

# indice

## editoriale

- 5 FRANCESCO M. DE SANCTIS  
*Dignità della persona e costituzionalismo oltre lo Stato: il diritto oltre-moderno di Stefano Rodotà*

## saggi

- 15 LORENZO ZOPPOLI  
*Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo diretto a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro*
- 33 GAETANO ZILIO GRANDI  
*La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro normativo di riferimento e impatto dell'accordo sui livelli retributivi*
- 53 ANTONELLO ZOPPOLI  
*Il declino dell'inderogabilità?*
- 101 RAFFAELLO SANTAGATA  
*Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco (parte II)*
- 143 ALESSIA GIURINI  
*Benessere del lavoratore e organizzazione aziendale: spunti di riflessione dal caso Fiat*
- 169 M. CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ  
*Fondamenti e proiezione della contrattazione collettiva europea*

## giurisprudenza

- 187 PAOLA BOZZAO  
*Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell'ottica dell'ordinamento italiano*  
(commento a Corte Giustizia 22 novembre 2012 C-385/11)

- 203 MARIA TERESA SALIMBENI  
*Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento della "piccola azienda"*  
(commento a Cass. 22 gennaio 2013 n. 1456)
- 227 *Notizie sugli autori*
- 229 *Abbreviazioni*

In questo numero sono stati sottoposti a referaggio i contributi di:  
M<sup>a</sup> Cristina AGUILAR GONZÁLVEZ, Paola BOZZAO, Alessia GIURINI, Maria Teresa SALIMBENI, Raffaello SANTAGATA, Gaetano ZILIO GRANDI, Antonello ZOPPOLI

Il referaggio è stato effettuato da:  
Gian Guido BALANDI, Antonio BAYLOS GRAU, Stefano BELLOMO, Maximilian FUCHS, Paolo PASCUCCI, Roberto ROMEI, Carlo ZOLI

# table of contents

## editorial

- 5 FRANCESCO M. DE SANCTIS  
*Dignity of the person and the constitutionalism beyond the State: the over-modern right of Stefano Rodotà*

## articles

- 15 LORENZO ZOPPOLI  
*The collective control on the effective implementation of the organizational model aims to ensure safety in the workplace*
- 33 GAETANO ZILIO GRANDI  
*Merit pay systems linked to the companies efficiency: the legal framework and the impact of the collective bargaining on wage levels*
- 53 ANTONELLO ZOPPOLI  
*The decline of inderogability?*
- 101 RAFFAELLO SANTAGATA  
*The recent legal debate on dismissal protection legislation in Germany (Part II)*
- 143 ALESSIA GIURINI  
*Well-being of the worker and work organization: insights from the Fiat case*
- 169 M. CRISTINA AGUILAR GONZÁLVÈZ  
*Fundamentals and projection of European collective bargaining*

## case law

- 187 PAOLA BOZZAO  
*Part-time work, gender and access to welfare: a reading of the case Elbal Moreno from the perspective of the Italian legal system*  
(Note to judgment of Court of Justice 22 November 2012 C-385/11)

- 203 MARIA TERESA SALIMBENI  
*The transfer of parts of undertaking coincides again for the Court of Cassazione with the transfer of the “small undertaking”*  
(Note to judgment of Court of Cassazione 22 January 2013 n. 1456)
- 227 *Authors’ information*
- 229 *Abbreviations*

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

M<sup>a</sup> Cristina AGUILAR GONZÁLVEZ, Paola BOZZAO, Alessia GIURINI, Maria Teresa SALIMBENI, Raffaello SANTAGATA, Gaetano ZILIO GRANDI, Antonello ZOPPOLI

The referees have been:

Gian Guido BALANDI, Antonio BAYLOS GRAU, Stefano BELLOMO, Maximilian FUCHS, Paolo PASCUCCI, Roberto ROMEI, Carlo ZOLI

**Francesco M. De Sanctis**

Dignità della persona e costituzionalismo oltre lo Stato:  
il diritto oltre-moderno di Stefano Rodotà

L'ultimo libro di Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, è il rendiconto del lavoro di cui un giurista è capace allorché, forte del suo specifico sapere, che pur lo pone in una prospettiva particolare, è in grado di affrontare i diversi piani (esistenziale, antropologico, etico, politico, sociologico) su cui si declina la vita dell'uomo in un'epoca in cui proprio "uomo" e "vita" sono nozioni divenute problematiche, ossia nodi di problemi e di questioni irrisolte. Il titolo, come già è avvenuto nella produzione di Rodotà, è una citazione da un non-giurista. Che, proprio perciò, obbliga il giurista che la prende sul serio a farne emergere appieno i connotati.

Cominciamo dal lemma "diritto". Qui non si allude né alla ideologia giuridica moderna che considera lo Stato creatore, attraverso la legge, del diritto "positivo" come il diritto "oggettivo" che lascia esistere i diritti dei soggetti (come titolari di essi e come *sub-iecti* al potere politico), né a quella giusnaturalistica che postula l'esistenza di un diritto "naturale" che, prima di ogni relazione storica, attribuisca a ciascuno il suo. Per Rodotà, come già sapevano i giuristi più antichi della nostra storia, il diritto è un artefatto (se si vuole *ars boni et aequi*) radicalmente storico, uno strumento forgiato dall'uomo per ordinare la vita in quanto "bene comune". Nel mondo globalizzato, in cui lo Stato ha perso il monopolio della creazione del diritto, il diritto può emanciparsi dal "potere" (dai poteri pubblici e privati che dominano i nuovi spazi sovrastatali) come il "sistema", la partitura che innerva il linguaggio dei diritti fondamentali. Ciò significa che l'esserne titolare non dipende tanto dal far parte di un ordinamento sovrano e coattivo quanto dall'essere tali diritti l'orizzonte di legittimità del diritto stesso che, non essendo più prestazione sovrana, li esprime nella sua logica finalizzata all'*aequare*

in vista del bene comune. Il diritto è presupposto adespota dei diritti come la grammatica è il presupposto senza autore di una corretta comunicazione linguistica.

Titolare dei diritti è la “persona” che, nel lessico di Rodotà, vuole rappresentare il singolare/plurale che ogni singolo uomo è per e nella sua irripetibile co-esistenza nell’orizzonte del mondo. Essa è la materializzazione vivente del “soggetto” moderno (disincarnato): la sua reincarnazione, non la “maschera” che cela proprio la carne, il sangue e le ossa che costituiscono il “proprio” di ciascuno comune a tutti. L’uomo, in quanto persona (e dunque non preso in astratto, ma in quanto maschio o femmina, giovane o vecchio, sano o malato, più o meno “capace”, normalmente o diversamente “abile”, occupato o inoccupato o disoccupato, ricco o povero, appartenente a questa o a quella razza o cultura, ecc.), ossia con tutto il suo corredo di “differenze”, irriducibili all’astrazione del soggetto insignorito di sé dalla “capacità giuridica”, non solo si scopre come l’origine-destino della narrazione dei diritti che inizia col *writ* inglese dello *habeas corpus*, ma si rivela come il costrutto più adatto a rappresentare anche la nuova corporeità tecnologica che reclama lo *habeas data* nel mondo nient’affatto virtuale della “rete”. Infine, fatto giuridicamente rilevante, “persona” è la parola a cui si riferiscono le costituzioni più recenti e le “carte” sovranazionali per indicare il titolare dei diritti; perciò (e non per una scelta soggettiva) essa può già rappresentare, come dato “positivo” (dover essere) del diritto in vigore, il motore di una nuova fase del costituzionalismo: un costituzionalismo infinito e globale, oltre lo Stato, che convochi ogni tipo di potere dell’uomo sull’uomo a legittimarsi nel rispetto dei diritti che garantiscono ciascuno nella sua determinatezza personale.

*Homo dignus*, è il titolo di una sezione centrale del libro, dove Rodotà, nell’affidare al diritto il compito di presidiare la “narrazione dei diritti” (genitivo soggettivo e oggettivo), gli conferisce anche quello di disegnare una nuova antropologia nel *far valere* come ciò che non ha prezzo, che non ha equivalenti cosali, proprio la difettività della persona concreta: una nuova dignità che il diritto è in grado di istituire oltre il moderno. Dignità nuova proprio perché, prima ancora di essere quella decantata da Giovanni Pico della Mirandola, ossia la dignità della somiglianza a Dio che si celebra nella filosofia come cifra riassuntiva della ragione, prima ancora di essere quella celebrata da Kant come la capacità morale critica dell’uomo fuori dalla tutela di ogni autorità tralaticia, è dignità di quanto c’è di più umile e finito nel

singolo, come il nucleo della sua irripetibilità che si determina e si espone nell'intreccio co-esistenziale di biologia e biografia immerse nell'orizzonte ineludibile della potenza della tecnologia, che spetta al diritto raffrenare e limitare.

Qui, a mio avviso, il discorso di Rodotà incontra quello di Marx, il Marx dei ccdd. *Manoscritti parigini del 1844*, dove si voleva celebrare, con irriverente coerenza alla tradizione ebraica, la “resurrezione della carne”. Una resurrezione tutta mondana, però, il cui Messia viene dalle latrine della società, dai luoghi dove i bisogni umani sono tornati alla semplice animalità, dove anzi il bisogno lungi dall'essere ciò in cui l'uomo celebra, attraverso l'artificialità della soddisfazione, la sua differenza specifica diviene la trappola in mano al capitale per catturarlo e portarlo sotto le leggi dell'“economia politica” che Marx, capovolgendo Smith, definisce “scienza della penuria”. La libertà dell'uomo non si celebra tanto nella libertà impossibile dal bisogno, ma soltanto nella liberazione della sua potenza bisognosa: la ricchezza non è soddisfare i bisogni come segno di indigenza, ma “ricchezza di bisogni” che, trovando soddisfazione, si moltiplicano, si raffinano, si umanizzano allontanandosi sempre più dall'immediatezza puntuale, “naturalistica” della loro soddisfazione e compendosi soprattutto come bisogno non di cose, ma dell'altro uomo. Desiderare il bisogno in tutta la sua ricchezza comunicativa contro la sobrietà “schmutzigjudisch” dello Schylock borghese, prigioniero quanto il proletario dell'ideologia del capitale. Desiderare il bisogno è l'imperativo della nuova antropologia che irrompe allorché il lavoro, in quanto vita e relazione di vita, ossia “ricambio organico con la natura” e con il “genere” a cui l'uomo appartiene (*Gattungswesen*), già vita alienata a sé e alla Natura dalla logica imposta dal capitale, tornerà all'uomo come suo bisogno comune e primario, come “attività” umana comune.

La scommessa dei diritti, la scommessa del giurista che, come Rodotà, vuole farsi narratore e interprete della loro narrazione, è portare la dignità nell'indigenza, nella finitezza, nell'animale e nell'anormale che è in me, ma anche nella macro, normo e nano tecnologia che è la carne artificiale del mio corpo o del corpo esterno della persona che quotidianamente divento. Qui la dignità dell'uomo incontra un'onda antropologica più profonda, profonda tanto da lambire ogni futuro possibile e reinvestirci con la sua risacca. Mi riferisco al tema che Sofocle affida al coro nell'*Antigone*: il tema della *deinotes*, la meravigliosa e tremenda anomalia di cui la natura è ricca ma che nell'uomo tende all'eccedenza, rendendolo il “perturbante” (Heidegger) per

eccellenza. Perturbante in particolare di ogni ordine da lui indipendente: egli perturba l'ordine della terra e quello del mare, e l'ordine dei viventi sull'una e nell'altro. Se questa è la sua destinazione, qui si radica la sua dignità: la dignità dell'uomo è di non essere di casa nella natura pur restando mortale: egli è tutto dentro la natura, perché mortale, ma la abita come la sua stessa eccedenza, che la porta fuori di sé e la espone al nulla della propria indipendenza. Questo è, in chiave moderna, il tema della personalità in Hegel: essa, per lui, si realizza come definizione dell'umano (della sua dignità universale) solo al culmine di un processo gestito materialmente dal lavoro come precipitato della "Bildung" che sottrae ogni anima al mondo naturale rendendolo cosa appropriabile in maniera sostanziale: la proprietà (di cui il diritto pubblico decide la privatezza in ossequio alla soggettività moderna radicatasi nell'individuo) è un connotato della personalità che si è ritratta dalla natura, la testimonianza della spiritualizzazione della natura, della sua liberazione dall'ordine inessenziale che le spetta senza il dominio della personalità che la oggettiva come "cosa", completamente altro da sé, in un doppio movimento di estraneazione e di appropriazione. Movimento che (diversamente da quanto accadeva nel *Secondo Trattato* di Locke, dove l'uomo nasceva padrone di sé e proprietario del proprio lavoro) aggredisce anche il corpo dell'uomo, dissacrato dal suo necessario farsi cosa di cui l'individuo deve appropriarsi per diventare padrone e proprietario di sé (e si badi bene proprietario che può alienare le sue prestazioni fino al limite temporale invalicabile che fa coincidere il tempo del lavoro con il tempo della vita). Questa padronanza che si esplicita nel farsi proprietario del sé riducibile a cosa, oggettivabile nel lavoro che diventa proprio e perciò alienabile, è la liberazione *del servo e nel servo* dalla servitù nella storia e nella natura (la liberazione storica e antropologica descritta nella *Fenomenologia dello Spirito*). Con Hegel la *deinotes* è ad un tempo disincantata (è meravigliosa ma non spaesante: non perturba ma porta a compimento) e liberata da ogni limite (l'ordine dello Spirito deve dissolvere ogni ordine diverso dal suo riconoscendolo come inessenziale, come una sua provvisoria determinazione). La dignità della persona di cui ci parla Rodotà è oltre questa modernità ancora sicura di sé e dei suoi potenti soggetti capaci di pensarsi come tali oltre ogni limite cosale legato alla fisica, alla chimica, alla biologia, alla finitezza stessa della loro storicità. Lontana da Hegel soprattutto perché la polarità non è più personacosa, come metafora della "Bildung" di un nuovo mondo dello Spirito oggettivo, ma l'emancipazione di entrambe dal modello reificativo della pro-



prietà, dentro una concezione nuova dei “beni”, che spettano alla persona come diritti e che trova nel “comune”, che li fonda nella singolarità plurale e materiale di vita, la radice della depropriazione. Almeno di tutti quei beni che, al culmine dell’artificio perturbante ogni natura, devono essere sottratti alla logica proprietaria sia essa privata, pubblica o collettiva. Logica sostituibile con il criterio dell’accessibilità che caratterizza (dovrebbe caratterizzare) la corretta fruizione dei “beni comuni” (es. cultura, scienza, ambiente e paesaggio, istruzione, informazione, salute, ecc.). Lontana da Hegel, dunque, pur mantenendosi nell’alone della sonorità di quell’antico coro che – presago delle due eccedenze, rappresentate da Creonte e Antigone, che si affronteranno nella dualità tragica – nel valorizzare la *deinotes* dell’uomo le suggerisce la misura e il limite: la città di pietra e la città degli uomini, le leggi umane e le divine, la medietà dell’abitare rispettoso tra il cielo delle potenze solari e gli inferi di quelle ctonie. Dignità è allora abitare la terra che abbiamo ereditato come patrimonio comune senza riferimenti troppo costrittivi, di appartenenza o identità, a comunità “chiuse”, e senza sottrarne abitabilità alle generazioni future: e ciò impone limiti alla potenza *irrinunciabile* della tecnica. Dignità, perciò, è abitare la terra come il luogo per eccellenza comune all’umanità: e ciò impone limiti alla potenza dell’appropriarsi e del reificare, alla potenza dei capitali e dello sfruttamento, anche attraverso la elaborazione di una nozione corretta dei “beni comuni” che, munita di una più generale teoria dell’“accesso”, li liberi da ogni ipoteca “benicomunista” medievaleggiante o utopica. Dignità è sottrarre alla tirannia del “prezzo” tutto ciò che nella mia singolarità mi accomuna alla vita dei viventi in generale, a cominciare dalla morte che deve appartenerci quanto la vita stessa. Dignità è un’etica e una politica della vita che possono anche chiamarsi bioetica e biopolitica purché la promuovano nella sua imprevedibilità espansiva che, tra nascita e morte, reclama regole e diritti. Dignità è la consacrazione di un “proprium” post-proprietario che garantisca la persona non più solo nella sua riservatezza nell’intimità, bensì soprattutto nella sua sfera allargata di vita globale, anche nel suo *habeas data* custodito in quanto biografia narrata da me e non da altri, identità (e la nuova domanda suona: io chi è? E non: io chi sono?) che corrisponda al personaggio che ho deciso di recitare, della persona come *personare* (far risuonare la propria voce) etimo opportunamente richiamato da San Tommaso. Nel momento stesso in cui la biologia e la biografia dei miei corpi (fatti dalla carne e dalla tecnica) possono considerarsi “opera” *autodeterminata* della persona, il senso tradizionale di “privato”, come

oggettivazione-soggettivazione “naturale” dell’individuo immune dalla presenza altrui, perde potenza giuspoietica, diventa necessario un nuovo “sistema” per l’*inventio* di un nuovo diritto che sappia ripensare l’uomo nella consumazione di ogni essenza o natura che possa definirlo, e *inventare* la persona come nodo munifico di una rete di relazioni che mette in “opera” i diritti sul presupposto della sua dignità, come il fondamento (o, meglio, presupposto) antropologico della sua biografia e della sua biologia.

E si potrebbe continuare nella configurazione dello *homo dignus* che Rodotà disegna a partire dai diritti della persona. Ma su uno vorrei soffermarmi brevemente. La dignità del lavoro. Qui, a mio avviso, si gioca una delle partite più importanti del nostro tempo che per molti è il tempo post-ideologico. Dove la nozione di ideologia si identifica quasi con quella di mera illusione o di residuo irrazionale ancora non abrogato dalla verità scientifica o come un atteggiamento assiologico senza relazioni con la realtà oggetto del crudo pensiero realistico. Ancora una volta mi sia permesso un ritorno a Marx e al suo concetto di ideologia molto diverso da quello corrente, che ha caratterizzato l’uso addomesticato che se ne è fatto per poi poterne predicare la morte. Diversamente dall’uso che ne fece Marx, il posteriore pensiero sociologico, che ha in Mannheim uno snodo importante, il termine ideologia è andato sempre più significando una convinzione ancorata a valori forti, la cui persuasività non si radica nel sapere scientifico ma nello stile di vita, nell’appartenenza sociale o religiosa, nell’identità di classe o di ceto e in generale in tutti quei fattori sociali e culturali che servono a fornire una visione del mondo poco costosa dal punto di vista energetico e, soprattutto rassicurante nei confronti della contingenza di quello stesso mondo. Nell’antropologia contemporanea, poi, “ideologia” significa la *koinè* simbolica, espressiva, conoscitiva e relazionale in opposizione alla “realtà empirica”: in base a tale nozione, ad esempio, Louis Dumont può parlare di *homo aequalis* come il frutto dell’“ideologia moderna”, definendo l’ideologia come “unità della rappresentazione”. In Marx, invece, il concetto forte di ideologia non necessariamente si oppone alla scienza, anzi, la scienza per eccellenza del mondo borghese è l’economia politica che produce e rispecchia la “verità” del capitale, che a sua volta fonda un mondo di rapporti reali (perciò essenzialmente storici) che, però, nella scienza che lo santifica, appare “naturale” come quello descritto da Newton per la gravitazione. Allorché questi rapporti reali e storici diventano la gabbia che impedisce lo sviluppo delle forze produttive, che la stessa forma di produzione ha generato, quella

scienza, nel lavorare contro la storia (che, per Marx, ancora aveva un senso preciso), diventa ideologia, ossia, in senso hegeliano, “falsa coscienza” come astrazione di una storia che viene ridotta a natura sempre identica a sé, sebbene sia soltanto il tentativo di eternare un momento del suo sviluppo che a Marx appariva raffrenabile ma non evitabile. Ora, se noi guardiamo a quello che è stato definito il tempo della fine delle ideologie, a partire dalla caduta del muro di Berlino e dall’inizio della globalizzazione che sembrarono quasi una vittoria del *way of life* delle ccdd. democrazie occidentali, con annessa liberazione del pluralismo nelle sue diverse forme consentite dai nuovi rapporti di potere, la visione del tempo come fine delle ideologie nel primo senso, o nel suo uso volgarmente “politico-strategico” (= persuasività senza verità) già appare irrealistica. Ma che ne è di quello più strettamente marxiano? Il nuovo capitalismo, e soprattutto quello finanziario che vive nella globalizzazione come nella sua humus più ferace, ha colonizzato in maniera così radicale i saperi, le politiche, le morali e la mentalità complessiva del globo *che conta* (chi o che cosa è effettivamente globalizzato?), così da far apparire, attraverso il liberismo che domina la scienza economica e la scienza politica, ancora una volta “contro natura” ogni economia diversa da quella egemone. E questa, contro la stessa radice del mondo moderno, ripropone il lavoro nella sua cruda appartenenza alla vita come mortificazione, come attività servile senza qualità, da inseguire dove costa poco, dove è senza diritti, dove la vita stessa è più precaria del lavoro. Dignità del lavoro, allora, rivendicata non come privilegio (se lavoro fisso) né come graziosa concessione (se lavoro precario) né come ciò che fagocita l’intero della vita, ma semplicemente come “bene” indisponibile per diritto incompressibile della persona e come fondamento della *res publica et communis*, secondo quanto dispone la nostra Costituzione nel suo linguaggio universale.

