quali siano i diritti costituzionali in contesa e avvisato dell'insidiosità del metodo utilizzato dal legislatore per intervenire nella regolamentazione della vicenda è bene ora porre l'attenzione sul controllo di ragionevolezza cui la disciplina sul blocco dei licenziamenti potrebbe venire sottoposta⁷⁷.

Quando si esercita il controllo di razionalità sulle leggi ordinarie la rispondenza dei mezzi ai fini dichiarati non può che essere accertata con un'attività valutativa che avrà quale punto di riferimento i principi costituzionali o, quanto meno, i principi desumibili dal complesso del sistema legislativo.

Senonché, nella situazione che si analizza evidenzio che in un ipotetico test di costituzionalità sul bilanciamento degli interessi in gioco effettuato dal governo la tutela della libertà di iniziativa economica è

⁷⁵ L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 398-399. Più recentemente per l'ampio dibattito in dottrina vedi *ex pluribus* C. ZOLI, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988; A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.

⁷⁶ In realtà esiste anche il parametro – solo – giurisprudenziale del *repechage*. Del resto, ricorda E. GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamento*, op. cit., p. 610 «se l'art. 41 Cost. non stabilisce quale disciplina debba avere il licenziamento per riduzione del personale, vi è una protezione delle ragioni dell'impresa minima e inderogabile dalla legge ordinaria».

⁷⁷ Tale tipo di verifica «si colloca su un crinale che corre tra il controllo di legittimità e quello di merito con vistosi sconfinamenti verso quest'ultimo» in quanto bisogna verificare sia la rispondenza in termini di valutazione politica dei mezzi utilizzati rispetto al fine da perseguire, sia il bilanciamento degli interessi confliggenti che è stato realizzato e poi sottoposto a controllo, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, ora in ID., *Diritto del lavoro*, op. cit., p. 15. Inoltre P. TOSI, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 549; O. MAZZOTTA, *Parità di trattamento e autonomia collettiva; dal mercato economico al mercato giudiziario*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2890.

sicuramente garantita sul piano costituzionale, ma così non può dirsi della tutela della stabilità dell'occupazione al di là di un nucleo duro individuato nella giustificazione del recesso e nella tutela adeguata in caso di licenziamento illegittimo⁷⁸.

Come da tempo affermato dalla Corte costituzionale, infatti, questa aspirazione dei lavoratori non è costituzionalmente necessitata essendo rimessa alla discrezionalità del legislatore la possibilità di individuare le modalità con le quali contemperare il diritto all'iniziativa economica privata con la tutela della libertà e dignità dell'uomo che lavora⁷⁹.

Il contemperamento degli interessi costituzionali, insomma, deve svolgersi sul piano dei medesimi valori e nella vicenda relativa al blocco dei licenziamenti è concreto il rischio di assegnare un valore prima-

⁷⁸ Su cui v. da ultimo Corte cost. n. 194 del 8 novembre 2018 ed in dottrina *ex pluribus* V. MAIO, *Valori e tecniche nei licenziamenti (dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018)*, op. cit., p. 789.

Per un'attenta analisi sul metodo del bilanciamento degli interessi v. V. BAVARO, *Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, p. 707; ID., *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2018, p. 243; ID., *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, p. 175.

⁷⁹ Cfr. Corte cost. n. 194 del 28 dicembre 1970. Più recentemente la Corte costituzionale ha anche affermato che non esiste una tutela costituzionalmente necessitata dell'articolo 18 St. lav.: Corte cost. n. 46, 7 febbraio 2000 in *Foro it.*, 2000, I, c. 699, con nota di De Luca, o di quanto stabilito dalla l. n. 604 del 1966 in tema di licenziamento, Corte cost. n. 81, 14 aprile 1969, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1384.

D'altra parte, come noto, l'art. 30 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 e l'art. 24 della Carta sociale europea di Strasburgo del 3 maggio 1996 prevedono rispettivamente «il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato» ed il diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» in caso di licenziamento intimato senza un valido motivo».