La narrazione di Rodotà, infine, vuol guardare oltre lo Stato disarticolandolo nelle funzioni o poteri che lo Stato stesso ha monopolizzato nel moderno, il legislativo il governativo-amministrativo e il giudiziario, in una prospettiva globale dove il governo si fa *governance*, la legislazione come prestazione statale e pubblica diventa sempre meno incisiva, mentre la giurisprudenza dei tribunali e delle corti nazionali e sopranazionali, sempre più collegata da un nuovo diritto comune, ha la chance storica di porsi come il potere giuridico meglio attrezzato alla difesa della persona, attraverso la *Dritt-wirkung* dei principi delle costituzioni, delle carte, dei trattati che l’hanno collocata al centro del loro contenuto normativo (cit. p. 100). Dunque, Ro-

dotà sembra suggerire che l'apparato cartaceo e documentale per la validità e il vigore statale e metastatale dei diritti sia già sufficiente perché il giurista "realista", interprete della storicità della politica, del diritto e della persona, possa iniziare a considerarsi la voce che prosegue la narrazione dei diritti, il motore della costituzionalizzazione della persona oltre lo Stato. Costituzionalizzazione capace di imporsi come il dover-essere "positivo", dotato di validità e vigore, del nuovo mondo giuridico inaugurato da un lato dalla rete come realtà e come metafora riassuntiva dello sconfinamento globale e dall'altro dall'innovazione della tecnoscienza che si incrementa a tassi esponenziali rispetto all'evoluzione naturale della vita. Nuovo che, dice Rodotà, ci fa entrare nella dimensione dell'inedito, ma non dell'ignoto (p. 423) proprio se assumiamo il frutto più maturo della storia occidentale, la persona nell'esperienza materiale della sua condizione, come la bussola per orientarci.

C'è una tradizione europea più antica del costituzionalismo settecentesco, che suona ancora nel lemma tedesco *Verfassung* contrapposto a *Konstitution* e che ha a che fare con l'ordine giuridico che struttura la società e i poteri che la attraversano. Una possibile applicazione di questo concetto - dopo il neocostituzionalismo della seconda metà del Novecento, che, come dover-essere "positivo" dell'ordinamento, sottrae già i diritti fondamentali alla disponibilità dei legislatori - può essere quello di considerare il processo di costituzionalizzazione non solo come un evento puntuale nella storia (in quanto atto solenne e una tantum di un potere che si scioglie nello Stato) ma anche come un itinerario profondamente innervato nella vita politica, sociale, giuridica. Non la cupola che protegge e perimetra queste relazioni, ma la radice che le nutre; anche oltre lo Stato e la distinzione fattasi astratta tra diritto pubblico e diritto privato. La persona, per Rodotà, è il *pivot* che raccorda direttamente costituzione (dover-essere) e vita (poter-essere) attraverso il diritto di avere diritti, e questo raccordo deve, per principio "costituzionale", riguardare anche la divisione dei poteri che qui, da questa prospettiva, perde la sua astrattezza a torto imputata a Montesquieu, e su cui Kelsen era intervenuto risolvendola nello *Stufenbau*. Il costituzionalismo di cui ci parla Rodotà indica una strada che vuole portare a una democrazia più compiuta, dove ogni potere regolativo della vita personale si legittimi in rapporto ai diritti (a una "politica" radicata nei diritti), una democrazia costituzionalizzata oltre lo Stato. A ciò mira, secondo Rodotà, l'intera lunga storia giuridica culminata nella persona, affinché, partendo da essa, "nella prospettiva nella destrutturazione/ricostruzione del rapporto tra sfera pub-

blica e sfera privata”, il giurista, con tutti coloro che si impegnano per la democrazia del futuro, possa lavorare in vista di un costituzionalismo globale inteso come “costruzione del diritto per espansione, orizzontale, un insieme di ordini giuridici correlati, non punto d’arrivo, ma strutturati in modo da sostenere la sfida di un tempo sempre mutevole, quasi una costituzione infinita” (p. 426).



**Lorenzo Zoppoli**

**Il controllo collettivo sull'efficace attuazione  
del modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro<sup>1</sup>**

**Sommario:** **1.** Il problema interpretativo/ricostruttivo. **2.** I modelli organizzativi tabellati o certificati e la delega di funzioni: la rilevanza della dimensione collettiva. **3.** Linee per una riflessione sistematica olistica. **4.** Modello organizzativo esimente e ruolo dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. **5.** Centralità dei sistemi di controllo e del ruolo/composizione dell'organismo di vigilanza. **6.** Un'occasione mancata: partecipazione e sicurezza nella l. 92/12.

*1. Il problema interpretativo/ricostruttivo*

In questo scritto si intende affrontare un aspetto specifico della importantissima tematica della sicurezza sul lavoro, cioè quello delle garanzie per rendere effettiva e non meramente cartacea l'adozione da parte dell'impresa di un modello organizzativo che, a norma dell'art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (c.d. testo unico sulla salute e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, in seguito anche t.u.), possa valere ad escludere, o circoscrivere, la responsabilità del datore di lavoro per eventuali lesioni all'integrità psico-fisica dei lavoratori.

Il modello organizzativo che funziona da esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni secondo quanto previsto dal d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 deve "essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento

<sup>1</sup> Il saggio riprende, con alcune integrazioni e note bibliografiche, la relazione tenuta al convegno "Modello organizzativo e responsabilità amministrativa dell'impresa", organizzato dal Centro di ricerca in Diritto del lavoro "Giorgio Ghezzi, Federico Mancini", presso l'*Alma Mater Studiorum* Università di Bologna, il 28 settembre 2012. Oltre ad essere destinato agli atti del convegno, è stato già pubblicato *on-line* ne *I Working Papers of Olympus*, su richiesta del Direttore, Prof. Paolo Pascucci.

di tutti gli obblighi relativi ...alle attività di natura organizzativa, quali...consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza” (art. 30, co. 1, d.lgs. 81/08). Il tema delle verifiche e del controllo, eventualmente anche collettivo, torna ai commi 3 e 4 dell’art. 30 del d.lgs. 81/08, là dove si prevede che “il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere... un’articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio” e per il “controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate”. Teoricamente una “qualità” organizzativa simile potrebbe essere contenuta nei c.d. modelli organizzativi tabellati di cui al medesimo art. 30, co. 5<sup>2</sup>.

Prima di addentrarsi nelle problematiche interpretative, è bene rammentare subito che il modello organizzativo esimente non riguarda le pubbliche amministrazioni (v. art. 1, co. 3, d.lgs. 231/01)<sup>3</sup>.

Quando trovano applicazione, risulta abbastanza evidente che le disposizioni dell’art. 30 del t.u. sono tanto importanti e delicate quanto generiche. Dalla loro interpretazione può derivare un operare assai diverso dell’esimente. Il problema di fondo che qui si vuole (tornare ad) affrontare è se il modello organizzativo/esimente deve o no contenere una “dimensione collettiva” e quali contenuti minimi deve eventualmente presentare tale dimensione sotto il profilo strettamente normativo (non, ovviamente, dei risultati, su cui si possono nutrire tutte le perplessità possibili e immaginabili, specie dinanzi a veri e propri disastri ecologico-sanitari, come quello che ci ha proposto da ultimo il “caso Ilva” di Taranto). Si tratta di capire meglio se vi sia una rilevanza tipizzata della dimensione collettiva nel modello organizzativo esimente legislativamente delineato e quale configurazione concreta essa debba assumere. L’esplicito riferimento alla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza che si ritrova nel già citato art. 30 del t.u. non appare sufficiente a dare una risposta. Infatti, per un verso, esso è riduttivo: e

<sup>2</sup> Su questa norma v., da ultimi, GRAGNOLI, *sub artt. 28-30*, in ZOLI (a cura di), I. *Principi comuni*, in MONTUSCHI (diretto da), *Commentario al d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche. La nuova sicurezza sul lavoro*, Zanichelli, 2011, p. 393 ss.; MARRA, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, 2010, p. 581 ss.

<sup>3</sup> Anche se non manca chi sostiene l’utilità di estenderne l’adozione: v., di recente, TAMPIERI, *La sicurezza del lavoro nell’Università tra regolamento interno e modello organizzativo*, in LPA, 2011, p. 895 ss.



si vedrà tra poco in quale rimarchevole misura. Per altro verso non va poi trascurato che i rappresentanti della sicurezza (in seguito rls), espressamente nominati dal citato art. 30, possono anche non essere organicamente collegati alle rappresentanze sindacali, ingenerando un radicale dubbio sulla loro idoneità proprio a garantire un'effettiva "dimensione collettiva". Al riguardo sembrano rilevare, intrecciandosi, profili soggettivi e funzionali non facili da affrontare con chiarezza, dal momento che il dettato legislativo, anche nei suoi ultimi approdi (d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106), è tutt'altro che univoco. A partire da un non lineare rapporto tra legge e contrattazione collettiva, che può essere considerato alla base di molte incertezze interpretative di fondo<sup>4</sup> e che pare aggravarsi alla luce delle più recenti riforme legislative (v. l. 28 giugno 2012 n. 92, su cui si tornerà in chiusura di questa riflessione).

Per procedere nel ragionamento che mi propongo di sviluppare vanno comunque distinti due momenti della relazione soggettiva endo-organizzativa: la consultazione e il controllo. La prima *per tabulas* deve essere garantita in relazione a "tutti gli obblighi" dell'azienda nei confronti dei rls, appunto. Sul punto si può, e si deve, anche richiamare la centralità dell'art. 50 del t.u. al fine di individuare il modello organizzativo delineato *ex lege*, ma non si deve dimenticare che il medesimo art. 50 deve essere efficacemente attuato in una dimensione squisitamente aziendale affinché il modello organizzativo funzioni da esimente.

Il secondo momento, quello del controllo, è senz'altro il più delicato e, a mio parere, va ad incidere proprio su alcuni elementi della specifica fattispecie della responsabilità amministrativo/penale degli enti quali "interesse" e "vantaggio", elementi essenziali per definire la specifica responsabilità oggettiva degli enti<sup>5</sup>. Infatti la problematica riguardante la predisposizione ed il funzionamento di un efficiente sistema di controllo sull'effettività del modello organizzativo può consentire di valutare, anche *ex post*, quanto l'operato dell'ente sia programmaticamente influenzato dalla presenza di interessi specifici a limitare gli strumenti di prevenzione o, anche estemporaneamente, determinato dai vantaggi che possono derivare dal non porre in essere un sistema di sicurezza ottimale o nel non gestirlo, modificarlo, adeguarlo con la dovuta attenzione e tempestività. È presumibile che quanto più bassa è

<sup>4</sup> V. CAMPANELLA, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 475 ss.

<sup>5</sup> V. MARRA, *op. cit.*, p. 589 ss.

l'attenzione posta su attendibilità, immediatezza, imparzialità, rigore dei controlli tanto più forti saranno le tracce di un interesse o di un vantaggio che l'impresa si attende dall'adozione di un modello organizzativo che dovesse rivelarsi poco efficace. Proprio però in ordine alla dimensione collettiva nella funzione di controllo l'art. 30 del d.lgs. 81/08 è lacunoso, enfatizzando così tutte le approssimazioni regolative che nel t.u. si rinvenivano in ordine al ruolo e alla latitudine delle rappresentanze collettive nelle funzioni di controllo.

2. *I modelli organizzativi tabellati o certificati e la delega di funzioni: la rilevanza della dimensione collettiva*

Tanto per sgomberare subito il campo da una tematica che potrebbe apparire preliminare – ma anche marginale (in quanto ormai dovrebbe essere superata almeno in parte, dal momento che l'art. 30, co. 5 del t.u. recita “in sede di prima applicazione...”) – rispetto al problema che qui intendo affrontare, appare sicuramente accettabile la previsione di modelli organizzativi tabellati al fine di agevolare il vaglio di idoneità della mera adozione del modello a funzionare da esimente<sup>6</sup>. Intatto resta però il problema dell'effettività del modello. Anche su questo occorre andar cauti, perché si avanzano dubbi consistenti in relazione alla natura delle situazioni giuridiche implicate e all'operatività dell'esimente, se cioè essa agisce essenzialmente sul piano probatorio<sup>7</sup> o invece è in grado di dar vita ad una vera e propria presunzione di adempimento *iuris et de iure*. È evidente che se il terreno privilegiato è quello probatorio, la mera adozione del modello diventa un elemento necessario ma tutt'altro che sufficiente ad escludere la responsabilità datoriale per i reati presupposti. Inoltre i modelli tabellati operano, com'è noto, “per le parti corrispondenti” (sempre art. 30, co. 5 del t.u.): e, se si va a verificarne la “corrispondenza”, pur non essendo facile trovare riscontri in ordine alla rilevanza della dimensione collettiva<sup>8</sup>, nei modelli tabellati più accreditati emerge che

<sup>6</sup> V. sempre MARRA, *op. cit.*, p. 595.

<sup>7</sup> V. TULLINI, *I sistemi di gestione della prevenzione e della sicurezza sul lavoro*, in *DLRI*, 2010, p. 407 ss.

<sup>8</sup> V. NEFRI, *Modelli di organizzazione e di gestione in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 30, d.lgs. 81/08*, in *D&G*, 2009, p. 47 ss.; LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in GIUNTA, MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 190.

si fa obbligo alle imprese di stabilire, implementare e mantenere nel tempo procedure specifiche che garantiscano la partecipazione dei lavoratori, tramite le proprie rappresentanze specialistiche: *a)* nell'individuazione, valutazione e controllo dei rischi; *b)* nella valutazione delle cause degli incidenti lavorativi; *c)* nello sviluppo e nella revisione delle politiche e degli obiettivi di sicurezza aziendale; *d)* nella consultazione a fronte di ogni cambiamento che possa incidere sulla salute e sicurezza in azienda<sup>9</sup>. Il problema, anche qui, è precisare cosa si intende per “rappresentanze specialistiche”.

In ogni caso il piano della valutazione di effettività del modello, anche tabellato, porta invece a ritenere esistente una riserva, di rango addirittura costituzionale, in capo alla magistratura in quanto ad essa spetta la definizione dell’“area di rischio consentita” alle singole aziende in relazioni alle iniziative da ciascuna intraprese<sup>10</sup>.

Quest'ultimo riferimento al ruolo del controllo giudiziario riguarda a mio avviso tutti i soggetti e le procedure previste dal d.lgs. 81/08 per promuovere sia la standardizzazione sia l'asseverazione preventiva della validità ed effettività del modello organizzativo. Pur con le debite differenze, non si può infatti ritenere in alcun modo esclusa la verifica giudiziale sulla concreta idoneità delle misure organizzative adottate dalla singola impresa né se il modello organizzativo ha l'avallo della Commissione consultiva permanente per la salute e la sicurezza dei luoghi di lavoro (art. 6 t.u.) né se quel modello riceve una specifica attestazione da parte degli organismi paritetici in base all'art. 51, co. 3-bis del t.u. Nel primo caso siamo dinanzi sempre ad una modalità, questa volta amministrativa, di individuazione di una modellistica astratta, la cui concreta effettività può e deve essere vagliata in ultima istanza dal giudice. Nel secondo caso è la stessa norma a riconoscere una modesta rilevanza giuridica all'attestazione dell'organismo paritetico, di cui “gli organi di vigilanza possono tener conto ai fini della programmazione delle proprie attività” (ultima proposizione dell'art. 51, co. 3-bis del t.u.).

Proprio per questo resta comunque un terreno aperto e da indagare il ruolo che il giudice potrebbe riconoscere alla “dimensione collettiva” del controllo sull'effettività del modello organizzativo, ruolo che potrebbe anche

<sup>9</sup> V. MIRANDA, *Organizzazione del lavoro e sicurezza negli accordi del gruppo Fiat-Chrysler*, in questa rivista, 2012, p. 100 ss., con riguardo al punto 4.4.3 del *British Standard OHSAS 18001:2007 Occupational Health and Safety Assessment Series* del 1° luglio 2007.

<sup>10</sup> V. ancora MARRA, *op. cit.*, p. 594.

essere prudentemente e adeguatamente differenziato a seconda delle dimensioni degli enti oggetto di scrutinio.

Infine il controllo sull'effettività del modello organizzativo adottato assume ulteriore rilevanza in ordine alla disciplina della delega di funzioni da parte del datore di lavoro prevista dall'art. 16, co. 3 del t.u. dopo la novella apportata dal d.lgs. 106/09. Infatti, mentre in precedenza il modello organizzativo di cui all'art. 30 del t.u. poteva concretizzare uno dei modi in cui il datore di lavoro doveva esercitare il dovere di vigilanza, oggi tale dovere viene automaticamente assorbito dal modello organizzativo conforme all'art. 30, co. 4 del d.lgs. 81/08<sup>11</sup>.

In definitiva sia dalla disciplina dei modelli organizzativi c.d. tabellati o certificati sia dalle nuove regole sulla delega viene avvalorata una preoccupazione: cioè che il modello organizzativo/esimente possa costituire l'ennesima occasione per attenuare o ribaltare una responsabilità datoriale che è difficile da ipostatizzare, sia essa in capo al *management* dolosamente orientato ad eludere il modello stesso o a subordinati che il modello attuano in modo colpevolmente approssimativo (v. i casi Thyssenkrupp e Ilva). Il controllo concreto e quotidiano sull'effettività del modello può ridurre i motivi di preoccupazione. Come inizialmente si diceva, però appare poco affrontata la questione del ruolo del sindacato – o dell'organizzazione collettiva dei lavoratori – in questo gioco di relazioni endoaziendali, quasi che il modello organizzativo penalmente rilevante possa del tutto ignorare la presenza dell'attore sindacale. C'è qui un tema da approfondire, chiedendosi innanzitutto se non siamo in presenza di un uso dell'esimente organizzativa un po' astratto, considerato che nella realtà il sindacato un ruolo bene o male lo gioca.

### 3. *Linee per una riflessione sistematica olistica*

A ben guardare non è mancato chi, a proposito del modello della prevenzione organizzativa, ha parlato di un "sistema sicurezza" che passa dalla

<sup>11</sup> V. PASCUCCI, *Delega delle funzioni su doppio binario. Cambia la responsabilità dei vertici*, in *GD, Speciale sicurezza lavoro*, 2009, p. 24 ss.; e, da ultimo, LEPORE M., *Organizzazione del lavoro ed integrità psico-fisica del lavoratore*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1690 ss. In giurisprudenza v., di recente, Cass. Pen., IV, 1° febbraio 2012 n. 10702, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

logica “atomistica” a quella “molecolare”. Forse si è sottovalutato lo specifico della composizione molecolare delle organizzazioni proprio sotto il profilo della dimensione collettiva. E per molti versi – se si considera la storia del nostro sistema di (in)sicurezza sul lavoro – si tratta di un notevole paradosso.

In effetti, senza troppo sminuzzare le questioni, e considerando che lo stato delle riflessioni è tale da far pensare ad una notevole sottovalutazione delle problematiche della dimensione collettiva nel modello organizzativo/esimente, occorre prendere le mosse a mio parere dalla siderale distanza storico/concettuale che c'è tra il paradigma della prevenzione organizzativa e quello del controllo sociale sull'efficace attuazione delle misure di sicurezza. Ma occorre farlo non per continuare a rilevare soluzioni di continuità, come sinora si è fatto, bensì per recuperare un approccio “olistico” alla ricostruzione giuridico-sistemica.

Di “prospettiva olistica” in materia parlano ampiamente gli studiosi di scienza dell'organizzazione, spiegando che “la letteratura scientifica sull'organizzazione della sicurezza propone all'attenzione delle imprese il modello culturale socio-tecnico” (piuttosto che i modelli culturali c.d. “limitativi”) all'interno del quale “gli interventi di prevenzione sono di tipo olistico (che considera tutte le variabili e le loro relazioni) e si concretano nella progettazione dei vincoli ai comportamenti organizzativi, o alle attività o alle tecnologie”<sup>12</sup>. La suggestione è di indubbio interesse anche per il giurista, laddove si precisa che “la progettazione dei vincoli necessari a prevenire gli incidenti” nella prospettiva olistica richiede una visione integrata e interdisciplinare, grazie alla quale l'impresa va orientata “secondo il concetto dell'ottimizzazione congiunta dei requisiti tecnici (l'efficienza della produzione), economici (la competitività del mercato) e dei requisiti sociali (la salute, ovvero lo stato completo di benessere fisico, mentale e sociale dei lavoratori)”<sup>13</sup>. Nella stessa prospettiva si sottolinea pure come un modello organizzativo debba essere necessariamente partecipato, sia perché la “prevenzione dei rischi è tema sul quale gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro convergono” (e qui si coglie forse un certo ottimismo della volontà) sia perché “i saperi utili per gestire le situazioni pericolose sono detenuti (seppure in modo fram-

<sup>12</sup> GOLZIO, *Il modello di organizzazione e il sistema di gestione della sicurezza del lavoro*, in BAsENGGHI, GOLZIO, ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e il decreto correttivo 106/2009*, Ipsoa, 2009, pp. 13-14.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 14.

mentario) da tutti gli attori” e non sono esclusivo appannaggio degli specialisti aziendali<sup>14</sup>.

Si vedrà come queste tematiche riaffiorino anche nell’analisi giuslavoristica della dimensione collettiva. Tuttavia quel che ora si vuole proporre richiamando una prospettiva “olistica” è più semplicemente una correzione di rotta rispetto al modo in cui i lavoratori hanno negli ultimi tempi considerato la cornice organizzativa nella quale si innestano le nuove regole sulla sicurezza, un modo nel quale sembra essere emersa la tendenza a considerare l’organizzazione aziendale in chiave accentuatamente individualistico/datoriale. Il recupero di una prospettiva olistica – nella quale va dato spazio adeguato alla pluralità di attori e, di conseguenza, alla dimensione collettiva – anche in chiave giuridica può invece tornare utile sia per fugare tentazioni di arroccamento difensivo nella specialità delle categorie tradizionali sia per evitare di confinare il modello organizzativo esimente nel dominio quasi esclusivo delle decisioni datoriali.

La chiave di volta è l’attualità dell’art. 9 St. lav., su cui alcuni studiosi hanno prodotto utili riflessioni in occasione del quarantennale della l. 300. In particolare mi pare ancora suscettibile di condurre a fecondi risultati quella linea di analisi che sottolinea come determinante il passaggio dal paradigma statutario volontaristico/antagonista a quello europeo basato sull’obbligatorietà della rappresentanza dei lavoratori in chiave partecipativa<sup>15</sup>. Com’è noto questo passaggio non si è realizzato né in modo semplice e lineare né accumulando successi pratico-applicativi. Al contrario se l’art. 9 St. lav. è stato avaro di successi non si può dire che il nuovo corso partecipativo potesse contare su attori e culture in grado di rendere immediatamente il modello pronto per l’uso. Non a caso la contrattazione collettiva non ha rinunciato a nulla, né all’antagonismo né alla partecipazione, senza peraltro poter accampare meriti particolari nelle più recenti attività di contrasto alle prassi illegali

<sup>14</sup> V. sempre GOLZIO, *op. cit.*, p. 15.

<sup>15</sup> V. NATULLO, *Sicurezza del lavoro* (voce), in *ED, Annali IV*, 2011, p. 1073 ss.; BALDASSARRE A., *Le rappresentanze dei lavoratori per la sicurezza e il rilancio della “filosofia partecipativa”*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, 2008, p. 540 ss.; LAI, *I rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di) *Ambiente e sicurezza del lavoro*, Utet, 2007; PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *WP Olympus - 1/2011*, p. 25; ZOLI, *Sub artt. 47-50*, in ZOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 507 ss.; ALES, *L’art. 9 Statuto dei lavoratori alla luce della legislazione più recente in materia di salute e sicurezza: partecipazione o controllo?*, in *RIDL*, 2011, I, p. 57 ss.

o elusive. Sul piano delle ricostruzioni sistematiche va comunque registrato un orientamento assai attento a non consegnare la dimensione collettiva del sistema sicurezza nata con l'art. 9 St. lav. alla storia giuridica o, peggio ancor, allo strumentario inutilizzato in quanto congenitamente inutile. Piuttosto si è sottolineato come il paradigma partecipativo debba costituire una tappa evolutiva anche sul piano del ruolo attivo dei lavoratori, sia *uti singuli* sia tramite le loro rappresentanze<sup>16</sup>. Tanto si registra sul piano della configurazione del sistema sicurezza operata tenendo conto della disciplina del contratto individuale di lavoro e delle relazioni industriali. Questa acquisizione, abbastanza pacifica, sembra invece andar dispersa quando si passa ad analizzare il profilo organizzativo penalmente rilevante, nel quale, a giudicare dal tenore testuale dell'art. 30 del d.lgs. 81/08, la dimensione collettiva sembrerebbe esaurirsi nella consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. Se così fosse dovremmo registrare un sensibile passo indietro rispetto alla dimensione collettiva nata con l'art. 9 St. lav., nella quale era addirittura prioritaria la funzione di controllo esercitata collettivamente dai lavoratori<sup>17</sup>.

In sintesi, tramontato il paradigma collettivo, la mia impressione è che si sia tornati ad utilizzare variamente prima la dimensione contrattuale e poi quella organizzativa. Questa volta però il modello organizzativo pare volto ad enfatizzare più le responsabilità datoriali che quelle del lavoratore, proprio in quanto si intreccia giuridicamente utilizzando essenzialmente il crocevia del contratto individuale. Può essere il frutto della *failure* del controllo sociale, una sorta di inevitabile nemesi. Ma l'emergere sul piano penale del modello organizzativo/esimente ha un altro significato, pure colto dai giuslavoristi più attenti<sup>18</sup>, che è quello di offrire una nuova sponda tecnico/concettuale all'"ente-datore di lavoro" per contenere l'operare dei più moderni e sofisticati ingranaggi della responsabilità giuridica.

Dinanzi a questo significato si registrano, come prima si diceva, alcuni veri e propri arroccamenti intorno a norme-caposaldo della tradizione giuslavoristica, come il fondamentale art. 2087 cod. civ. Colpisce in particolare la posizione di chi ricostruisce tale norma come fonte di un'obbligazione di

<sup>16</sup> PASCUCCI, *Salute e sicurezza: dalle rappresentanza dell'art. 9 ai rappresentanti del d.lgs. 81/08*, in questa rivista, p. 663 ss.; ALES, *op. cit.*

<sup>17</sup> V. già TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *RTDPC*, 1972, p. 1027; BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto*, in *LD*, 1990, p. 219.

<sup>18</sup> V., in modo variamente critico/adesivo, TULLINI, *op. cit.*; GRAGNOLI, *op. cit.*; LEPORE, *op. cit.*

risultato in capo al datore di lavoro destinata in qualche modo a prevalere su qualsiasi modello organizzativo dinanzi al dato di realtà del fallimento della tutela rispetto al bene protetto, cioè l'integrità psico-fisica del lavoratore<sup>19</sup>. Pur potendosi apprezzare tale analisi sotto il profilo di un realistico richiamo alle difficoltà di argomentare in sede giudiziale, anche penale, sull'ineccepibilità di un modello organizzativo che non sia riuscito ad evitare un danno anche grave alla salute del lavoratore, non convince né la configurazione dell'obbligazione datoriale di sicurezza alla stregua di un obbligo di risultato né il sillogismo logico-giuridico che deduce dalla norma del codice civile una sorta di irrilevanza giuridica complessiva dell'esimente prevista dal d.lgs. 231/01 e dall'art. 30 del d.lgs. 81/08. Pure ammessa una determinata latitudine dell'obbligazione datoriale sotto il profilo della relazione contrattuale, la responsabilità penale (al di là delle "etichette" formali)<sup>20</sup>, tanto dolosa quanto colposa, segue i suoi percorsi concettuali e, soprattutto, legislativi: e appare ormai largamente accettata e positivamente apprezzata l'estensione della responsabilità penale all'ente nel caso di mancata adozione di un adeguato modello organizzativo (c.d. "colpa organizzativa")<sup>21</sup>. Cosicché la sua corretta adozione, e soprattutto attuazione, serve a ricondurre la responsabilità penale nei più limitati confini della responsabilità individuale dei dirigenti apicali secondo quanto previsto dall'art. 5, co. 2 del d.lgs. 231/01<sup>22</sup>.

In questa prospettiva bisogna piuttosto tornare a rendere centrale la problematica del controllo sociale nell'ambito del modello organizzativo/ esimente al fine precipuo di evitare che sia troppo facile esaurire la questione del modello sul piano della astratta adozione di una rigorosa e burocratica perimetrazione delle responsabilità connesse agli snodi organizzativi. Torna la "vecchia" questione – già evocata citando gli studi degli organizzatisti – del controllo della sicurezza come potere di scienza e libera denuncia, non di una problematica puramente tecnica, nel senso che si può ritenere appannaggio solo di rappresentanze tecniche. Su questo piano le asimmetrie tra le parti del contratto individuale sono incolmabili. Solo accorgimenti insiti nel modello organizzativo-gestionale possono introdurre bilanciamenti di sapere/potere tali da tradursi in interventi effettivi e tempestivi.

<sup>19</sup> V. in particolare GRAGNOLI, *op. cit.*, p. 416.

<sup>20</sup> V., da ultimi, gli interventi di SGUBBI e di MELCHIONDA al convegno citato nella nota di apertura.

<sup>21</sup> V. Cass. Pen., VI, 18 febbraio 2010 n. 27735 in *GPE*, 2011, II, p. 9 ss.

<sup>22</sup> V. Cass. Pen., VI, 9 luglio 2009 n. 36083, in *www.dejure.giuffre.it*.



Quindi la questione della dimensione collettiva del modello organizzativo deve esse riproposta e deve esserlo con riguardo ai luoghi e alle tecniche del controllo emerse proprio nello specifico della disciplina legislativa del modello organizzativo/esimente.

#### 4. *Modello organizzativo esimente e ruolo dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza*

Prima però di approfondire la tematica del controllo, occorre tornare sul ruolo espressamente previsto (o tralasciato) dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. Si è detto che l'art. 30 fa espressamente riferimento al rispetto delle regole sulla consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. Non si tratta di regole di poco conto, dal momento che l'art. 50 prevede che il rls è consultato in ordine: alla valutazione dei rischi e alla individuazione, programmazione e verifica della prevenzione nell'azienda o unità produttiva (art. 50, co. 1, lett. *b*); alla designazione del responsabile e degli addetti al servizio di prevenzione, alla attività di prevenzione incendi, al primo soccorso, alla evacuazione dei luoghi di lavoro e alla designazione del medico competente (art. 50, co. 1, lett. *c*); all'organizzazione della formazione di cui all'art. 37 (v. art. 50, co. 1, lett. *d*).

Tuttavia già le sole regole sulla consultazione non appaiono del tutto idonee a valorizzare la dimensione collettiva nel modello organizzativo. Innanzitutto non c'è una definizione di cosa sia la consultazione<sup>23</sup>. A ciò si può ovviare ricorrendo in via interpretativa all'art. 2, par. 1, lett. *g* della direttiva quadro CE sull'informazione/consultazione 2002/14, secondo cui per consultazione si intende lo “scambio di opinioni e l'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e il datore di lavoro”. Ma è evidente come si tratti di definizione blanda e generica, dalla quale la dimensione collettiva del modello organizzativo non risulta particolarmente rafforzata. C'è poi da rilevare che l'art. 50 del d.lgs. 81/08 solo per le materie di cui al co. 1, lett. *b* richiede che la consultazione debba avvenire “preventivamente e tempestivamente”; quindi negli altri casi davvero la consultazione potrebbe essere un semplice adempimento “di facciata”<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> V. ALES, *op. cit.*, p. 64.

<sup>24</sup> Sempre ALES, *op. cit.*, p. 64; v. anche TULLINI, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 1270.

Non va poi affatto trascurato che la presenza dei rls non è affatto garantita in tutte le imprese, non essendo obbligatoria la loro designazione/elezione. Ne deriva però a nostro parere che in mancanza di rls in azienda si deve escludere l'idoneità di qualsivoglia modello organizzativo a funzionare da esimente ai sensi dell'art. 30. Si potrebbe profilare anche in questo caso un ricorso succedaneo al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale (d'ora in poi, rlst), figura importante ed anche in via di rafforzamento legislativo, in considerazione della crescente rilevanza che assume la dimensione territoriale sotto il profilo tanto gestionale quanto sindacale<sup>25</sup>. Personalmente, pur concordando in generale sulla promozione dell'orizzontalità nel sistema di relazioni industriali italiano<sup>26</sup>, mi pare però che al fine precipuo di definire in modo più preciso la dimensione collettiva del modello organizzativo esimente si debba escludere la fungibilità del rlst con il rls aziendale in quanto il primo è propriamente estraneo al funzionamento delle specifiche logiche organizzative che dovrebbero garantire in massimo grado la funzionalità del modello alla prevenzione dei rischi aziendali. Al contrario la presenza del rls di sito produttivo andrebbe apprezzata in modo particolare.

Si deve al riguardo, e in definitiva, constatare che le regole sulla consultazione sono in fin dei conti generiche, deboli e non garantiscono la necessaria presenza di una dimensione collettiva nelle imprese. Si avverte un certo arretramento o – se si preferisce – un mancato sviluppo delle potenzialità del controllo collettivo rispetto al modello dell'art. 9 St. lav., che, peraltro, mal si conciliano con l'obiettivo del legislatore di rafforzare la funzione prevenzionale del modello organizzativo esimente.

Per giungere ad una ricostruzione sistematica più coerente con la nostra tradizione e con la *ratio legis*, sembra per la verità possibile prospettare accettabili ampliamenti interpretativi che facciano leva sull'"adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi ...alle attività di natura organizzativa". Infatti il riferimento alle "consultazioni dei rls" (di cui alla lett. c dell'art. 30, co. 1) è puramente esemplificativo e non può condurre ad escludere gli altri "obblighi giuridici" che gravano sul datore di lavoro in virtù del medesimo d.lgs. 81/08 o di fonti integrative, come la contrattazione collettiva che, a norma dell'art. 50, co. 1, può arricchire i diritti dei rls e i conseguenti obblighi datoriali.

<sup>25</sup> V. diffusamente CAMPANELLA, *op. cit.*

<sup>26</sup> V. ZOPPOLI L., *Contrattazione collettiva e unità d'Italia*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 130/2011.

Da quanto detto si deve quanto meno ricavare che il riferimento alla sola consultazione dei rls è esemplificativo e non esaustivo delle regole da osservare per la corretta rilevanza del modello organizzativo/esimente. Tale modello deve necessariamente ricomprendere la piena garanzia delle altre prerogative riconosciute ai rls: a) rispetto degli obblighi di informazione; b) diritto a partecipare alla riunione di cui all'art. 35 del t.u., riunione di particolare importanza<sup>27</sup>, anche se si conclude con un verbale di cui non è chiara la vincolatività; c) effettività dei “poteri strumentali all'esercizio del diritto di controllo”.

Nonostante tale interpretazione estensiva va rilevato come partecipazione e controllo costituiscano un punto debole nel d.lgs. 81/08, nel senso che appaiono più un orizzonte da conquistare che un sistema di regole in grado di configurare un modello comprensivo di una rilevante dimensione collettiva<sup>28</sup>. Né pare, per quanto si dirà ancora tra poco, che la contrattazione collettiva sia sufficientemente sostenuta in un percorso di rafforzamento della dimensione partecipativa nel sistema sicurezza.

##### 5. Centralità dei sistemi di controllo e del ruolo/composizione dell'organismo di vigilanza

La problematica del controllo collettivo nel modello organizzativo esimente non può però esaurirsi nell'analisi degli obblighi giuridici espressamente previsti dal d.lgs. 81/08 proprio in virtù del necessario collegamento tra art. 30 del d.lgs. 81/08 e art. 6 del d.lgs. 231/01. Sia i commi 3 e 4 dell'art. 30 sia l'appena citato art. 6, co. 1, lett. b e d, rinviano ad un sistema efficiente di vigilanza da affidare “a un organismo dell'ente dotato di *autonomi* poteri di iniziativa e di controllo” (c.d. organismo di vigilanza, in seguito OdV). In molti sottolineano come “la costituzione e il buon funzionamento dell'OdV è una delle condizioni indispensabili perché l'ente possa andare esente da responsabilità”<sup>29</sup>. Il legislatore precisa poi che negli enti di piccole dimensioni

<sup>27</sup> V. LAZZARI, *Il servizio di prevenzione e protezione dai rischi*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 436 ss.

<sup>28</sup> ALES, *op. cit.*; CAMPANELLA, *op. cit.*; cfr. anche NATULLO, “Nuovi” contenuti della contrattazione collettiva, organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in *WP Olympus* - 5/2012, p. 14 ss.

<sup>29</sup> Per tutti v. NEFRI, *op. cit.*, p. 51.

i compiti di vigilanza possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente (art. 6, co. 4) e che nelle società di capitali tali compiti possono essere svolti dal collegio sindacale, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato per il controllo della gestione (art. 6, co. 4-*bis*, aggiunto dell'art. 14, co. 12 della l. 12 novembre 2011 n. 183). Il problema che si pone al riguardo è duplice: *a*) nell'organismo di controllo *possono* esserci rappresentanti dei lavoratori e/o sindacali?; *b*) nell'organismo di controllo *devono* esserci rappresentanti dei lavoratori e/o sindacali?

Nessuna delle due questioni pare essere stata sinora sufficientemente approfondita. In virtù dell'originaria disciplina, alquanto striminzita, due sono le considerazioni più rilevanti da sviluppare. La prima è che per la composizione dell'OdV il d.lgs. 231/01 non prevede particolari requisiti negli enti di piccole dimensioni dal momento che la funzione può essere svolta dall'organo dirigente, che, in linea di massima, sarà il medesimo imprenditore. Sotto il profilo che qui interessa si tratta di una peculiarità di rilievo, essendo ben noto come proprio nelle piccole imprese gli infortuni siano frequenti e il controllo sociale/sindacale assai più problematico e non di rado del tutto assente. Si tratta con tutta probabilità anche dei contesti in cui meno si riscontra l'esistenza dei rls; e per quanto prima si è detto le loro funzioni nel modello dell'organizzazione esimente non paiono fungibili da quelle del rlst. Così stando le cose il giuslavorista di buona volontà può provare a definire meglio cosa intendere per "ente di piccole dimensioni" ai fini della ricostruzione di un sistema coerente: e a tal riguardo viene in mente il limite quantitativo posto dallo Statuto dei lavoratori per il sostegno alla costituzione di rappresentanze aziendali dei lavoratori, cioè 5 dipendenti per unità produttiva nel settore agricolo e 15 dipendenti per unità produttiva negli altri settori (art. 35 St. lav.). Anche se questo limite non riguardava originariamente i rappresentanti dei lavoratori di cui all'art. 9 né oggi va riferito ai rls (ma v. l'art. 35 del t.u. per la riunione periodica), si può ritenere che ai fini previsti dall'art. 30 del d.lgs. 81/08 la previsione di uno specifico organismo di controllo (anche) sociale, con eventuale composizione sindacale, sia un eccessivo onere organizzativo imposto agli enti minori. Dunque, sotto il profilo dei reati commessi con violazione delle norme antinfortunistiche, nelle imprese (e qui il termine unità produttiva va inteso in senso ampio, in quanto riferibile al datore di lavoro-ente) con gli organici dalle dimensioni indicate può anche accettarsi che l'OdV si identifichi con l'organo dirigente. Se però si condivide quanto detto con riguardo all'infungibilità del ruolo dei rls, oc-

corre giungere alla conclusione che nelle società più piccole l'assenza di entrambi i requisiti (rls e OdV dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo) esclude in radice che si possa configurare un modello organizzativo esimente dotato dei requisiti minimi previsti dalla legge.

La seconda considerazione riguarda in generale la composizione dell'OdV, e segnatamente i problemi della composizione monosoggettiva o plurisoggettiva e di eventuali preclusioni relative alla particolare qualità di determinati soggetti. Certamente preferibile appare una composizione plurisoggettiva viste le professionalità richieste dalla lunga lista di reati prevista dal d.lgs. 231/01<sup>30</sup> e, in particolare, dalla necessità di controllare i numerosi adempimenti previsti dalla normativa antinfortunistica. Pure condivisibile è l'opinione<sup>31</sup> secondo cui non possono far parte dell'OdV soggetti pienamente inseriti nell'organizzazione aziendale, il cui operato costituisce oggetto precipuo del controllo che l'organismo deve svolgere (es.: il responsabile del servizio di prevenzione e protezione). Tale preclusione non appare riferibile ai rls, che non sono a rigore uno snodo organizzativo dell'azienda bensì portatori di interessi anche contrastanti con gli obiettivi organizzativi. È vero però che l'OdV dovrebbe vigilare anche sull'osservanza degli obblighi giuridici datoriali verso i rls e che singolare potrebbe apparire imporre una composizione che incide geneticamente sull'autonomia dell'organismo di controllo. La questione appare comunque di notevole complessità, perché l'OdV non può essere realmente autonomo se è espressione soltanto di una delle parti, cioè dell'ente/datore che definisce unilateralmente la sua composizione. Questo dovrebbe portare ad argomentare l'assenza di impedimenti formali alla presenza di rls negli OdV, salvo la difficoltà pratica di svolgere entrambi i ruoli e la segnalazione di un certo semplicismo di tale soluzione. Invece non vedo alcuna difficoltà a prevedere che nell'OdV vi siano altri rappresentanti dei lavoratori, anche eventualmente appartenenti alla rsu o al sindacato. In questo senso mi pare deponga da ultimo la novella del 2011, laddove prevede che le funzioni dell'Odv possano essere svolte dal consiglio di vigilanza delle società di capitali che può essere composto anche da rappresentanti dei lavoratori o dei sindacati.

Più problematico è sostenere che, in virtù di questa disciplina legislativa la dimensione collettiva *debba* essere garantita nell'Odv. Allo stato dei fatti mi

<sup>30</sup> *Ibidem.*

<sup>31</sup> *Ibidem.*

parrebbe un'interpretazione forzata, come conferma anche l'integrazione all'art. 6 effettuata dalla l. 183/11, che nelle società di capitali consente lo svolgimento delle funzioni di vigilanza anche tramite il collegio sindacale o il comitato di gestione, dove normalmente (art. 2409-*octiesdecies* e 2399 cod. civ.) non sono presenti rappresentanti dei lavoratori o dei sindacati.

Non è invece forzato sostenere che, per garantire l'effettiva autonomia dell'OdV, si deve escludere che la sua composizione o l'affidamento delle relative funzioni ad un determinato organismo societario possa essere frutto di una determinazione unilaterale dell'ente. Impregiudicato resta il problema della modalità di coinvolgimento delle rappresentanze collettive dei lavoratori nella definizione della composizione dell'OdV e/o nella sua concreta individuazione/nomina. Il minimo mi sembrerebbe la consultazione dei rls, ad integrazione dell'art. 50, co. 1, lett. c, che appare suscettibile di una classica interpretazione analogica. Ma, per quanto prima si è detto, si assicura così soltanto una dimensione collettiva minimale e pressoché di "facciata". Molto di più potrebbe fare al riguardo la contrattazione collettiva e non è da escludere che lo faccia.