Tuttavia quel congruo indennizzo che deve spettare al lavoratore deve essere proporzionato al danno subito in ossequio al combinato disposto degli art. 4 e 35 Cost., v., oltre a Corte cost. n. 194 del 2018, Corte cost. n. 150 del 16 luglio 2020 in *Arg. dir. lav.*, 2021, p. 206 con nota di Zampini e su cui *ex pluribus* V. SPEZIALE, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 2020, p. 733, C. ZOLI, *Il puzzle di licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in WP C.S.D.L.E. "MASSIMO D'ANTONA".IT, n. 428/2020.

rio ad un interesse che invece, secondo la Costituzione, trova concretizzazione in differenti modi.

In questo senso la possibilità di ricorrere ad altre forme di tutela dei lavoratori, soprattutto predisponendo un sistema efficiente di formazione e riqualificazione professionale per il periodo *post* pandemico o implementando ulteriormente gli ausili nel mercato del lavoro, costituisce un'importante *caveat* alla reiterazione sistematica della disciplina in tema di blocco dei licenziamenti.

Oltre a queste considerazioni di merito relative al giudizio di ragionevolezza delle disposizioni citate ve ne sono altre rispetto al metodo adottato dal legislatore.

Non può non evidenziarsi come la reiterazione del provvedimento di blocco forza pericolosamente i confini della razionalità nella misura in cui non distingue tra imprese che non hanno subito gli effetti del COVID e magari hanno incrementato il fatturato o addirittura assunto ed imprese che, invece, hanno visto grandemente scemare la loro attività produttiva.

Non si possono porre sullo stesso piano, cioè, imprese che hanno vissuto situazioni oggettivamente diverse quando invece, proprio nel diritto del lavoro, conosciamo bene la legittimità della teoria del parallelismo delle tutele che, ad esempio, nella disciplina protettiva avverso il licenziamento illegittimo prevede una graduazione a seconda del dimensionamento aziendale.

Il legislatore, insomma, soprattutto con i provvedimenti di reiterazione del divieto succedutisi dall'ottobre 2020 in poi ha erroneamente regolamentato in maniera uniforme situazioni che, invece, sono oggettivamente diverse.

Per di più nel periodo di vigenza del D.l. n. 137 del 2020, così come poi prorogato, è ancor più forte la contraddizione giuridica che emerge: nella misura in cui è consentita la prosecuzione dell'attività di impresa non può limitarsi ulteriormente il potere organizzativo dell'imprenditore quale espressione della libertà d'iniziativa economica privata.

Orbene, alla luce di queste considerazioni, dunque, ritengo sia azzardato avventurarsi in un giudizio preventivo di legittimità costituzionale o meno dell'attuale disciplina sul blocco dei licenziamenti: ciò non venga inteso quale indice di pusillanime comportamento dante-

sco, ma quale frutto di un ragionamento che non può essere concluso se non si è a conoscenza dei dati reali relativi alla diffusione e pericolosità epidemiologica del *virus*.

Ritengo cioè che la razionalità e quindi la legittimità di questi interventi di proroga si giocherà sul delicato equilibrio tra difesa della libertà di iniziativa economica privata e tutela della salute pubblica: nella misura in cui quest'ultimo valore acquisirà preponderanza rispetto al primo, in ragione di una elevatissima pericolosità sociale del contagio allora il mezzo del blocco della produzione accompagnato al blocco dei licenziamenti, quale misura temporanea di ordine pubblico sanitario, dovrà essere riconosciuto come legittimo rispetto al fine della tutela della vita.

Al contrario se, come accaduto nel periodo estivo ad esempio, l'indice di virulenza non si rilevasse così elevato e non fosse messa in pericolo, in maniera rilevante, la salute pubblica e tenuto conto che le imprese, finito il *lockdown* primaverile, hanno ripreso così come accade attualmente la loro ordinaria attività, allora ritengo che la proroga del blocco sia del tutto sproporzionata rispetto al fine che ci si era prefissati e che, a produzione in corso, non si possa limitare in maniera così rilevante il potere organizzativo del datore di lavoro.