#### 6. *Un'occasione mancata: partecipazione e sicurezza nella l. 92/12*

Proprio in ordine allo spazio riconosciuto o riconoscibile alla contrattazione collettiva merita attenzione la recente riforma dei meccanismi partecipativi introdotta dalla l. 92/12 (c.d. riforma Monti/Fornero)<sup>32</sup>, diretta a favorire le forme di coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa, attivate attraverso la stipulazione di un contratto collettivo aziendale. In particolare la contrattazione aziendale viene sostenuta al fine dell'"istituzione di organismi congiunti, paritetici o comunque misti, dotati di competenze di controllo e partecipazione nella gestione di materie quali la sicurezza dei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori" (art. 4, co. 62, lett. c) e della "previsione ... nelle

<sup>32</sup> Su cui v., in generale, VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012; nonché *La riforma del lavoro del governo "tecnico"*, in LD, 2012, n. 3-4, numero monografico con contributi di ROMAGNOLI, MARIUCCI, BALLESTRERO, BARELLI, LASSANDARI, BANO, FALERI, PERULLI, NOVELLA, DE SIMONE, GOTTARDI, RENGÀ. Sul punto specifico v. MENEGATTI, *La delega sulla partecipazione dei lavoratori: verso un nuovo modello di relazioni industriali?*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, 2012, suppl. al n. 33.

società per azioni o ... società europee, che occupino complessivamente più di trecento dipendenti e nelle quali lo statuto preveda che l'amministrazione e il controllo sono esercitati da un consiglio di gestione e da un consiglio di sorveglianza ...della partecipazione di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza" (art. 4, co. 62, lett. f).

La delega, ormai scaduta, sembrava consentire senz'altro alla contrattazione aziendale di intervenire sui sistemi di controllo aziendale in materia di sicurezza del lavoro rafforzandone la dimensione collettiva proprio attraverso organismi composti da rappresentanti dell'azienda e dei lavoratori, in modo persino paritario. L'esplicito riferimento alla normativa in tema di sicurezza del lavoro poteva ritenersi comprensivo dell'art. 30 del d.lgs. 81/08 e, per questa via, dell'art. 6, co. 1, lett. b) del d.lgs. 231/01, cosicché veniva ad essere potenzialmente sostenuta una disciplina consensuale dell'OdV in via di contrattazione aziendale. E nemmeno era da escludere che i contratti aziendali potessero prevedere uno *specifico* sistema congiunto di controllo in materia di sicurezza come requisito ulteriore (rispetto all'art. 6 del d.lgs. 231/01) del modello organizzativo esimente ai fini dell'art. 30 del d.lgs. 81/08<sup>33</sup>. Ove tali contratti collettivi venissero effettivamente stipulati si deve ritenere che il modello organizzativo esimente dovrebbe perciò necessariamente rispettare gli obblighi giuridici da essi derivanti. Ciò configura un indubbio ulteriore potenziamento della rilevanza e dell'efficacia giuridica dei contratti collettivi aziendali, che tendono sempre più a diventare il perno del nostro diritto sindacale.

Tuttavia, dati i rapporti di forza e le culture organizzative prevalenti nelle aziende italiane, si poteva fortemente dubitare che accordi come quelli ipotizzati venissero stipulati o almeno che lo fossero in un numero rilevante di casi. Meglio sarebbe stato abilitare la contrattazione anche di livello superiore a rafforzare la dimensione collettiva degli organismi di controllo in tema di sicurezza.

Invece interessante poteva essere la previsione di maggiore partecipazione nelle aziende più grandi. Al riguardo, salvo l'indicazione della soglia dei 300 dipendenti, la riforma Monti sembrava però aggiungere poco a quanto già consentito dal codice civile. Anche qui, più che rinviare a futuri improbabili accordi aziendali, preferibile sarebbe stato prevedere per legge

<sup>33</sup> Ipotesi profilata in dottrina in via interpretativa, ma ritenuta, giustamente, poco realistica da generalizzare: v. LOTTINI, *op. cit.*, p. 183 e 186, anche per ulteriori citazioni.

la partecipazione dei lavoratori nelle società di capitali più grandi e, per quanto qui più rileva, attribuire agli organismi partecipati le funzioni dell'OdV di cui all'art. 6 del d.lgs. 231/01, almeno per quanto attiene alla normativa in materia di sicurezza del lavoro.

### **Abstract**

Il saggio affronta un aspetto specifico della tematica della sicurezza sul lavoro, cioè quello delle garanzie per rendere effettiva e non meramente cartacea l'adozione da parte dell'impresa di un "modello organizzativo esimente" che, a norma dell'art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (testo unico sulla salute e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, in seguito anche t.u.) e del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 (in materia di responsabilità amministrativa/penale delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni secondo), possa valere ad escludere, o circoscrivere, la responsabilità del datore di lavoro per eventuali lesioni all'integrità psico-fisica dei lavoratori. Il problema di fondo che si affronta è se il modello organizzativo/esimente deve o no contenere una "dimensione collettiva" tipizzata dal legislatore. L'A. argomenta una risposta ampiamente positiva, rilevando però come la dimensione collettiva non possa esaurirsi nella consultazione dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e debba piuttosto caratterizzare anche le funzioni di controllo da predisporre in base al d.lgs. 231/01, in particolare con riguardo all'organismo di vigilanza. Inoltre si analizza criticamente la recente riforma realizzata con la l. 92/2012, che, pur affrontando la tematica della partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda con riferimento alla sicurezza sul lavoro, non interviene esplicitamente sul problema affrontato.

The purpose of this contribution is to analyse a specific profile of the wide issue of health and safety at work: the effectiveness of the 'exempting organization model' that limits or exempts the criminal liability of the employer (see d.lgs. 81/08 e 231/01). The focus is on the collective dimension of that model provided for by the law. The A. believes that the collective dimension is necessary, even if the provision of the consultation of the 'Rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza' is insufficient. Moreover, the collective dimension should become part of the control system by means of the 'Organismo di Vigilanza', a specific body regulated by d.lgs. 231/01. Finally, the A. criticises the recent labour market reform (l. 92/12), since it deals with health and safety at work within a participation framework, without intervening on the collective dimension of the 'exempting organization model'.



**Gaetano Zilio Grandi**

**La retribuzione collegata alla produttività aziendale:  
quadro normativo di riferimento e impatto dell'accordo  
sui livelli retributivi**

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** L'aziendalizzazione del sistema di RI come "chimera" o "tabù" nel corso del tempo: dal Protocollo Ciampi al nuovo millennio. **3.** I problemi sul tavolo: rappresentatività e decentramento contrattuale. **4.** Uno sguardo dalla finestra: Francia, Spagna. **5.** Dagli accordi separati del 2009 all'A.I. del 2011. **6.** Un coup de théâtre: l'art. 8 d.l. n. 138/2011. **7.** Una provvisoria conclusione della vicenda: l'A.I. sulla produttività del 16 dicembre 2012. Le ricadute sulla retribuzione di produttività. **8.** Oltre la transitorietà: gli Accordi del 24 aprile e del 31 maggio 2013.

*1. Premessa*

Il Diritto del lavoro e sindacale italiano, richiamando parte della dottrina che spinge verso modifiche dell'attuale assetto regolativo, da un lato, e di protezione in particolare nei confronti del licenziamento individuale, potrebbe definirsi oggi strabico, duale.

E una delle primarie cause della disarmonia del nostro sistema giuslavoristico risiede, come ben ci avvisava Gino Giugni un paio di decenni orsono, proprio nella confusione delle fonti di disciplina, giunte a sconvolgere assetti che tutti noi ritenevamo consolidati. Assetto sul quale insistono sia i recenti accordi interconfederali sia l'art. 8 l. 14 settembre 2011 n. 148.

Dunque nuove regole e meccanismi regolatori che appaiono, quantomeno, modificare se non stravolgere il consueto schema delle fonti della materia di cui già ci parlava Massimo D'Antona, mediante l'accoglimento di meccanismi più "flessibili"<sup>1</sup>. La problematica risulta ulteriormente presente

<sup>1</sup>V. in proposito l'intervento di MARIUCCI al Convegno di ricordo di Massimo Roccella, a Cagliari, dattiloscritto; e anche FILÌ, *Contrattazione di prossimità e poteri di deroga nella Manovra di ferragosto (art. 8 d.l. n. 138/2011)*, in *LG*, 2011, p. 977 ss.

laddove si considera il parallelo aspetto delle forme di retribuzione a loro volta legate e conseguenti ad una modificazione del citato assetto delle fonti, ed in particolare della fonte collettiva; trattasi di quello che tra un momento chiameremo di decentramento contrattuale ovvero aziendalizzazione delle relazioni sindacali.

2. *L'aziendalizzazione del sistema di RI come "chimera" o "tabù" nel corso del tempo: dal Protocollo Ciampi al nuovo millennio*

Ora è evidente che il tema ci appassiona e forse anche affascina da tempo, un tempo nel quale tra i vari tabù del diritto del lavoro italiano (ad es. l'art. 18 St. lav.) si è cominciato a porre in dubbio anche quello, decisivo, della inderogabilità del contratto collettivo nazionale di categoria se non, addirittura, della legge, ovviamente da parte della stessa contrattazione collettiva di altro livello e non, come pure da taluni auspicato, della contrattazione individuale "assistita".

In tal senso il discorso storico si farebbe lungo e complesso, dovendosi richiamare le svariate volte nelle quali si è avvertita l'esigenza di un qualche decentramento del sistema contrattuale: dalla fase della c.d. contrattazione articolata dei primi anni '60 a quella "spontanea" della fine del medesimo decennio, al decentramento "istituzionale" successivo allo Statuto dei diritti dei lavoratori, e ancora alla crisi ed emergenza degli anni '80, con la affermazione della contrattazione gestionale e delegata, sino ad arrivare a quella che fu definita la Costituzione delle relazioni sindacali italiane e che, a dire il vero, ha dato prova di discreta efficienza per quasi 20 anni, il Protocollo Ciampi del 27 luglio 1993<sup>2</sup>; nel quale, come noto, era trattato anche il tema che qui interessa, quello degli spazi attribuiti alla contrattazione collettiva aziendale in materia di retribuzione di produttività. Come tutti ricorderemo è lì, oltre che nelle disposizioni di cui al d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 sul lavoro pubblico, che trae origine la *nouvelle vogue* in materia, tesa cioè ad una mag-

<sup>2</sup> Sulle diverse fasi v. tra i moltissimi ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo di impresa*, Giuffrè, 1963; MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, il Mulino, 1985; DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in RIDL, 1985, I, p. 24; SCIARRA, *La contrattazione aziendale*, e di recente, LASSANDARI, *La contrattazione e il contratto collettivo aziendale*, Ediesse, 2003; LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in DLRI, 2012, p. 21 ss. Sul Protocollo del 1993 v., per tutti, i saggi di D'ANTONA, TREU, ALLEVA, in RGL, 1994, I.

giore partecipazione economica dei lavoratori ai possibili margini di ulteriore produttività a livello aziendale: “(...) le erogazioni del livello di contrattazione aziendale sono strettamente correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati tra le parti, avendo come obiettivo incrementi di produttività, di qualità e altri elementi di competitività di cui le imprese dispongano, compresi i margini di produttività, che potrà essere impegnata per accordo tra le parti, eccedente quella eventualmente già utilizzata per riconoscere gli aumenti retributivi a livello di Ccnl, nonché ai risultati legati all’andamento economico dell’impresa”.

E tuttavia, neppure tale Accordo è restato privo di critiche, specie nel passaggio ad una nuova fase del diritto del lavoro italiano, caratterizzata da una sorta di ulteriore “flessibilizzazione” (o “destrutturazione”, per alcuni)<sup>3</sup> del contratto di lavoro ma non tuttavia delle relazioni di sindacali, fondate sempre e comunque sulla centralità del Ccnl: periodo che noi riconduciamo alla pubblicazione del Libro bianco sul mercato del lavoro del 2002 ed alla approvazione della l.d. 14 febbraio 2003 n. 30 e del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

### 3. *I problemi sul tavolo: rappresentatività e decentramento contrattuale*

Come noto, l’art. 8, l. 148/11, introduce nel dibattito (e nelle regole) un ulteriore elemento di problematicità, la c.d. contrattazione di “prossimità”. Ma in verità sia l’accordo di giugno che il citato art. 8 d.l. 138/2011 arrivano a coronamento di una fase a dir poco turbolenta del nostro sistema di relazioni industriali, sospinta verso nuove dinamiche da eventi contingenti e vicende aziendali, come il caso dello “strappo” di Fiat, ma comunque nell’ambito di un ripensamento in atto da tempo delle regole sindacali e, soprattutto, dei meccanismi di riconoscimento della rappresentatività sindacale.

Basti sottolineare in proposito come sia stata “gestita” dal provvedimento di legge una lacuna dell’accordo del giugno 2011 il quale è particolarmente preciso nella ricostruzione degli strumenti di individuazione delle forme rappresentative delle organizzazioni sindacali per il livello di categoria (dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali, certificati dall’Inps e quindi trasmessi al Cnel), mentre con riguardo al livello inferiore,

<sup>3</sup> MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, il Mulino, 2006.

e alla correlata individuazione dei soggetti legittimati a trattare e firmare accordi collettivi aziendali (e territoriali)<sup>4</sup>, manca della previsione di un vero raccordo tra i diversi passi, legali e contrattuali, fatti negli ultimi 20 anni, sul piano degli organismi rappresentativi a livello aziendale ed il livello territoriale e nazionale di rappresentanza sindacale.

#### 4. *Uno sguardo dalla finestra: Francia e Spagna*

Accanto alle riforme strettamente attinenti al contratto di lavoro e agli aspetti puramente individuali del rapporto, gli interventi nei vari paesi europei si rivolgono anche alla dimensione collettiva, e in particolare per quanto riguarda le competenze degli attori sociali e la contrattazione collettiva aziendale o, appunto, di prossimità.

Si registra, infatti, in tutta Europa una tendenza, dovuta principalmente alle esigenze di mercato così come raccolte ed interpretate dalle istituzioni europee, allo spostamento dell'asse della contrattazione verso il basso in un'ottica *bottom-up*. La volontà è quella di garantire una certa sicurezza ed efficacia degli strumenti della flessibilità. Da un lato quindi le riforme sulle tipologie contrattuali si propongono di garantire agli attori sociali strumenti sostanzialmente flessibili e di semplice utilizzo, in chiave occupazionale, dall'altro si cerca di ri-orientare il diritto del lavoro in modo tale da spostare alcune scelte di merito verso le sedi di applicazione dei contratti. Il risultato è stato, negli ultimi anni, il sorgere di svariati tentativi di riforma dell'assetto delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva in particolare.

Alcuni Paesi Europei sono stati così sede di repentine e recenti modifiche degli strumenti per il decentramento della contrattazione collettiva a livello di impresa; altri, invece, hanno mantenuto intatto il sistema "tradizionale" di "delega" e di deroga al livello aziendale.

In particolare tra i Paesi che di recente sono intervenuti sulla disciplina

<sup>4</sup> La dottrina ha potuto ritenere priva di rilievo l'istanza negoziale e la contrattazione collettiva territoriale, non a caso, come si vedrà, riproposta con scarsi esiti dall'articolo 8 l. 148/11: v. F. CARINCI, *Intervento al Convegno All'inseguimento di un sistema stabile ed affettivo: l'accordo interconfederale 28 giugno alla luce dell'art. 8 d.l. n. 138/2011*, Bologna, 2012; e il saggio di SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2011, 127. Prima dell'abbinata Accordo 28 giugno 2009 e art. 8, v. ancora LUNARDON, *op. cit.*

delle relazioni industriali devono segnalarsi la Francia, con un intervento nel 2004 e uno nel 2008, ovviamente l'Italia con l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e la legge n. 148 del medesimo anno, e ora con il più recente accordo del novembre 2012; e infine la Spagna, con due oramai noti interventi di riforma: il primo del 6 luglio 2012 e il secondo del 7 luglio 2012.

Così, in Francia la legge 4 maggio 2004 sul dialogo sociale ha modificato la gerarchia della fonte "contrattazione collettiva", intervenendo anche sulle relazioni tra i livelli stessi di negoziazione; e nel 2008 il legislatore ha variato profondamente i criteri di misurazione della rappresentatività al fine di rinforzare il sistema e rendere il sistema di deroghe alle fonti più alte di contrattazione maggiormente democratico e condiviso. In particolare la validità del contratto collettivo discende dal concorso di due fattori: a) che le organizzazioni stipulanti abbiano raggiunto il consenso del 30% dei voti espressi dai lavoratori; b) che le organizzazioni sindacali che nel loro complesso abbiano raccolto la maggioranza dei voti espressi dai lavoratori per le organizzazioni sindacali non manifestino opposizione all'applicazione del contratto. Il rapporto fra contratto concluso a livello aziendale (impresa o stabilimento) e nazionale viene poi modificato ammettendo la possibilità per il contratto aziendale di derogare *in pejus* al contratto nazionale, restando salvo uno zoccolo duro di materie sottratte alla competenza della contrattazione decentrata, quali lo SMIG (salario minimo garantito), le classi retributive ad esso collegate, le norme in materia di protezione sociale e la formazione. In secondo luogo, l'intervento del 2008 riserva alla contrattazione collettiva decentrata alcune materie sulle quali i livelli superiori di negoziazione possono intervenire solo in via suppletiva.

A sua volta la Spagna, in un contesto di grande preoccupazione per la crisi economica, è intervenuta urgentemente e in totale spirito riformatore sul sistema della contrattazione collettiva e delle relazioni industriali. Le modifiche riguardano la forza derogatoria della contrattazione aziendale che prevarrà sugli accordi nazionali di settore, regionali e provinciali in tutta una serie di materie quali la retribuzione (e i livelli retributivi), i compensi per il lavoro straordinario, i turni e le ferie, l'organizzazione del lavoro nell'impresa, il bilanciamento lavoro-famiglia. Il testo del decreto (o meglio dell'ultimo) prevede, inoltre, una facoltà di *opting out* concessa alle aziende rispetto all'applicazione dei contratti nazionali, sul presupposto della esistenza di ragioni economiche, tecniche, produttive e organizzative.

5. *Dagli accordi separati del 2009 all'A.I. del 2011*

Come accennato lo stato attuale delle relazioni sindacali nel nostro paese consegue ad una evoluzione (o involuzione?), della quale fanno sicuramente parte due accordi di cui molto si è discusso anche in ambito giudiziario<sup>5</sup>: l'accordo quadro del 22 gennaio 2009 e quello interconfederale del 15 aprile del medesimo anno.

Ci pare, infatti, che come avvenne nel biennio 1992/1993, e probabilmente con lo stesso intento di porre un ulteriore tassello “storico” nell'affannoso e disordinato sistema di relazioni sindacali italiano, messo in difficoltà sul piano economico dagli sviluppi della c.d. globalizzazione<sup>6</sup>, le parti sociali abbiamo provato, anche da ultimo, con i più recenti accordi, in verità in maniera confusa e poco efficace, a razionalizzare una situazione di oggettiva “divisione” tra loro stesse.

Lo abbiamo in altra occasione chiamato “richiamo della foresta” – ovvero raggiungere un qualche accordo sui temi centrali del nostro diritto sindacale da oltre 60 anni, da qualcuno motivato dalla necessità per le confederazioni di definire in autonomia le regole del sistema, depotenziando (o credendo di depotenziare) possibili fughe verso un sindacalismo di base, ovvero strettamente collegato all'impresa *de qua*<sup>7</sup>. E d'altra parte la lettura dell'accordo del giugno 2011 confermerebbe questa ipotesi, posto che seppure esso richiami in modo quasi ossessivo il livello di categoria, nazionale, lo stesso, come subito vedremo, è sostanzialmente già depotenziato, senza doversi “attendere il paradiso” dell'art. 8 l. 148/11.

Insomma, l'Accordo di giugno 2011 in fondo non si allontanerebbe poi

<sup>5</sup> Ci si riferisce all'accordo integrativo/sostitutivo Fiat di Pomigliano e a quello di Mirafiori, sulle cui conseguenze giudiziarie rinvio a ZILIO GRANDI, CARNOVALE, *La “rinascita” dell'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori e il caso del Ccnl metalmeccanici: brevi appunti su livelli contrattuali, problemi di rappresentanza sindacale e limiti al sindacato giurisdizionale*, in *DRI*, 2011, p. 347 ss. e ancora a ZILIO GRANDI, *Noterelle sulla vicenda Pomigliano in “appello”: dove non arrivano gli impegni pubblici del datore di lavoro arriva la discriminazione*, in *DRI*, 2012.

<sup>6</sup> ICHINO, nel suo a-tecnico ma efficace volume su *A cosa serve il sindacato?*, Mondadori, 2005.

<sup>7</sup> Così ROMEO, *Luci ed ombre sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *LG*, 2011, p. 879 ss. Per altri (M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: in'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, p. 44), lo stesso avrebbe inoltre sancito una nuova unità sindacale, favorendo la mitica “coesione sociale”; ciò che dovrebbe costituire un obiettivo del Governo: così LASSANDARI, *op. cit.*, p. 59.

di molto dagli Accordi separati interconfederali del 2009, ponendo comunque il sistema, come sottolineato di recente<sup>8</sup>, sotto il controllo del livello interconfederale; ma anche “sposando” alcune, per così dire, non secondarie attitudini al decentramento al livello aziendale emerse negli stessi accordi “separati”<sup>9</sup>, e al tempo stesso consentendo “variazioni”, specie sul versante dei soggetti sindacali (Rsu) firmatari, alla contrattazione di categoria.

È evidente che sullo sfondo rimane l'intera e complessa vicenda Fiat; ma soprattutto ancora l'annosa questione della rappresentatività sindacale, che ad avviso di molti risulta essere il vero bersaglio “grosso” dell'accordo.

L'accordo interconfederale di giugno, dunque, esplicitamente promuove la contrattazione collettiva di secondo livello, in ciò confermando molto di quello che era stato previsto nei tanto contestati accordi del 2009, pure non firmati dalla Cgil. Ciò che, evidentemente, non può non porre una domanda intorno alle reali motivazioni (evidentemente più politico-sindacali che giuridiche) che, appena due anni prima, avevano portato la maggiore confederazione a fuoriuscire dal sistema nascente, sia a livello macro (A.I. e Ccnl settore metalmeccanico e parzialmente chimico<sup>10</sup> su tutti) che aziendale (Fiat)<sup>11</sup>.

E nello stesso senso va anche puntualizzato come l'accordo “unitario” del 2011 non limiti gli spazi conseguenti di manovra prevedendo, come invece fatto nel 2009, che il Ccnl indichi in proposito i “parametri oggettivi” in base

<sup>8</sup> M. RICCI, *op. cit.*, p. 43 ss.

<sup>9</sup> Mantenendo tuttavia un assetto centralistico, su cui puntualmente, PERSIANI, *op. ult. cit.*, pp. 452-453.

<sup>10</sup> Ma su questo v. l'opinione di LASSANDARI, *op. cit.*, *infra*, p. 57, ove si ritiene che la Cgil abbia comunque optato, con l'ai del 2011, per un modello *soft* di decentramento contrattuale, quale appunto quello di cui al nuovo contratto dei chimici. Altre considerazioni sull'ai come fattore di stabilizzazione delle relazioni industriali in CORTI, *Osservatorio*, in RIDL, III, p. 369 ss.; e in buona parte anche in TOSI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in ADL, 2011, p. 1212 ss.

<sup>11</sup> Nonostante quanto riferito, buona parte della dottrina (ad es. LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 e l'art. 8 della l. n. 148: incertezze, contraddizioni, fragilità*, in LD, 2012, p. 55 ss.) ha sostenuto che l'ai costituisce una netta soluzione di continuità rispetto al passato, mentre, allo stesso tempo, l'art. 8 costituirebbe una smentita della *pax* (sociale) sancita nell'ai medesimo. Lo stesso A., correttamente, ritiene altresì che l'ai, pur unitario, non sia in realtà servito a chiarire del tutto i termini dei dilemmi ruotanti intorno alle questioni in esso affrontate; e, per quel che ci riguarda, l'art. 8 sarebbe venuto per così dire a dare chiarezza e certezza (a modo suo!!) a questioni sempre più vitali per molte imprese. E, come sostenuto dalla medesima dottrina, così facendo il contratto aziendale “viene sostanzialmente lasciato a sé stesso: legittimato anzi a “modulare” (...) buona parte del diritto del lavoro alle esigenze dell'impresa”.

ai quali adottare, in sede aziendale/territoriale le deroghe; ma parli significativamente *solo*, e dunque in modo maggiormente permissivo, della *finalità* degli accordi derogatori (“assicurare la capacità di aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi”); forse promuovendo, come qualcuno ha subito rilevato<sup>12</sup>, a parametri oggettivi le stesse esigenze tecnico-produttive dell’impresa.

Di quanto appena riferito è evidenza, da subito, l’ultima Premessa dell’A.I. giugno 2011, ove si insiste sull’obiettivo di favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione aziendale. Come si è già anticipato, sarebbe infatti incoerente con il significato stesso dell’accordo, che segue precedenti esperienze separate, interpretare la clausola relativa alle materie delegate, “in tutto o in parte”, in senso riduttivo. Così come, una volta accolto da parte di tutti i firmatari il nuovo assetto della rappresentanza/rappresentatività, risulterebbe difficile leggere “al ribasso” la prevista efficacia soggettiva generalizzata del contratto collettivo aziendale.

Insomma, l’accordo del giugno 2011 riconosce *a priori* la possibilità di discrasie nel sistema rappresentativo e nei suoi strumenti e ne prevede un meccanismo, appunto, validativo.

In ogni caso, ai sensi dell’accordo, in assenza di disposizioni dei contratti collettivi di categoria, che effettivamente non risultano ancora avere applicato diffusamente i meccanismi ivi previsti<sup>13</sup>, possono *comunque* stipularsi contratti collettivi aziendali tra le rappresentanze sindacali in azienda, in accordo con le organizzazioni territoriali espressione delle Confederazioni stipulanti l’accordo interconfederale, al fine di gestire *situazioni di crisi* o in presenza di *investimenti significativi* per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell’impresa; contratti che poi definiscono intese (evidentemente *aliud* rispetto ai contratti aziendali)<sup>14</sup> modificative di istituti del contratto collettivo

<sup>12</sup> M. RICCI, *op. cit.*, p. 54, che in proposito sembra “rilanciare” il tema dei diritti informazione nei confronti delle organizzazioni sindacali e, potremmo aggiungere noi a questo punto, anche quello della partecipazione dei lavoratori.

<sup>13</sup> Richiama espressamente l’ai del giugno 2012 per barbieri, parrucchieri ed estetica; mentre il ccnl 28 novembre 2011 per il settore del commercio, servizi e terziario, rinvia all’ai separato del 22 gennaio 2009; predispose invece ed allega un accordo tipo di secondo livello in materia di componenti accessorie della retribuzione e loro trattamento fiscale l’accordo quadro per il terziario di mercato 20 dicembre 2011, siglato da Confercenti.

<sup>14</sup> Ma sul punto rinvio alle pagine dettagliate di F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 2011, 133.



nazionale che disciplinano la *prestazione lavorativa* (l'intera parte normativa ed economica?), gli *orari* e *l'organizzazione del lavoro*: in una parola, tutto!

Ora, è evidente che si tratta di un chiaro caso di deroga alla contrattazione collettiva nazionale di cui è colma l'esperienza sindacale e la casistica giudiziaria, e non solo sulla base di specifici previsioni legislative. Si tratta, cioè, di quel che anni fa Riccardo Del Punta richiamava come il corretto criterio di risoluzione del rapporto/confitto tra contratti collettivi di diverso livello<sup>15</sup>. E tutti noi sappiamo che, fermi restando i limiti retributivi tratteggiati dall'art. 36 Cost., i limiti legislativi e in specie l'ovvio divieto discriminatorio, oggi ancor più ovvio alla luce della svolta antidiscriminatoria, a mio avviso, del diritto del lavoro italiano<sup>16</sup>, con l'argine ulteriore dato dai diritti acquisiti, il contratto collettivo aziendale poteva e può ancora derogare appunto a quello nazionale. L'accordo di giugno apre semmai ulteriori possibilità, quantomeno fino a quando le stesse parti sindacali, a livello nazionale, non si riappropriano compiutamente della competenza disegnata dall'art. 7 dell'accordo medesimo, ove tra l'altro si parla di sperimentazione e temporaneità, mentre per i contratti e le intese di cui alla citata seconda parte (fase transitoria) non sembrano sussistere tali requisiti.

Insomma l'accordo di giugno – già di per sé – ha sfondato ampiamente quella che molti giuslavoristi intendevano e intendono come linea *Maginot* nel rapporto tra i livelli contrattuali, per motivazioni evidentemente più di carattere politico-sindacale che strettamente giuridico.

## 6. *Un coup de theatre: l'art. 8 d.l. n. 138/2011*

Infine, ma non meno importante – in verità ancora più per le sue ripercussioni politico-sindacali che per l'impatto giuridico<sup>17</sup> – arriva finalmente

<sup>15</sup> DEL PUNTA, *Il contratto aziendale nella dottrina italiana*, in *RIDL*, 1989, I, p. 284 ss.

<sup>16</sup> V. in specie la lettura che parte della dottrina attribuisce al “nuovo” art. 18 St. lav.: sul punto per tutti M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 527 ss.

<sup>17</sup> In effetti, alla luce dell'esame di recentissime esperienze di contrattazione aziendale (sono stati analizzati, tra gli altri, i contratti aziendali di Trelleborg Wheel System Italia, Telecom, Golden Lady, Banca Popolare di Bari, Ilva) può dirsi che nonostante si faccia implicitamente o espressamente riferimento all'art. 8 del d.l. 138/11, alcuni di questi accordi richiamano la norma pur prevedendo deroghe fondate su altri dispositivi di legge, anche precedenti; altri

un “terzo incomodo”: l’art. 8 del d.l. 138/11, poi conv. in l. 148/11. Intitolata al sostegno alla contrattazione collettiva *di prossimità* (riecheggia qui quanto detto e poi scritto da Mario Grandi nel 1981, sulla regola della specialità, *id est*, ci pare, prossimità alle materie negoziate)<sup>18</sup>, la norma sembra ulteriormente approfondire il divario tra il diritto del lavoro e sindacale “prima” e “dopo” la medesima.

non rispettano comunque i requisiti di ordine soggettivo, oggettivo e di finalità. Quanto ai requisiti oggettivi, gli accordi esaminati si focalizzano principalmente su alcune delle materie potenzialmente derogabili, e precisamente inquadramento del personale, contratto a termine, trasformazione e conversione dei contratti, orario e responsabilità solidale negli appalti ed una volta impianti audiovisivi, che tuttavia per gli obiettivi posti (tutela della sicurezza da furti o azioni criminose) non risultano materia in linea con l’art. 8 del d.l. 138/11. Quanto alla presunta deroga di norme nazionali nel rispetto dei principi costituzionali, delle norme comunitarie e delle convenzioni internazionali, in molte delle materie disciplinate mancano norme o principi sovranazionali e in altre esse sono espresse in modo così generico che la norma nazionale appare una restrizione legittima (ad esempio, nel caso delle deroghe alle regole in materia di contratti a termine; dei due accordi in questione l’uno elimina i tempi di attesa tra un contratto e l’altro in caso di contratti a termine giustificati da motivi di sostituzione; l’altro prevede la stipulazione di un contratto a termine dalla cessazione della mobilità alla maturazione dei requisiti pensionistici per lavoratori che, posti in mobilità perché vicini ai requisiti pensionistici, non avevano raggiunto gli stessi). L’espresso richiamo al rispetto della norma del 2011 fa supporre che la riduzione avvenga in una delle situazioni descritte e nei termini di legge. L’accordo interviene anche in materia di causalità e sul punto è conforme alla l. 28 giugno 2012 n. 92. In un altro accordo si richiama l’art. 8 ma non si rinviene una deroga in materia di orario di lavoro (aumento a dodici mesi del periodo di riferimento per il calcolo della durata media dell’orario di lavoro), posto che l’art. 4, co. 4, d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 espressamente ammette che “i contratti collettivi di lavoro possono in ogni caso elevare il limite di cui al co. 3 fino a sei mesi ovvero fino a dodici mesi a fronte di ragioni obiettive, tecniche o inerenti all’organizzazione del lavoro, specificate negli stessi contratti collettivi”. Lo stesso accordo introduce invece una vera e propria deroga in materia di regime di responsabilità solidale in materia di appalto e una deroga limitata nel tempo che sospende per 12 mesi l’efficacia dell’art. 1, co. 28, 29, 30 e 31, l. 92/12 secondo cui nella medesima attività non è possibile avere un numero di associati superiore a tre. Quanto al richiamato potere di controllo e di vigilanza datoriale si fa riferimento in verità all’art. 4 St. lav., eliminando la richiesta del preventivo assenso ma mantenendo comunque la necessità di informare le organizzazioni sindacali. In definitiva, degli accordi considerati solo due pongono una deroga realmente legata alla norma *de qua*; e l’impressione è che la norma abbia in qualche modo incentivato la stipulazione di accordi aziendali in deroga anche alla luce dell’ampio dibattito suscitato: deroghe effettuate in punta di piedi o che richiamano a sproposito la norma che fanno emergere un’immagine ben diversa da quella tanto temuta di una ampia e definitiva riduzione dei diritti dei lavoratori derivanti dalla legge e dai contratti di categoria.

<sup>18</sup> GRANDI, *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in *DLRI*, 1982.

Come scritto in modo dirompente da Antonio Vallebona<sup>19</sup>, e come si è cercato di segnalare al principio di questo scritto accennando al tema della *regolazione*, si tratta di una norma sulla produzione giuridica e non, dunque, una norma di azione. L'art. 8, cioè, sostituisce al tradizionale meccanismo di inderogabilità con efficacia sostitutiva un meccanismo incentrato sulla norma semi-imperativa, derogabile cioè da altra fonte espressamente indicata dalla prima.

Una tecnica che non costituisce evidentemente una novità. Peraltro il potere di derogare la legge può venire *solo* dalla legge, e la legge, nella fattispecie, c'è a prescindere dal fatto che sia stata ritenuta subito incostituzionale, e poi tuttavia "salvata" dalla Corte costituzionale<sup>20</sup>.

Il punto è che, contrariamente a quanto da molti ritenuto, non si tratta a nostro avviso di una norma del tutto slegata da quanto disposto dall'accordo interconfederale del giugno 2011, sopra richiamato. La norma parla, è vero, di contratti aziendali o territoriali, questi ultimi invece obliterati nell'accordo interconfederale: ma la dottrina ha già avvisato che lo spazio di manovra della contrattazione territoriale, soprattutto per quel che attiene ai soggetti legittimati, appare di difficile praticabilità. Anche perché la volontà di delimitare questi spazi è emersa in tutta la sua forza nell'Accordo che le parti hanno voluto raggiungere il successivo 21 settembre 2011, impegnando le federazioni di categoria a definire in specifici regolamenti le procedure per la costruzione delle piattaforme e l'approvazione delle ipotesi di accordo: in una parola temendo che il sistema implicito nella norma potesse consentire fughe in avanti nel senso della citata aziendalizzazione delle relazioni sindacali<sup>21</sup>. Occorre peraltro rilevare che una forte garanzia di legittimazione contrattuale sul versante della rappresentatività pare comunque sussistere, non dovendosi necessariamente pensare, come da molti fatto, ad un incentivo, nel caso, alla formazione di sindacati di comodo.

Quanto alle materie di possibile deroga da parte della contrattazione aziendale (e territoriale) di cui parla la norma in questione, il novero appare

<sup>19</sup> VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, p. 682 ss.

<sup>20</sup> V. infatti C. Cost. 19 settembre 2012 n. 221, per la quale "le intese" riguardano un ambito limitato e tassativo dalle materie prescritte dalla medesima norma tutte riconducibili alla più ampia materia dell'ordinamento civile (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.), e non risultano pertanto contrarie ai criteri di ripartizione normativa tra Stato e Regioni.

<sup>21</sup> V. in proposito TOSI, *op. cit.*, p. 1213 ss.

*prima facie* più ampio di quanto previsto nell'accordo di giugno; ma in verità l'accordo contemplava praticamente l'intero arco "costituzionale" delle regole dei rapporti di lavoro subordinato; mentre l'art. 8, in fondo (!), incontra limiti espliciti e impliciti che il legislatore ha voluto introdurre, in seconda battuta, proprio per parare eccezioni di incostituzionalità, cui sembra invece andare comunque incontro il comma 3 della norma di legge<sup>22</sup>.

Quest'ultimo rimane un errore "marchiano" del legislatore nella vicenda, che interessa tuttavia non solo *Fiat group* ma decine di imprese che si trovano a competere non tanto sui diritti dei lavoratori, quanto sulla organizzazione dell'impresa medesima. E che con l'accordo di giugno e l'art. 8 trovano forse nuova linfa per sperimentare forme maggiormente produttive e, consentitemi, collaborative, tra l'impresa e i propri lavoratori.

Rimane tuttavia aperto, e molto capiente, lo spazio offerto dalla "mancanza di regolamentazione da parte dei Ccnl, ovvero la fase transitoria, ove contratti aziendali in deroga possono essere liberamente stipulati in materie chiave e amplissime (prestazione lavorativa, orari, organizzazione del lavoro, si è detto), fermo restando l'accennato problema rappresentativo ed il conseguente profilo attinente alla efficacia dell'accordo, per il quale viene in questione anche il ruolo che verrà, nei fatti, giocato dal *referendum*, e dunque dai meccanismi di "democrazia" sindacale evocati da buona parte degli interpreti<sup>23</sup>.

7. *Una provvisoria conclusione della vicenda: l'A.I. sulla produttività del 16 dicembre 2012. Le ricadute sulla retribuzione, e sulla retribuzione di produttività in particolare*

Tra gli aspetti che qui interessano delle "Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia" vi è una previsione (o mancata previsione) in tema di adeguamento all'inflazione.

In effetti, ma non poteva essere altrimenti dopo quanto avvenuto nell'ormai lontano biennio 1992/93, non vi è certezza sulla tutela dei salari rispetto all'inflazione, posto che, al punto 2, par. 3, dell'accordo, si proclama

<sup>22</sup> Allo stato però non ancora emersi concretamente.

<sup>23</sup> Per tutti LASSANDARI, *op. cit.* e l'ormai classico CARUSO, *Democrazia sindacale e dissenso*, FrancoAngeli, 1988, e ivi ulteriori riferimenti.

che il contratto collettivo nazionale di lavoro ha “l’obiettivo di tutelare il potere d’acquisto delle retribuzioni”, e quindi si afferma che gli effetti economici di tale tutela sono definiti nei limiti attualmente vigenti (IPCA)<sup>24</sup>; e che essi devono essere “coerenti con le tendenze generali dell’economia, del mercato del lavoro, del raffronto competitivo internazionale e gli andamenti specifici del settore”<sup>25</sup>.

Quanto alla retribuzione di produttività, nell’Accordo si prevede che “i contratti collettivi nazionali di lavoro possono definire che una quota degli aumenti economici derivanti dai rinnovi contrattuali sia destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi ad incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello, così da beneficiare anche di congrue e strutturali misure di detassazione e decontribuzione per il salario di produttività definito dallo stesso livello di contrattazione” (punto 2, par. 3). Le Parti firmatarie dell’accordo credono invero che “l’autonomia contrattuale debba essere valorizzata anche con riferimento ai contenuti delle intese finalizzate a perseguire i miglioramenti della produttività e, pertanto, si attendono che le determinazioni di Governo e Parlamento, volte a incentivare questi processi, risultino conseguentemente coerenti (...) e considerano, quindi, essenziale che la scelta, confermata anche con la presente intesa, a favore della valorizzazione degli accordi collettivi per il miglioramento della produttività, venga sostenuta e promossa da adeguate e strutturali misure di incentivazione fiscale e contributiva”; e ancora “chiedono al Governo e al Parlamento di rendere stabili e certe le misure previste dalle disposizioni di legge per applicare, sui redditi da lavoro dipendente fino a 40 mila euro lordi annui, la detassazione del salario di produttività attraverso la determinazione di un’imposta, sostitutiva dell’IRPEF e delle addizionali, al 10%”, e, con riferimento alla decontribuzione del salario di produttività, “chiedono che venga data compiuta applicazione ai contenuti della legge numero 247 del 2007 che prevede lo sgravio contributivo per incentivare la contrattazione collettiva di secondo livello fino al limite del 5% della retribuzione contrattuale percepita”.

<sup>24</sup> Cfr. ampiamente M. ESPOSITO, GENTILE, *Costo del lavoro, competitività delle imprese e nuova struttura della contrattazione collettiva*, in questa rivista, 2009, p. 273 ss.

<sup>25</sup> Va segnalato che la maggior parte dei rinnovi si muove intorno ad una richiesta di aumenti, mediante un Elemento variabile della retribuzione, intorno al 7% della paga base: così il ccnl Industria Gomma e plastica dell’11 luglio 2012, ma anche la piattaforma di rinnovo per l’Edilizia del 23 ottobre 2012, ove pure si accenna alla questione della responsabilità sociale, su cui anche *infra*.

Inoltre al punto 2 le stesse parti si impegnano a “consolidare un modello contrattuale nel quale il contratto collettivo nazionale di lavoro abbia la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori, ovunque impiegati nel territorio nazionale, e la contrattazione di secondo livello, facilitata da idonee e strutturali politiche fiscali di vantaggio, operi per aumentare la produttività attraverso un migliore impiego dei fattori di produzione e dell’organizzazione del lavoro, correlando a tale aspetto la crescita delle retribuzioni dei lavoratori (...) definendo “compiutamente, attraverso specifiche intese, un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e, quindi, in grado di dare certezze non solo riguardo ai soggetti, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull’affidabilità ed il rispetto delle regole stabilite”.

Taluni, da una parte e dall’altra, hanno sostenuto che in questo modo la contrattazione del salario aziendale di produttività non si sommerebbe più alla contrattazione nazionale ma si finanzierebbe con una quota da individuare su quanto a livello nazionale è stata erogata a copertura (sempre parziale) dell’aumento del costo della vita.

Tuttavia, se è vero che si esalta la possibilità di ottenere aumenti salariali legati alla produttività, è vero anche che questi ultimi in tal modo risulterebbero in buona misura finanziati dai lavoratori stessi, con una quota delle risorse invece destinate *ab origine* al recupero del salario rispetto all’inflazione; ma anche con detassazioni e decontribuzioni prelevate dalle entrate fiscali (in massima parte versate da lavoratori dipendenti) ed entrate contributive, totalmente ricavate dai versamenti dei lavoratori dipendenti (anche perché l’INPS considera i contributi previdenziali nel loro complesso come parte integrante del reddito da lavoro dipendente).

Peraltro, e a rinfocolare le criticità, è noto a tutti che la contrattazione di secondo livello riguarda solo una minoranza delle imprese e dei lavoratori, così che la parte lavoratrice – la più debole – potrebbe non avere alcun beneficio da tali prospettive di sviluppo del sistema di relazioni sindacali e del lavoro.

Ma proviamo a svolgere una sorta di esercizio applicativo dell’Accordo più recente (ma ancor più, come ovvio, di quello del giugno 2011), confrontandolo con le più recenti piattaforme contrattuali di categoria che dovrebbero tenerne in qualche misura conto<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> In effetti sono parecchi i settori con rinnovi *in itinere*, e che dunque dovranno/potranno

Una prima considerazione riguarda il fatto che solo uno dei Ccnl esaminati nomina esplicitamente le “Linee programmatiche” di cui all’accordo del 2012, e non a caso si tratta di quello che ha fatto e farà più discutere: quello del settore metalmeccanico del 15 dicembre 2012, non firmato dalla Fiom-Cgil, e che appunto richiama la possibilità di fruire dei benefici fiscali e contributivi da parte della contrattazione aziendale sulla produttività. Per il resto i richiami sono fatti nei confronti del più noto, e condiviso, Accordo del giugno 2011, di cui si è detto.