Giancarlo Postacchini

Un saluto

Molto volentieri, al termine di questo convegno, porto il mio personale saluto.

Innanzitutto per ringraziare il prof. Guido Canavesi che ha voluto organizzarlo in omaggio all'opera e alla figura di mia moglie, la prof.ssa Giuliana Ciocca a dieci anni dalla sua scomparsa.

Ringrazio sentitamente il magnifico Rettore, il Prof. Francesco Adornato, e tutte le autorità accademiche per l'attenzione che hanno voluto riservare a questo momento, sia con la loro presenza, sia con le parole di affetto e di stima per Giuliana.

Ringrazio di cuore la Prof.ssa Paola Olivelli e il Prof. Mattia Persiani per le loro relazioni rispettivamente sulla figura umana e sul pensiero scientifico di Giuliana. Il loro insegnamento è stato un punto di riferimento costante per mia moglie che lo ha sempre ricercato come prezioso confronto nella elaborazione del suo pensiero giuridico.

Non da ultimo un particolarissimo ringraziamento a tutti gli illustri studiosi che da varie Università italiane, portando il loro contributo scientifico a questo convegno, hanno voluto preliminarmente ricordare con parole commosse la loro collega ed amica Giuliana.

Con pochi tra voi ho avuto la fortuna di avere una conoscenza diretta. Con i più, per ovvie ragioni, non ne ho avuto l'opportunità. Tuttavia mi siete ben presenti perché Giuliana, parlandomi dei suoi impegni accademici, mi raccontava talora anche di voi, dei vostri studi, dei vostri interessi scientifici, dei comuni impegni.

Ne parlava sempre con entusiasmo e stima, certa di avere, nel rapporto e nella collaborazione scientifica con voi, un luogo ove poter attuare un confronto autorevole, sebbene da diverse prospettive, per quella completezza di indagine e quel rigore giuridico che aveva tanto a cuore. Era l'interesse che sempre la animava: cogliere di ognuno l'originale contributo e il metodo di indagine trattenendo sempre, co-

me da maestri, l'essenziale insegnamento. Amava il confronto a tutto campo, senza preclusioni ideologiche e sempre aperta a tutto.

E quando, da direttore del dipartimento, cominciava a interagire con i cosiddetti "giovani", proprio questo voleva insegnare e precisamente su questo li stimolava e li accompagnava: un metodo di ricerca rigoroso, appassionato, esigente e sempre aperto ad ogni contributo.

Mi colpiva, poi, come di ognuno avesse a cuore anche aspetti umani: ricordava date significative, vicende o questioni personali per le quali si sentiva coinvolta ed era sempre attenta.

Penso sia stata particolarmente felice l'idea di rendere omaggio a Giuliana nel contesto di questo convegno sul tema del "*Diritto del lavoro che cambia: dal 1970 al 2020*", e qui ricordarne l'opera e la figura.

Riflettere con rigore e dettaglio di analisi sull'evolversi delle diverse tematiche giuslavoristiche in un arco di tempo significativo in cui sono intervenuti negli anni tanti cambiamenti sociali e tanti, a seguito della pandemia, sono ora in corso, è ciò su cui Giuliana si sarebbe fortemente impegnata per quella attenzione ai temi della libertà e dell'autonomia che, come ha ricordato il Prof. Persiani, caratterizzano la sua personalità scientifica.

Pur da non addetto ai lavori ho rivissuto l'emozione di tornare a risentire, in un certo senso, con Giuliana e per Giuliana, quelle tematiche che per anni hanno intessuto il suo assiduo lavoro quotidiano.

Ringrazio ancora tutti, anche a nome della mia famiglia.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2021

Presso la *Grafica Elettronica* Napoli

in copertina: *Il banditore del Comune* pubblicizza
l'apertura della scuola di diritto.
Affresco di Giulio Rolland (1890), Aula Magna
Palazzo dell'Università (sede storica), Macerata.

euro 14,00

ISBN 979-12-5976-161-3



9 791259 761613