Ma anche qui occorre intendersi se un mero richiamo nel rinnovo del Ccnl, come la rondine, fa primavera!

È vero tuttavia che la generalità dei rinnovi presi in considerazione si muove significativamente verso la direzione di un modello di relazioni sindacali più partecipativo, come fatto ad esempio in modo chiaro e del tutto condivisibile dal Ccnl Energia e petrolio e costruzione del 22 gennaio 2013, ove si costruisce un “nuovo” contratto per l’industria energetica, si prevede una riduzione dei contratti (pochi ricordano le previsioni dei diversi Protocolli in merito), si introduce un sistema classificatorio utile all’apprezzamento del contributo individuale, e si aboliscono, *veramente*, gli aumenti periodici di anzianità. Ed è vero che sullo stesso solco pare muoversi il rinnovo del Ccnl Industria Gomma e plastica dell’11 luglio 2012, nel quale oltre ad un sistema maggiormente partecipato e ad una più significativa competitività delle imprese coinvolte, in contrasto con fenomeni di *dumping* e conseguenti delocalizzazioni, l’obiettivo posto è anche quello di una estensione e valorizzazione della contrattazione di secondo livello, sulla base di quanto previsto già nell’A.I. del 28 giugno del 2011 ma anche, ed ovviamente, ribadito nella più recente intesa. In questo contratto appare estremamente interessante il legame tracciato tra una contrattazione di secondo livello incentrata su quote di salario legate alla produttività e la prevista estensione della responsabilità sociale d’impresa: legame il cui corollario ci sembra evidente leggere in una sempre più ampia partecipazione dei lavoratori alle scelte dell’impresa ed altresì, come affermato alla fine del contratto, sul piano più strettamente retributivo. Ed ancora, nello stesso Ccnl, si individua come ulteriore obiettivo

tenere conto del nuovo accordo interconfederale: lavanderie industriali, elettrici, energia-petrolio, gomma-plastica, occhiali, tessile-abbigliamento, giocattoli e modellismo, spazzole, penne, matite e pennelli, ombrelli e ombrelloni, retifici industriali, pelle e cuoio, coibentazione termoacustica, artigiani area chimica, viabilità e nei servizi collegati.

una migliore agibilità del contratto di categoria, anche mediante una “semplificazione e revisione della sua scrittura”.

Interessante risulta anche il rinnovo del Ccnl per le imprese esercenti servizi di telecomunicazione del 1 febbraio 2013, ove ribadendosi la scelta per un modello partecipativo di relazioni sindacali si richiama a tutto tondo l’A.I. del 28 giugno 2011, le cui premesse si intendono recepite nello stesso Ccnl; in particolare, per quanto attiene la contrattazione aziendale, viene modificata la norma relativa nel senso di un sempre maggiore coinvolgimento economico dei lavoratori mediante appunto la contrattazione aziendale, individuandosi espressamente i soggetti contrattuali, prevedendosi la durata (triennale) degli accordi aziendali medesimi (ciò che l’A.I. in effetti delegava ai Ccnl), e applicando lo stesso A.I. per quanto riguarda l’efficacia generale degli accordi collettivi aziendali se approvati dalla maggioranza dei componenti delle Rsu, prevedendosi altresì la stipulazione di clausole di esigibilità di cui all’A.I. citato, efficaci per le parti ma non, ovviamente, per i lavoratori (v. *supra*, sul caso Fiat e soprattutto le clausole specifiche dell’A.I. del 2012). Infine è data piena attuazione al già richiamato articolo 7 dell’A.I. del 28 giugno 2011, ovvero ai contratti in deroga.

Se dunque tutto ciò è vero, ed evidente, nei citati dati normativi e contrattuali, quali considerazioni dobbiamo trarne?

Viene subito da pensare che forse non ha torto chi ha parlato, a proposito del più recente accordo, di limitatezza sostanziale<sup>27</sup>. Esso, cioè, arriverebbe da buon ultimo, e peraltro “separato”, in una dinamica, anche temporale, che ha visto intervenire anche il legislatore, e non solo con l’art. 8 d.l. 138/11, ma anche con il pregresso intervento sull’orario di lavoro (d.lgs. 66/03). Ripetiamo inoltre, perché lo si è anticipato, che abbiamo seri dubbi che la strada oramai intrapresa da anni, della defiscalizzazione e decontribuzione della retribuzione variabile, o di produttività, possa essere quella maestra, o meglio l’unica perseguibile<sup>28</sup>. E tuttavia essa è pienamente ripresa nell’Accordo da

<sup>27</sup> RAUSEI, *Alla ricerca della produttività perduta fra le pieghe di un sistema di relazioni di lavoro senza bussola*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 26 novembre 2012, che parla di “accordicchio”, nuovamente separato.

<sup>28</sup> L’art. 26 del d.l. 6 luglio 2011 n. 98 convertito in l. 15 luglio 2011 n. 111, in materia di detassazione della produttività, ha previsto che le somme devono essere collegate ad accordi siglati dalle oo.ss. datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ivi comprese le intese aziendali sottoscritte ai sensi dell’accordo interconfederale 28/06/2011; da ultimo la l. 24 dicembre 2012 n. 228 ha previsto le risorse per il 2013, pari a 950



ultimo siglato, ove in più ci si riferisce ad una riforma strutturale *in fieri* del sistema fiscale, riducendosi la quota di prelievo su imprese e lavoro: sarà che siamo sempre in campagna elettorale, ma tale previsione non pare a noi particolarmente cogente. Mentre ben più significativo risulta il paragrafo 7, dedicato alla contrattazione collettiva per la produttività, ove però non si fa che confermare quanto già emerso nel giugno 2011, dimenticando quanto poi scritto nel successivo e già citato art. 8 d.l. 138/11. Una norma che, come visto sopra, apre ampie prospettive di sviluppo del sistema di contrattazione collettiva sulle quali le parti, “tutte” le parti, stanno facendo una sorta di sperimentazione a livello locale, dapprima interna e poi sui tavoli contrattuali, quasi sottotraccia.

E infine, va ricordato come anche a livello territoriale, significativamente in una Regione nota per efficienza ed efficacia nei settori pubblico e privato, si sia cercato di implementare l’A.I. nazionale sulla produttività, come nel caso dell’accordo stipulato, *anche* dalla Cgil, in Trentino il 5 dicembre 2012<sup>29</sup>.

milioni di euro, con l’ulteriore paradosso per il quale in determinati casi il lavoratore che non ha interesse a vedersi applicare la norma, perché sfavorevole, può rinunciare alla sua applicazione: cfr. MACCARONE e PIZZIN, in *Il Sole 24 Ore*, 24 gennaio 2013, p. 5.

<sup>29</sup> Le parti sociali intendono concretamente promuovere intese di produttività di secondo livello (territoriale o aziendale) in una prospettiva di sistema, tenuto conto che innovazione, qualità del lavoro, spirito imprenditoriale, welfare e valorizzazione dei talenti rappresentano un insieme organico di potenzialità del tessuto economico, in grado di rilanciarne la capacità di crescita sia dell’impresa, sia del sistema economico trentino. (...) La Provincia si impegna ad introdurre un’agevolazione IRAP a favore delle imprese, che sarà proposta nella forma della deduzione dalla base imponibile delle somme erogate ai lavoratori, correlate ad incrementi di produttività in attuazione degli accordi (...). Tali accordi dovranno indicare le voci del salario accessorio strettamente legate, negli specifici contesti produttivi, al raggiungimento degli obiettivi di produttività. (...). L’agevolazione provinciale sarà proposta senza limite di reddito dei lavoratori beneficiari e consentirà la deduzione della retribuzione di produttività nel limite massimo di 5.000 euro annui per dipendente. La disciplina sarà fissata con specifico provvedimento della Giunta Provinciale, previo confronto con le parti sociali. Le risorse stanziare dalla Provincia per l’agevolazione IRAP a favore della produttività aziendale sono pari a 12 milioni di euro all’anno per il periodo 2013-2015. Resta inteso che, qualora il Governo nazionale disponga nuove e/o maggiori deduzioni IRAP relative al costo del lavoro, tali agevolazioni dovranno essere riassorbite nell’ammontare della deduzione prevista dalla presente intesa.

8. *Oltre la transitorietà e la mera retribuzione: i decreti e gli Accordi del 24 aprile e del 31 maggio 2013*

Vanno infine menzionati da un lato i decreti con i quali si è permesso il funzionamento del meccanismo di decontribuzione e defiscalizzazione degli istituti retributivi legati all'andamento economico dell'impresa<sup>30</sup>; pare infatti a noi che in fondo l'insistenza delle parti sociali su questi temi, lungi dal costituire una sorta di fuga in avanti per favorire forme di collaborazione tra lavoratori e imprese<sup>31</sup>, sia stata sino ad oggi ingenerata principalmente dalle possibilità fornite, per il loro tramite, di decontribuire e detassare parte del salario, tentandosi di affrontare l'annoso problema del "cuneo fiscale" con uno strumento a nostro avviso improprio, e che invece potrebbe essere più e meglio speso con riguardo alla creazione di un clima maggiormente partecipativo nelle relazioni industriali delle imprese italiane.

Dall'altro lato, con due Accordi interconfederali tra le medesime parti, si è data esecuzione, mediante la predisposizione di un modello di accordo quadro territoriale, al citato provvedimento in tema di agevolazione fiscale della retribuzione di produttività (24 aprile); e si è poi intervenuti (ancora!) sulle regole in tema di rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei contratti collettivi nazionali di lavoro. In particolare si è insistito sul punto della certificazione della rappresentatività e dei suoi criteri, richiamandosi in più parti quanto già disposto nell'Accordo interconfederale del giugno 2011. Ma si tratta di un contributo negoziale che necessita di tempo per apprezzarne il rilievo e soprattutto, come già è stato rilevato<sup>32</sup>, appare *prima facie* scarsamente rispondente alle esigenze del sistema di relazioni industriali italiano.

<sup>30</sup> E precisamente il decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 79/2013, "determinazione, per l'anno 2012, della misura massima percentuale della retribuzione di secondo livello oggetto dello sgravio contributivo previsto dall'art. 1, commi 67 e 68, della legge 24 dicembre 2007 n. 247", in Gu n. 79 del 4 aprile 2013; e il d.p.c.m. del 22 gennaio 2013 con il quale si disciplinano le misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro nel 2013, in Gu n. 75 del 22 gennaio 2013.

<sup>31</sup> Sia permesso il rinvio a ZILIO GRANDI, *La partecipazione ai risultati economici nella recente contrattazione collettiva*, Intervento al Convegno su *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Venezia, 14 giugno 2013.

<sup>32</sup> ZILIO GRANDI, *La partecipazione dei*, cit.

### **Abstract**

Il saggio si occupa della più recente evoluzione, in termini di provvedimenti legislativi e di Accordi interconfederali e Contratti collettivi nazionali in materia di retribuzione di produttività, parte del più ampio dilemma della tendenziale aziendalizzazione del sistema sindacale e contrattuale e di una possibile svolta in senso partecipativo dello stesso. Analizza altresì gli effetti delle norme introdotte in termini di relazioni industriali con particolare riferimento alla centrale questione della rappresentanza sindacale, sia sul versante dei lavoratori che delle imprese.

The essay concerns the legislative rules and collective bargaining (inter-confederal and national collective agreements) latest developments on merit pay systems linked to the companies efficiency, as part of the broader problem of trade unions and collective bargaining system decentralization and of a possible trend to a more participatory industrial relation system. It also analyzes the effects of the rules introduced in terms of industrial relations, with particular reference to the central question of trade union representation, both on the side of workers and businesses.

## Antonello Zoppoli

### Il declino dell'inderogabilità\*

**Sommario:** **1.1.** Impostazione e ambito dell'indagine: i più recenti interventi normativi sull'inderogabilità, *fondamento problematico* del diritto del lavoro. **2.1.** Inderogabilità e contesti ordinamentali: lavoro e cittadinanza nell'assetto costituzionale. **3.1.** Inderogabilità *vs.* flessibilità: le soluzioni (in sostanziale continuità) degli scorsi decenni. **4.1.** Le nuove soluzioni del secondo millennio: la mai sorta "derogabilità assistita". **4.2.1.** La riforma dell'arbitrato tra ambiguità normative e dubbi di legittimità costituzionale: l'equità e l'ineludibile limite della norma inderogabile: a) lo sfondo generale. **4.2.2.** b) ... nella l. 183/10. **4.2.3.** L'improprio richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ. **4.3.1.** Il potere derogatorio del contratto collettivo "di prossimità": le ragioni del legislatore. **4.3.2.** Legge e contratto collettivo nel disegno costituzionale. **4.3.3.** I (troppi) torti del legislatore. **5.1.** Inderogabilità bilaterale e sistema sindacale. **6.1.** Inderogabilità bilaterale e processo di "privatizzazione" del lavoro pubblico. **7.1.** Costituzione, nderogabilità e percorsi di definizione delle tutele.

*I.1. Impostazione e ambito dell'indagine: i più recenti interventi normativi sull'inderogabilità, fondamento problematico del diritto del lavoro*

L'attenzione sull'inderogabilità nel diritto del lavoro è alta ormai già da tempo. Alcuni eventi degli ultimi anni e i conseguenti sviluppi giuridici – primi fra tutti il caso Fiat e l'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138<sup>1</sup> – possono rafforzare l'idea di un indebolimento di questa chiave di volta del diritto del lavoro.

Al tema sono state dedicate le Giornate di studio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale del 2008<sup>2</sup>, aperte dalla relazione di Carlo Cester, eloquentemente intitolata "La norma inderogabile:

\* Una versione ridotta del saggio si può leggere in ROMEI, CORAZZA (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, in corso di pubblicazione.

<sup>1</sup> Conv. in l. 14 settembre 2011 n. 148.

<sup>2</sup> Giornate di studio svoltesi a Modena il 18 e 19 aprile, sul tema "Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti".

fondamento e problema del diritto del lavoro”<sup>3</sup>. L’accento sulla dicotomia – fondamento/problema –, senz’altro feconda, dà bene il senso di una riflessione centrale al cospetto dell’accentuarsi e ampliarsi dei profondi e generali mutamenti in atto. Due concetti essenziali, incisivamente adoperati per sottolineare, il primo (nella sua tradizionale accezione “unilaterale”), l’imprescindibile e imperativa tutela, di carattere costituzionale, a favore di chi “impegna nel rapporto la sua stessa persona”; il secondo, la possibilità di una classica eterogenesi dei fini determinata dalla “intensità” e dalla “estensione” assunte da quella tutela a fronte delle odierne “esigenze dell’economia”, con conseguenti non marginali antinomie nel sistema<sup>4</sup>.

I due concetti tuttavia – come si vedrà – possono leggersi, ancor prima, secondo una relazione parzialmente diversa e più stretta: non dicotomica, bensì convergente, sino a essere uniti sostanzialmente in un’identica prospettiva. L’inderogabilità si presta cioè a essere considerata in primo luogo come *fondamento problematico* del diritto del lavoro<sup>5</sup>. Nel senso che nel nostro ordinamento l’inderogabilità, se appare caratteristica *ineludibile* della materia in ragione dei valori fondamentali implicati – sinteticamente riconducibili alla “persona” del lavoratore alle dipendenze altrui –, risulta, nella sua effettiva dimensione, (oltre che, secondo una più abituale impostazione, storicamente variabile) *intrinsecamente dinamica*: in quanto soggetta a equilibri mobili e delicati in virtù della stretta interrelazione tra gli interessi in gioco, in una società complessa come quella cui ha guardato il Costituente di numero crescente e sempre più articolati e variabili.

In tale prospettiva, di carattere strutturale, la palese necessità di delimitare l’ambito dell’indagine non dovrebbe precludere la possibilità di ragionare proficuamente sull’interrogativo che ci occupa. L’inderogabilità rimanda a una molteplicità di distinti piani di analisi, di vario genere e ciascuno di specifico rilievo: dal rapporto diritto/mercato alla relazione politica/sindacato; dalla dimensione sovranazionale degli ordinamenti agli equilibri istituzionali

<sup>3</sup> Relazione pubblicata in *DLRI*, 2008, p. 341. L’altra relazione, dal titolo “Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno”, è stata tenuta da PATRIZIA TULLINI, ed è anch’essa pubblicata in *DLRI*, 2008 (p. 425).

<sup>4</sup> CESTER, *op. cit.*, p. 342.

<sup>5</sup> In ragione dell’impostazione data all’analisi, per norma inderogabile s’intenderà la norma che s’impone all’autonomia contrattuale, senza ulteriori distinzioni. In questa accezione, l’inderogabilità riguarderà anche la norma del contratto collettivo, ove ad essa riferibile, in relazione all’autonomia individuale.

interni; dalle tecniche normative al ruolo dell'interprete; dal sistema delle fonti all'assetto norma/diritti; dai presupposti e dalla configurazione della subordinazione (o se si vuole del lavoro economicamente dipendente) ai modelli e contenuti della tutela. E si potrebbe continuare. Le pagine che seguono guardano alle più recenti novità normative concernenti direttamente le sorti dell'inderogabilità. Di conseguenza, alcuni dei menzionati piani saranno considerati, esplicitamente o implicitamente, in quanto passaggi logici dell'analisi; altri, di rilievo riflesso e peraltro dagli esiti allo stato invero piuttosto incerti, saranno invece tenuti da canto<sup>6</sup>. Così procedendo, si potrebbe forse correre il rischio di trascurare il lavoro "silenzioso e quasi sotterraneo" della pluralità dei fattori suscettibili di interessare l'inderogabilità<sup>7</sup>. Ma – a parte la necessità di dedicare a ciascuno di essi una specifica analisi per valutarne l'effettivo peso ed evitare risposte affrettate e approssimative – l'attenzione sulle caratteristiche strutturali dell'inderogabilità dovrebbe consentire una soddisfacente visuale dello stato dell'arte, al riparo dal suddetto rischio, spingendo a rinvenire, nelle sorti della stessa nderogabilità, più una "cifra di comprensione che di crisi del diritto del lavoro"<sup>8</sup>; ovvero dovrebbe agevolare la riflessione sul senso e sul modo di essere del diritto del lavoro, oggi: caratteristiche, l'una e l'altra, che misurano la capacità, di questa branca dell'ordinamento, di interpretare l'evoluzione dei tempi in relazione all'ambito con cui di volta in volta entra in contatto.

<sup>6</sup> Come, ad esempio, il rapporto tra ordinamenti nazionali e ordinamenti sovranazionali o i recenti mutamenti dei contenuti delle tutele, soprattutto contro i licenziamenti, introdotti dalla l. 28 giugno 2012 n. 92. In tale ottica non sarà oggetto di specifica indagine neanche la relazione nderogabilità/identità individuale del lavoratore: un tema al centro del dibattito qualche tempo fa, oggi di sicuro non privo di interesse, ma in qualche misura in secondo piano a causa dell'incedere degli eventi, che rendono ben ferma, "se non addirittura più accentuata che in passato", la debolezza del lavoratore, primo ostacolo per quella identità (la citazione è tratta da SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-118/2011*, p. 10).

<sup>7</sup> CESTER, *op. cit.*, p. 411.

<sup>8</sup> OCCHINO, *La norma nderogabile nel diritto del lavoro*, in *RGL*, II, p. 185.

### 2.1. *Inderogabilità e contesti ordinamentali: lavoro e cittadinanza nell'assetto costituzionale*

Per capire se e in che termini siamo dinanzi a una trasformazione nel tempo, a un *declino* dell'inderogabilità nel diritto del lavoro, occorre cominciare a ragionare in una prospettiva diacronica.

La norma inderogabile, si sa, segna origine e sviluppi del diritto del lavoro, negli anni estendendosi e mutando di significato: dalla matrice di mero ordine pubblico dei primi interventi protettivi della cd. legislazione sociale “esterni” al contratto all'afflato solidarista di quei pionieristici orientamenti dei probiviri restii ad arrendersi all'efficacia obbligatoria delle pattuizioni collettive propria del diritto privato; dall'impronta liberale della legge del '24, con l'inderogabilità a sostegno del soggetto debole in una stretta logica contrattuale-individualistica, alla espressa inderogabilità del contratto collettivo corporativo, insita nella sua natura di fonte del diritto a garanzia anzitutto dell'uniformità dei trattamenti normativi minimali; per giungere, poi, alla prima ibrida fase post-costituzionale, con la funzione integrativo/migliorativa del contratto collettivo cd. di diritto comune rispetto al precetto legale, intangibile *in peius* tanto a livello individuale quanto collettivo, coerentemente alla ricostruzione privatistica del fenomeno sindacale. In breve, si può tranquillamente dire che l'inderogabilità sia stata una costante della legislazione lavoristica e che il suo *sensu* – ovvero la funzione socio-economica e l'effettiva portata – sia strettamente legato al contesto ordinamentale di riferimento.

L'evoluzione del diritto del lavoro post-costituzionale, culminata nello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300), conferma il ruolo centrale dell'inderogabilità “unilaterale”, a protezione del lavoratore. Da tale punto di vista vi è “naturale” continuità con il passato: la tecnica dell'inderogabilità “accoglie” il corso del tutto nuovo del diritto del lavoro del secondo più maturo periodo post-costituzionale, alla stregua di a-storico contenitore giuridico. Tuttavia, da un'altra più significativa angolazione, si verifica una netta rottura, giacché in quel periodo il quadro generale muta; e il carattere a-storico dell'inderogabilità rivelerà anche forzature, facendo velo a discontinuità rilevanti del nuovo contesto ordinamentale, come avremo modo di vedere.

Da rimarcare è anzitutto la biunivoca corrispondenza tra tecnica dell'inderogabilità e rafforzamento della tutela del lavoro subordinato, che prende piede negli anni '60, fase di espansione socio-economica e di deciso irrobustimento dello Stato sociale. In questo sviluppo, l'inderogabilità assume

via via un'inedita fisionomia, specularmente al mutamento della *ratio* della legislazione lavoristica, ispirata, ora, finalmente dalla Carta costituzionale. Lo Statuto dei lavoratori appare l'apice di un sostanziale percorso di crescita della legislazione di tutela, che risulterà, tutta, “tendenzialmente inderogabile”<sup>9</sup>: il processo riflette il carattere sociale della nostra Costituzione e il concetto moderno di cittadinanza ad essa sotteso, sin dalle sue prime norme (artt. 1-4). Segnatamente, attraverso i diritti sociali, che hanno “la loro fonte nel principio di eguaglianza”<sup>10</sup>, il Costituente si propone di assicurare anche a chi lavora in condizione di subordinazione la duplice fondamentale valenza, individuale (essenziale momento di espressione della persona) e interrelazionale (cardine di funzionamento della società), riconosciuta in generale al lavoro, su cui la nostra *Repubblica democratica* è fondata: al fine di mettere il lavoratore subordinato realmente “in grado di integrarsi come persona nella società e, quindi, di attivarsi come cittadino”<sup>11</sup>. Non a caso, proprio nel principio di eguaglianza si è individuato “il fondamento costituzionale del moderno diritto del lavoro”<sup>12</sup>, definito la “primaria fonte di legittimazione dei diritti sociali di cittadinanza”<sup>13</sup>, o meglio, dell'identificazione della “cittadinanza contemporanea”<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p. 48.

<sup>10</sup> MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *ED*, XII, 1964, p. 805.

<sup>11</sup> NOGLER, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica “fondata sul lavoro”?*, in *LD*, 2009, p. 437; da ultimo, sul tema, cfr. GALLI, *Sinistra. Per il lavoro, per la democrazia*, Mondadori, 2013, p. 143; ZAGREBELSKY, *Lectio magistralis, La Repubblica delle idee, Fondata sul lavoro*, Teatro Carignano, Torino, 2 febbraio 2013, in [www.repubblica.it/speciali/repubblicadelleidee/anteprematorino2013](http://www.repubblica.it/speciali/repubblicadelleidee/anteprematorino2013); RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, sp. pp. 159 ss. Del lavoro, inteso come “*labor, work and action*” – secondo la tripartizione arendtiana delle forme di attività dell'uomo nel mondo (ARENDT, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, 1958, p. 7, trad. it. *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, 1994) – LUCIANI M. (*Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *ADL*, 2009, p. 637) sottolinea la centralità antropologica, etica ed economica nell'impianto costituzionale.

<sup>12</sup> Cfr. RUSCIANO, *Sistema politico e ruolo del sindacato*, in *DD*, 2006, p. 199.

<sup>13</sup> ROMAGNOLI, *Ed è subito ieri*, in VOZA (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, 2008, p. 189.

<sup>14</sup> JEAMMAUD, *Lavoro: le parole del diritto, i valori e le rappresentazioni*, in TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, 2009, p. 51. Gli scenari dinanzi a noi da anni, contraddistinti in particolare da alti e costanti tassi di disoccupazione, potrebbero rendere astratto quanto osservato. Viene da pensare, in proposito, a chi, più in generale, ha emblematicamente ritratto la progressiva riduzione di valore del lavoro come la “malattia dell'occidente” (PANARA, *La malattia dell'occidente*, Laterza, 2010). Ma, in realtà, a mutare rispetto a qualche decennio fa – quando centrali erano l'industria e l'operaio – sono state “un'ideologia e un'etica del Lavoro”



In sintesi, ritornando a una classica lettura di tipo teleologico<sup>15</sup>, ancora di recente ripresa<sup>16</sup>, l'originaria istanza di protezione del contraente debole si sublima, secondo il progetto del Costituente, nella tutela di valori fondanti il nostro ordinamento, determinando una "sovrapposizione" o, più precisamente, una "identificazione" tra la prima (di carattere soggettivo) e la seconda (di carattere oggettivo), con un rafforzamento del profilo superindividuale-generale; in coerenza, d'altronde, con quanto emerge dal quadro sovranazionale e comparato, dove – pur secondo storia e caratteristiche di ciascun ordinamento – "la tutela del contraente debole è impostata come questione di rilevanza pubblica"<sup>17</sup>. E nella generale, tendenziale inderogabilità<sup>18</sup> – dalla peculiare connotazione assiologica – il diritto del lavoro suggella la sua differenza rispetto al diritto comune dei privati, anche quando quest'ultimo mostra sensibilità verso la debolezza del contraente, come nell'ipotesi assai attuale di nullità "di protezione" diretta a tutelare il cittadino nelle vesti occasionali di consumatore. L'essere "connaturale" alla materia rende inoltre l'inderogabilità estranea, in radice, a ridefinizioni interpretative, pure proposte in generale, come l'indivi-

(ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, il Mulino, 1997, p. 74) (con la "L" maiuscola), che hanno perso l'"egemonia politica e culturale" nei processi sociali (ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 189), ma non il descritto significato, individuale e interrelazionale, del lavoro; sono sufficienti a dimostrarlo già solo i drammatici costi economico-sociali della disoccupazione, come del precariato, e l'enorme attenzione a essi dedicata dall'opinione pubblica (al riguardo, da ultimo, cfr. DIAMANTI, *Insicuri, precari, spaventati: 4 italiani su 10 ora sognano il posto fisso*, in *La Repubblica delle idee. Anteprima. Fondata sul lavoro*, Torino 2-3 febbraio 2013, in [www.repubblica.it/speciali/repubblica-delle-idee/anteprima-torino2013](http://www.repubblica.it/speciali/repubblica-delle-idee/anteprima-torino2013)). Come dire: difficile non condividere l'inclusione dell'art. 1 in quella parte della Costituzione che, ancora oggi, esprime "tutta la sua vitalità" (SCOGNAMIGLIO, *Lavoro. Disciplina costituzionale*, in *EGT*, agg., XVII, 2008, p. 2).

<sup>15</sup> DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pp. 28-47.

<sup>16</sup> CESTER, *op. cit.*, pp. 348-349, che al contempo sottolinea, come ulteriore fondamento dell'inderogabilità, l'esigenza di uniformità di disciplina in relazione, per un verso, all'"indivisibilità" di talune situazioni, per altro verso alle "regole della concorrenza": dell'opportuna osservazione merita qui di essere rimarcato come le istanze sottese alla prima come alle seconde – palesemente differenti rispetto alla prospettiva teleologica, benché con essa destinate a incrociarsi – si riflettano, inevitabilmente, su logica ed estensione del conseguente intervento normativo.

<sup>17</sup> SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. INT-44/2011*, p. 3.

<sup>18</sup> L'inderogabilità della norma di legge o di contratto collettivo a tutela del prestatore di lavoro – scrive PERA (*Le rinunce e le transazioni del lavoratore. Art. 2113*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 1990, p. 19) – sussiste "salvo rigorosa prova del contrario".

duazione della natura imperativa della norma in base alle “conseguenze giuridiche previste dalla legge” di volta in volta per la sua violazione<sup>19</sup>.

Venendo al presente, e anticipando in parte gli approdi delle successive pagine, a me pare che i cambiamenti del quadro normativo degli ultimi decenni non abbiano sostanzialmente intaccato il nucleo della ricostruzione delineata. La tutela del lavoro subordinato, benché soggetta a riduzioni anche non marginali, non ha mutato la descritta fisionomia e ancora adesso poggia sulla pietra angolare dell'inderogabilità: solida nella sua impronta costituzionale, sì da risultare, alla fin fine, impermeabile agli “incauti”, ultimi interventi del legislatore, concernenti il suo rilievo paradigmatico (eloquente, come si vedrà, la riforma dell'arbitrato). Piuttosto, detti cambiamenti hanno messo in particolare evidenza la natura strutturalmente *dinamica* degli equilibri tra gli interessi in gioco così come configurati nel nostro ordinamento: che, in modo palese (sebbene nella concreta configurazione davvero debole), nel più rilevante dei recenti provvedimenti legislativi (l'art. 8 del d.l. 138/11) si è tradotta in una tecnica normativa esattamente speculare, ovvero di carattere compiutamente *dialogico*, incentrata sull'attribuzione, ai soggetti portatori degli stessi interessi coinvolti, *anche* del potere, assai esteso, di derogare alla norma di legge. Se la natura *problematica* dell'inderogabilità appare oggi più nitida, questa tecnica normativa non costituisce però una vera novità; anzi, ci riporta al dettato costituzionale, rivelando le forzature di quella sorta di concezione a-storica dell'inderogabilità di cui si diceva. L'attenzione, così, si concentra sui *percorsi di definizione* delle tutele. Ma procediamo con ordine, intrattenendoci ora, sia pure molto velocemente, sugli sviluppi che hanno condotto ai più recenti interventi normativi.

### 3.1. *Inderogabilità vs. flessibilità: le soluzioni (in sostanziale continuità) degli scorsi decenni*

L'impianto di tutele di cui può considerarsi simbolo lo Statuto dei lavoratori gode di un periodo di stabilità in effetti breve. La metà degli anni Settanta segna già l'inizio di un'inversione di rotta, in concomitanza con la

<sup>19</sup> ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in RGL, 2008, II, p. 172; sul tema v. anche NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, sp. p. 84 ss.

fine dell’“Età dell’oro”, secondo una nota definizione del trentennio post-bellico<sup>20</sup>: emblematicamente, nel 1973, anno della prima crisi petrolifera, si è individuato l’avvio di una *transizione storica*<sup>21</sup>, ancora oggi in pieno svolgimento.

Seguendo una diffusa periodizzazione, l’iniziale fase, denominata dell’“emergenza”, sfocia nella stagione della “flessibilità”, ben più lunga, che prende piede negli anni Ottanta e giunge ai giorni nostri. La flessibilità, espressione polivalente e ambigua, nel ricomprendere una generale riduzione del livello di tutela del lavoro subordinato – in relazione anche a esigenze di delegificazione della materia – si presta a individuare quei segmenti della legislazione lavoristica sovente considerati principali artefici del declino dell’inderogabilità. Segnatamente si fa riferimento: a) alla riduzione di tutele per alcuni profili della disciplina (come l’avviamento al lavoro, l’inquadramento, l’orario di lavoro, le esternalizzazioni); b) ai rinvii legislativi che hanno legittimato la contrattazione collettiva, oltre che a integrare, a derogare al precetto legale (in materia di: lavoro femminile, orario di lavoro, mutamento di mansioni, nozione di retribuzione ai fini del TFR, criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, trasferimento d’azienda, ecc.); c) al diffondersi di figure contrattuali diverse da quella classica, a tempo pieno e indeterminato (contratto a termine, part-time, contratti con finalità formative, somministrazione, lavoro intermittente, *job sharing*). Sviluppi sovente intrecciati<sup>22</sup>, che arrecano, nel tempo, lesioni non superficiali all’edificio messo a punto dal legislatore statutario. In particolare, la crescente articolazione delle figure contrattuali, ampliando lo spazio dell’autonomia individuale nella scelta del contratto – esteso al massimo negli interventi legislativi dei primi anni del Duemila che riducono il ruolo della contrattazione collettiva –, rimette alla stessa autonomia segmenti di tutela nient’affatto marginali nell’assetto negoziale.

In breve, l’ordinamento, negli ultimi quarant’anni circa, riceve sollecitazioni significative e non rimane inerte. Tuttavia, gli equilibri ad esso sottostanti fanno sì che le risposte, sino ai più recenti eventi, risultino in sostanziale continuità con il passato. Lo scenario infatti è pur sempre costituito da un

<sup>20</sup> HOBBSAWM, *Age of Extremes: The Short Twentieth Century, 1914-1991*, Michael Joseph, 1994; tr. it. *Il secolo breve 1914-1991*, Rizzoli, 2006, parte II.

<sup>21</sup> POMBENI, *Siamo di passaggio* (intervista di Fiori S.), in *la Repubblica*, 7 settembre 2012, p. 41.

<sup>22</sup> A questi sviluppi peraltro si affiancano interventi non marginali nel segno dell’inderogabilità, concernenti, ad esempio, la parità uomo-donna, i licenziamenti individuali e collettivi, il lavoro a progetto.

quadro legislativo altamente regolato, all'insegna dell'inderogabilità. Ciò vale sia per la riduzione di tutela di questo o quell'istituto, sia per i rinvii alla contrattazione collettiva, sia per l'incremento delle forme di impiego flessibile, in ogni caso inserite all'interno di un ben definito contesto normativo, anche quando la contrattazione collettiva fa un passo indietro.

Il dato parzialmente nuovo è invece un altro, e attiene alla tecnica normativa di determinazione delle tutele, insita negli stessi rinvii legislativi di cui si è appena detto: con i quali il legislatore apre alle parti sociali, rimettendo ad esse l'effettiva regolazione dei profili disciplina di volta in volta considerati, con l'attribuzione anche di poteri di deroga al precetto legale. La novità merita un minimo approfondimento.

La legislazione fondata sui rinvii produce un inedito avvicinamento tra legge e contratto collettivo. Assai eloquenti, oltre che intrisi di significati teorici, sono alcuni famosi passi della sentenza della Corte costituzionale del 23 ottobre 1996 n. 344, dove alla contrattazione in parola si ritengono attribuite "funzioni di produzione normativa con efficacia generale, configurandola come fonte del diritto extra ordinem destinata a soddisfare *esigenze ordinarie che avrebbero dovute essere adempiute dalla contrattazione collettiva prevista dall'inattuato art. 39, quarto comma, della Costituzione*", secondo un "modello [prosegue la Corte] giustificato quando si tratta di materie del rapporto di lavoro che esigono uniformità di disciplina in funzione di *interessi generali* connessi al mercato del lavoro (...)"<sup>23</sup>. Al di là del problematico inquadramento giuridico dell'atto, è significativo che buona parte della dottrina, sulla scia della Consulta, differenzi, dal classico contratto normativo di diritto comune, il contratto collettivo in questione, ritenendolo dotato di efficacia *erga omnes*, del resto coerente con la sua valenza integrativa/derogatoria del precetto legale. Per un siffatto modello non manca tuttavia una fondata insoddisfazione: vuoi perché esso, sostituendo al sistema delineato nella seconda

<sup>23</sup> Miei i corsivi, ovviamente. La Corte prosegue indicando, come esempi delle suddette "materie", "(...) il lavoro a tempo parziale (art. 5, terzo comma, del d.l. 30 ottobre 1994 n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984 n. 863), i contratti di solidarietà (art. 2 del decreto legge citato), la definizione di nuove ipotesi di assunzione a termine (art. 23 della legge 28 febbraio 1987 n. 56, sull'organizzazione del mercato del lavoro), ecc.". È il caso di precisare che il contratto collettivo risulta configurabile pur sempre come espressione di "autonomia", giacché il legislatore fa propria la soluzione autonomamente prodotta dalle parti sociali, evidentemente valutata "in piena sintonia" con l'interesse generale (GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, I, 2012, p. 217).

parte dell'art. 39 Cost. scarni rinvii legislativi, presenta un evidente *deficit* di legittimazione democratica dell'azione sindacale; vuoi perché l'esile struttura che lo sorregge non è adeguata alla sua rilevanza. Ma è proprio da questi punti di vista che il modello si presenta in continuità con il passato. Ora è infatti il legislatore a “sostenersi” sul cd. sistema sindacale *di fatto* che lo Statuto dei lavoratori in precedenza “aveva sostenuto”, chiedendo ad esso un apporto di tipo riflessivo, “neoistituzionale”, nella regolazione del lavoro subordinato<sup>24</sup>. La prospettiva è, in sostanza, pluriordinamentale: la stessa, appunto, sottesa allo Statuto. Sicché, l'ordinamento statale, coerentemente all'impostazione degli anni Sessanta, prende atto dei mutamenti socio-economici in corso, ma non fornisce una risposta *di sistema*, piuttosto rimette al dialogo *tra sistemi* questa o quella regola di disciplina del lavoro: confidando nell'ordinamento intersindacale, secondo un'impostazione “informale”<sup>25</sup> che trascura ancora una volta i problemi di regime del contratto collettivo, sebbene al contratto attribuisca anche efficacia generale nonché poteri derogatori rispetto alla legge, e che prevede soltanto minimi e (sovente pure incerti) elementi di comunicazione tra i due sistemi; elementi essenzialmente di carattere soggettivo, tarati, come in passato, sulla rappresentatività del sindacato, con formule peraltro via via giuridicamente più deboli (la rappresentatività comparata)<sup>26</sup>.

In definitiva, la persistente centralità della norma inderogabile, in un

<sup>24</sup> Cfr. MENGONI, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *RI*, 1988, p. 24; D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCD*, 1990, p. 212; da ultimo GHERA, *op. cit.*, p. 215.

<sup>25</sup> RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 175.

<sup>26</sup> Criterio, questo, che, nella particolare e nota versione di cui al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (dove il riferimento alle organizzazioni sindacali è preceduto dalla preposizione semplice “da”), esprimerà il tentativo di disegnare nuove relazioni sindacali, lasciandosi alle spalle il dialogo con il sistema sindacale “di fatto”, incentrato sulla partecipazione e sulla unità delle grandi confederazioni sindacali (intento che dà seguito a quanto, in materia, prefigurato nel “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia”, presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali nell'ottobre 2001, all'inizio della XIV legislatura). Ma si tratterà di un elemento di per sé non incisivo e per di più inserito all'interno di una disciplina non priva di contraddizioni (al riguardo cfr., per tutti, BELLARDI, *Concertazione, dialogo sociale, contrattazione e rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, 182-190; EAD., *Contratti di lavoro “flessibili”, contrattazione collettiva e relazioni industriali: a proposito di ri-regolazione del mercato del lavoro*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, p. 34 e, da ultimo, LECCESI *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479).

quadro normativo contraddistinto pur sempre da un alto tasso di regolazione, e il ruolo da protagonista assegnato a un determinato sindacato, perno storico del nostro sistema di relazioni sindacali in ragione della sua rappresentatività, fanno sì, alla fin dei conti, che le novità legislative dell'ultimo quarto del secolo scorso *non determinino sostanziali soluzioni di continuità nello sviluppo del diritto del lavoro.*

#### 4.1. *Le nuove soluzioni del secondo millennio: la mai sorta "derogabilità assistita"*

Nel primo decennio del nuovo millennio il quadro assume una nuova fisionomia.

Senza indugiare su cambiamenti fin troppo conosciuti, se il secolo scorso si chiude all'insegna dell'economia di mercato, i primi anni Duemila procedono spediti, in estrema sintesi, verso l'esplosione del predominio della finanza sulla produzione reale, in uno scenario sempre più globalizzato. La crisi del 2007 chiuderà la fase emblematicamente definita della "grande sbornia"<sup>27</sup> e aprirà un lustro assai difficile su scala mondiale, tale da rievocare gli eventi del '29. Il nostro Paese ne risente particolarmente, scontando anzitutto un già insostenibile debito pubblico e la carenza di politiche industriali: oggi le istituzioni dell'Unione europea orientano l'agenda politico-economica, guardando essenzialmente al contenimento della spesa pubblica e al risanamento dei bilanci dei singoli Stati. Il tutto sotto la minacciosa presenza dei "mercati finanziari", persistente a dispetto delle responsabilità degli stessi mercati per la crisi in atto e il cui peso è direttamente proporzionale al *vulnus* procurato ai circuiti istituzionali della rappresentanza politica, certo indeboliti dalle difficoltà incontrate, su questo piano, dal progetto di unificazione europea<sup>28</sup>.

Lo scenario rimette in discussione il rapporto Stato-mercato, la relazione diritto-economia.

Frattanto, è cresciuta a dismisura l'area del lavoro flessibile, nel contesto generale sempre più sbilanciato verso la precarietà, secondo una (tanto nota quanto comprensibilmente discussa) corrente di pensiero esito soprattutto del-

<sup>27</sup> RUFFOLO, SYLOS LABINI, *Il film della crisi. La mutazione del capitalismo*, Einaudi, 2012, p. 17.

<sup>28</sup> Da ultimo, su tali vicende, v. AMATO, FORQUET, *Lezioni dalla crisi*, Laterza, 2013.

l'ingiusta e controproducente contrapposizione tra *insiders* e *outsiders*<sup>29</sup>. Allo stesso tempo, nell'insieme degli eventi che accompagnano il nuovo corso, si iscrive un deciso cambiamento delle relazioni sindacali: non più incentrate sulla tendenziale storica unità delle grandi confederazioni – cardine teorico e pratico di un assetto eloquentemente configurato come ordinamento a sé stante<sup>30</sup> – bensì contraddistinta da un decennio improntato alla “separatezza”.

Dunque, il pensiero torna a quanto autorevolmente scritto a metà degli anni Novanta, secondo cui “il diritto del lavoro deve riprogettarsi sia come strumento protettivo dei soggetti più deboli sia come strumento di convergenza e integrazione delle due dimensioni – l'economico e il sociale – tra le quali ha sempre oscillato (...)”<sup>31</sup>. Le ragioni della dimensione economica ora, però, spingono forte. Ciò nonostante, occorre fare i conti con il binomio lavoro-cittadinanza, nella consapevolezza che questo binomio può essere intaccato solo “sgretolando i principi fondanti dello Stato democratico-costituzionale”<sup>32</sup>.

Siamo così giunti ai più recenti sviluppi normativi.

Anzitutto una premessa. Non saranno considerati i pure importanti accordi tra le parti sociali concernenti la struttura della contrattazione collettiva, ovvero l'accordo quadro del 22 gennaio 2009, l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e il recentissimo accordo “sulla produttività” del 21 novembre 2012. Testi diversi tra loro sotto vari profili, tutti, però, contraddistinti, in varia misura e con differenti modalità, da rilevanti aperture del livello nazionale a quello decentrato, con l'attribuzione anche di poteri derogatori, secondo d'altro canto una più generale e ormai nota tendenza in atto in altri paesi europei. Tuttavia, detta attribuzione, oltre a riguardare dinamiche interne all'autonomia collettiva, costituisce una novità solo “nell'ambito delle regole scritte dell'ordinamento intersindacale”<sup>33</sup>, perché da tempo, nell'ordinamento statale, in dottrina come in giurisprudenza, è pacifico che il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello non segue un criterio gerarchico. Peraltro i tre accordi inseriscono le eventuali deroghe in una cornice comunque nazionale. Piuttosto, pure a tal riguardo l'aspetto da segnalare

<sup>29</sup> Cfr., per tutti, ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, p. 13 ss.

<sup>30</sup> GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

<sup>31</sup> ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, 1995, p. 196.

<sup>32</sup> ROMAGNOLI, *Ed è subito ieri*, cit., p. 189; sul tema, da ultimo, v. GALLI, *op. cit.*; ZAGREBELSKY, *op. cit.*

<sup>33</sup> LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno e sull'articolo 8 della l. n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 459.

deriva dal carattere “separato” degli accordi del 2009 e del 2012, non sottoscritti dalla Cgil. Cifra questa – come ben si sa – anche della vicenda Fiat, che ha condotto al già citato art. 8 del d.l. 138/11, su cui invece ci si intratterrà ampiamente in seguito.

La prima novità di cui occuparsi, sebbene molto brevemente e in negativo (cioè per escluderla), è la cd. derogabilità assistita, che pone in primo piano l'autonomia individuale, legittimata a rivedere la norma inderogabile nelle sedi e con l'assistenza indicate dal legislatore. Nonostante di effettiva novità non si tratti, è opportuno tornarvi su: sia perché alcuni dati normativi dell'ultimo decennio hanno attirato l'attenzione della dottrina, sia perché la vicenda può considerarsi un primo segnale di un certa tecnica legislativa con cui ci si ritroverà più volte a fare i conti.

I dati normativi cui si fa riferimento sono anzitutto gli artt. 78 e 81 del d.lgs. 276/03. In particolare, secondo una tesi proposta all'indomani dell'intervento legislativo<sup>34</sup>, entrambi gli articoli deporrebbero per l'attribuzione, alle commissioni di certificazione, di funzioni di assistenza per la stipula di patti individuali in deroga a norme imperative. In questi termini, la presunta novità avrebbe segnato sostanzialmente l'approdo di un dibattito cominciato agli inizi degli anni Novanta – sulla scorta dell'esperienza dei contratti agrari e delle locazioni urbane –, che pure aveva avuto passaggi interessanti, come quelli relativi alla distinzione tra inderogabilità assoluta e relativa o alla tecnica di raccordo tra contratto collettivo e contratto individuale definita “a scelta multipla”. Ma la tesi è rimasta isolata. Non è il caso di riprendere i termini di un dibattito ormai sopito; ci si può limitare a tre osservazioni. Le prime due, di carattere generale, attengono alla logica stessa della c.d. derogabilità assistita, assai poco convincente. Facendo leva sul piano dell'autonomia del singolo, questa tecnica intacca sensibilmente il rilievo sopraindividuale/generale della norma lavoristica<sup>35</sup>. E su tale piano, inevitabilmente, risulta debole, giacché il problema del lavoratore dipendente non è tanto l'effettiva volontà o la carenza informativa al momento della stipula del contratto, quanto la condizione durante lo svolgimento del rapporto “giorno per

<sup>34</sup> V. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, pp. 285-286.

<sup>35</sup> Cfr. per tutti GAROFALO M.G., *Contratti di lavoro e certificazione*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, p. 581; GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in RIDL, I, 2005, p. 103.



giorno”; opportunamente si è osservato che il “modello della volontà assistita ha un senso solo ove si ritenga superato il presupposto sociologico del lavoratore contraente debole”<sup>36</sup>, altrimenti si ha soltanto la certezza che il lavoratore *effettivamente* decide, come dire, di farsi del male da sé, consapevolmente. La terza osservazione attiene all’argomento che ha in sostanza compattato la dottrina: la quale, dinanzi a dati normativi non testuali e circoscritti, se non altro ambigui, ha convincentemente escluso la sussistenza della derogabilità, che avrebbe comportato, in virtù dello spazio aperto all’autonomia individuale, una vera e propria “rottura” con il sistema<sup>37</sup>.

Invero, di recente la tematica è tornata di attualità, in seguito ai commi 2 e 3 dell’art. 30, della l. 4 novembre 2010, n. 183, provvedimento denso tanto di novità quanto di dubbi e incertezze<sup>38</sup>. Ma, anche in relazione ad esso, non vi sono da spendere troppe parole. In base a quella che pure è stata considerata la “norma più esplicita” (art. 30, co. 3)<sup>39</sup>, nel contratto le parti sono legittimate soltanto a indicare “tipizzazioni” delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo: il precetto inderogabile, quindi, continua a delimitare l’autonomia negoziale; e di queste tipizzazioni, per di più, il giudice semplicemente “tiene conto”<sup>40</sup>. Circa poi l’art. 30, co. 2, secondo cui “nell’inter-

<sup>36</sup> NOVELLA, *op. cit.*, p. 417.

<sup>37</sup> Sul punto cfr. BASENGHI, *Le rinunce e le transazioni*, in MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Diritti e obblighi*, II, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Cedam, 2012, p. 1976; FONTANA, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010, p. 81; CESTER, *op. cit.*, p. 386; TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 443; VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007, p. 195; GAROFALO M. G., *op. cit.*, p. 581; RUSCIANO, *La certificazione dei contratti di lavoro fra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, in MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, il Mulino, 2006, p. 148 ss.; BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *W.P.C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.IT-16/2004*, p. 3 ss. Per quanto concerne il dibattito sull’argomento in relazione all’originaria formulazione dell’art. 68 sempre del d.lgs. 276/03, poi modificato dall’art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2004 n. 251, in materia di lavoro a progetto, v., per tutti, VOZA, *op. cit.*, p. 198.

<sup>38</sup> Alcuni riconducono nell’ambito della derogabilità assistita anche la riforma dell’arbitrato, che però ha indubbe proprie caratteristiche, a cominciare dal ruolo dell’arbitro rispetto a entrambe le parti contrattuali, oltre che una specifica disciplina: se ne tratterà, perciò, in seguito.

<sup>39</sup> ZOPPOLI L. *Certificazione dei Contratti di Lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT - 102/2010*, p. 19.

<sup>40</sup> Al riguardo cfr., per tutti, TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010. Commentario alla L. n. 183/2010*, Ipsos, 2011, p. 173.

pretazione (...) delle clausole (del contratto individuale) il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione”, è sufficiente rilevare che anche uno dei più convinti sostenitori dell’istituto ha ritenuto “priva di qualsiasi utilità la disposizione”, concernente solo l’“accertamento del voluto”, senza alcuna incidenza sulla disciplina inderogabile<sup>41</sup>.

Va inoltre ricordato che la l. 183/10 espressamente prevede la possibilità, presso ogni sede di certificazione, di esperire il tentativo di conciliazione di cui all’art. 410 del cod. proc. civ.<sup>42</sup>. Questa proliferazione degli organismi di conciliazione – si è osservato<sup>43</sup>, sulla scia di precedenti più generali timori<sup>44</sup> – “snatura la funzione originaria dell’istituto con l’attribuzione (...) a soggetti non del tutto collaudati e affidabili” di competenze delicate, ossia l’“assistenza” ai fini della validità e inoppugnabilità della conciliazione *ex art. 2113*, co. 4., cod. civ. La questione, benché attinente alla (in)disponibilità del diritto e non alla inderogabilità del precetto<sup>45</sup>, merita di essere rammentata perché, nell’equilibrio della norma codicistica, se la sede “assistita” non è realmente tale, la “riappropriazione” del potere dispositivo da parte del lavoratore, prevista dal suddetto co. 4, risulta irragionevole, con un sostanziale aggiramento di fatto della tutela intangibile.

<sup>41</sup> VALLEBONA, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, p. 902. Un’ipotesi di derogabilità assistita è abitualmente considerata la stipula di “un ulteriore successivo contratto a termine” oltre il tetto massimo dei trentasei mesi, prevista dall’art. 5, co. 4-*bis*, del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 (comma inserito dall’art. 1, co. 40, lett. “b”, della l. 24 dicembre 2007 n. 147, e successivamente modificato dall’art. 21, co. 2, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv., con modif., dalla l. 6 agosto 2008 n. 133): in effetti si tratta di una più recente ipotesi di “flessibilità negoziata” (ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *DRI*, 2007, p. 791), concernente cioè una classica figura di lavoro flessibile, che prevede comunque il necessario intervento dell’autonomia collettiva, a cui è rimessa la determinazione della durata dell’ulteriore contratto (in proposito, cfr., tra gli altri, FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, Giuffrè 2010, p. 290; VOZA, *La reiterazione assistita del contratto di lavoro a termine*, in *LG*, 2010, p. 221.).

<sup>42</sup> V. art. 31, co. 13.

<sup>43</sup> FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro: profili generali*, in CINELLI, FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Giappichelli, 2011, p. 50.

<sup>44</sup> Cfr. per tutti TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 474.

<sup>45</sup> Distinzione – come noto – fondamentale, che regge l’intero art. 2113 cod. civ. secondo un’opinione prevalsa nel tempo e sulla quale qui non è il caso di tornare.

4.2.1. *La riforma dell'arbitrato tra ambiguità normative e dubbi di legittimità costituzionale: l'equità e l'ineludibile limite della norma inderogabile: a) lo sfondo generale*

Più attenzione della derogabilità assistita richiede la recente riforma dell'arbitrato, parte decisamente rilevante della già più volte citata l. 183/10<sup>46</sup>. Proprio per la sua incidenza sulla norma inderogabile, durante l'iter parlamentare questa riforma ha finito per attirare l'attenzione anche del Presidente della Repubblica<sup>47</sup>, segnatamente in relazione all'arbitrato d'equità e in ragione della condizione di debolezza del lavoratore, cui il Capo dello Stato ha riconosciuto un rilievo cruciale. Vedremo che l'arbitrato equitativo, sebbene sicuramente da non trascurare, finirà in secondo piano, spintovi da (come dire) una certa "improvvisazione" normativa, inevitabilmente imponente dinanzi ai "vincoli di sistema"<sup>48</sup>; e questa stessa improvvisazione ha generato, al contempo, altre delicate problematiche, sì da indurre ad addentrarsi, per quanto qui possibile, nella nuova disciplina, tuttora lontana da una soddisfacente e condivisa sistemazione.

La l. 183/10 riscrive gli artt. 412-ter e 412-quater cod. proc. civ., relativi all'arbitrato irrituale<sup>49</sup>. Limitandosi all'essenziale, la legge anzitutto cancella la centrale e generale funzione autorizzatoria sinora svolta dalla contrattazione collettiva, contemplando, già essa, l'arbitrato dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro<sup>50</sup> e al collegio di cui al nuovo e completamente rivisto art. 412-quater cod. proc. civ.<sup>51</sup>. Prevede poi sia la clausola compromissoria sia il compromesso, con esplicito riferimento alla decisione "secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori

<sup>46</sup> Alcune delle riflessioni di seguito proposte si rinvengono già, nell'ambito di una più ampia analisi, in ZOPPOLI A., *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in questa rivista, 2010, p. 411, cui sia consentito rinviare anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>47</sup> Con il messaggio di rinvio alle Camere, del 31 marzo 2010, del d.d.l. 1167/B/bis A.S.

<sup>48</sup> SPEZIALE, *op. cit.*, p. 27.

<sup>49</sup> Art. 31, rispettivamente commi 6 e 8.

<sup>50</sup> V. nuovo art. 412 cod. proc. civ. introdotto dall'art. 31, co. 5.

<sup>51</sup> Cfr. l'art. 31, co. 8; v. anche l'art. 31, co. 12, per la possibile costituzione di camere arbitrali da parte degli organi di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. 276/03. La funzione autorizzatoria della contrattazione collettiva è ora limitata alla sola clausola compromissoria ed è soggetta alla spada di Damocle del decreto ministeriale, che interviene in sua assenza (art. 31 commi 10 e 11), condizionando inevitabilmente e sensibilmente le dinamiche negoziali, di cui altera senso e peso nell'equilibrio complessivo della norma.

della materia, anche derivanti da obblighi comunitari”<sup>52</sup>. Infine, espressamente stabilisce, in relazione alle due specifiche procedure arbitrali suindicate, che il lodo “produce tra le parti gli effetti di cui agli articoli 1372 e 2113, quarto comma, del codice civile”<sup>53</sup>.

Orbene – riprendendo succintamente alcuni concetti generali indispensabili per inquadrare correttamente le novità – si sa che qualsiasi tipo di arbitrato (compreso quindi quello equitativo) come ogni altro atto di autonomia privata, non può essere “contrario a norme imperative”, pena la sua nullità, salvo diversa disposizione di legge (art. 1418, co. 1, cod. civ.)<sup>54</sup>. Si sa pure, secondo l’insegnamento della Corte costituzionale (sent. 6 luglio 2004 n. 206), che nel nostro ordinamento l’equità può essere solo correttiva o integrativa, sì da consentire la “soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua tuttavia dei medesimi principi cui si ispira la disciplina positiva”. Sicché, norme imperative e principi ispiratori della disciplina concettualmente si collocano, rispetto all’equità, su piani evidentemente distinti: le prime delimitano *in negativo* l’equità, proibendone il contrasto con interessi che si impongono all’autonomia individuale; i secondi la delimitano *in positivo*, evitandone “lo sconfinamento nell’arbitrio”, come afferma la Corte costituzionale. Va da sé che la contemporanea utilizzazione di entrambi i piani e la definizione della relativa linea di demarcazione appaiono, per intuibili ragioni, più problema-

<sup>52</sup> Come probabilmente si ricorderà, per l’arbitrato d’equità la l. 183/10 riprende le linee di politica del diritto del già citato “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia”, presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali nell’ottobre 2001. Si tratta, evidentemente, di un progetto coltivato da tempo, giacché è uguale il colore politico delle compagini che hanno partorito l’uno e l’altro.

<sup>53</sup> V. i nuovi artt. 412, co. 3, e 412-*quater*, co. 10, cod. proc. civ.

<sup>54</sup> Cfr., tra i tanti, CESTER, *La clausola compromissoria*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, p. 262; BERTOLDI *Art. 808-ter c.p.c.*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell’arbitrato nazionale ed internazionale*, Cedam, 2010, p. 87; CAPONI, *Natura dell’arbitrato e controversie arbitrabili*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N. (a cura di), *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Jovene, 2010, p. 130; MURONI, *Artt. 5, l. 11 agosto 1973, n. 533, 412 ter e 412 quater c.p.c.*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 396; BOVE, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *RArb*, 2006, p. 881; GAROFALO M. G. *Note sull’arbitrato nelle controversie individuali di lavoro pubblico*, in questa rivista, 2006, p. 319; BORGHESI, *L’arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*, in CARINCI, F., ZOPPOLI, L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in CARINCI, F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, V, Utet, 2004, p. 1368; GRANDI, *L’arbitrato irrituale nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 1963, p. 376.

tiche in aree giuridiche contraddistinte da un alto tasso di eteroregolazione inderogabile. D'altronde, l'arbitrato appartiene, per sua natura si può dire, ad aree dove l'autonomia delle parti incontra pochi limiti "in negativo" (cioè poche norme inderogabili).

Restando ancora per un momento sul piano generale, bisogna poi tener presente che – a ben vedere – l'arbitrato, in ragione della sua stessa struttura logica, interviene *sul* regolamento contrattuale, si da risultare *incompatibile con la distinzione tra norma e conseguente diritto*<sup>55</sup>. Infatti – prescindendo dalla questione della natura dell'arbitrato irrituale – l'arbitrato *incrocia* sempre il regolamento contrattuale: a) l'arbitrato "secondo le regole di diritto" lo incrocia nel senso che, in relazione a tali regole, definisce l'assetto degli interessi per i profili controversi<sup>56</sup>; b) l'arbitrato d'equità invece, secondo un'impostazione parzialmente diversa, incrocia il regolamento contrattuale "conformandone" il contenuto, per quanto interessato dalla lite, al di là delle regole di diritto, sebbene nei (soli) limiti dei principi indicati dalla Corte costituzionale (e fatte salve eventuali norme inderogabili)<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Nel momento in cui si deferisce all'arbitro la lite, l'insieme di regole che disciplina il rapporto cui la stessa attiene non si può considerare definitivo; nel senso che all'arbitro si chiede di intervenire anzitutto sul quadro normativo (secondo quanto si sta per osservare nel testo), rimettendo in gioco la fattispecie da cui nasce il diritto controverso. Di conseguenza, la "disponibilità" del diritto, affermata ora nell'art. 806 cod. proc. civ. – non senza critiche (GAROFALO M. G., *Note sull'arbitrato*, cit. p. 321; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Giappichelli, 2006, p. 4) –, finisce in sostanza per estendersi anche al piano genetico del diritto stesso. Significativo, al riguardo, è quanto rileva FERRARO (*Rinunzie e transazioni*, in *EGT*, XXVII, 1990, p. 5): "per gli arbitrati l'invalidità del lodo è sancita in relazione alla violazione delle norme inderogabili e non alla disposizione dei diritti derivanti da queste ultime"; v. ad esempio, l'art. 5, co. 2, l. 11 agosto 1973 n. 533 (ora abrogato) o l'art. 829, commi 4 e 5, cod. proc. civ.

<sup>56</sup> All'abituale spazio (più o meno ampio) rimesso all'attività interpretativa, potenzialmente si aggiunge la facoltà di andare oltre le indicazioni giuridiche esistenti se e nella misura in cui esse hanno carattere "dispositivo" e in questa direzione interviene l'autonomia negoziale.

<sup>57</sup> Attraverso l'equità, l'arbitro "riscrive", sia pur non per intero, l'assetto di interessi, in conseguenza del quale si pronuncerà, con riflessi su esistenza e/o caratteristiche della situazione soggettiva controversa. La descritta incidenza dell'arbitrato sul regolamento contrattuale è senza altro coerente con la tesi – nel tempo probabilmente prevalente, anche in relazione all'evoluzione del quadro normativo – che configura pure l'arbitrato irrituale alla stregua di un giudizio (cfr., per questa tesi, tra i tanti, MONTELEONE *Il cd. arbitrato irrituale previsto dall'art. 808-ter c.p.c.*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO N., *op. cit.*, p. 550; CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, FrancoAngeli, 1990, p. 395; PERONE, *Arbitrato in materia di lavoro*, in *NDI*, app., I, 1980, p. 383; STOLFA, VENEZIANI, *Arbitrato nel diritto del lavoro*, in *DDPCOM*, I, Utet, 1980, p. 219). Ma anche chi rinviene nell'arbitrato irrituale una "funzione essenzialmente dispositiva"

#### 4.2.2. b) ... nella l. 183/10

Sulla scorta di queste osservazioni di carattere generale, passando al versante lavoristico, anzitutto occorre chiedersi quali vincoli esistano, dopo la l. 183/10, per l'arbitrato d'equità nel diritto del lavoro.

Quanto brevemente ricordato consente di mettere da subito in evidenza uno dei principali (se non, per intuibili ragioni, il principale degli) ostacoli in cui si imbatte l'arbitrato d'equità in questa branca dell'ordinamento. Le norme inderogabili, poste a tutela di interessi sopraindividuali/generali, costituiscono, oggi come in passato, un limite certamente invalicabile anche per le parti del contratto di lavoro, che su di esse non possono intervenire con alcun atto di autonomia, quindi neanche con l'arbitrato. Ciò vale, senza ombra di dubbio, per le norme inderogabili di legge; come pure, nonostante qualche ipotetica incertezza, per le norme del contratto collettivo, secondo quanto scritto nell'art. 2113 cod. civ. e, ancor prima, mostrato dal "diritto vivente"<sup>58</sup>.

Rivolgendo allora l'attenzione alla l. 183/10, sulla base di questa consapevolezza, si farebbe a dir poco un avventato salto logico se si deducesse, dall'introduzione del limite dei "principi generali dell'ordinamento" e dei "principi regolatori della materia"<sup>59</sup>, l'eliminazione o la riduzione dello spazio della norma inderogabile, senza aver prima rintracciato il dato normativo che cancelli o attenui il rilievo della stessa. Sulla base delle precedenti osser-

(GRANDI, *Arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *ED*, agg., I, Giuffrè, 1997, p. 115) – come tale peraltro estranea allo schema "diritto-equità" (GRANDI, *Arbitrato e processo. Profili di qualificazione degli arbitrati irrituali in materia di lavoro*, in *ADL*, 1999, p. 604) – ritiene che essa si traduca in "un nuovo regolamento sostanziale del conflitto d'interessi", producendo un "nuovo rapporto giuridico" (GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 121).

<sup>58</sup> Cfr. da ultimi GHERA, *Il contratto collettivo*, cit., p. 225; SPEZIALE, *Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 2012, p. 603. Nello stesso senso, dopo l'abrogazione dell'art. 5, commi 2 e 3, della l. 533/73, v., per tutti, BORGHESI, *op. cit.*, p. 1368; BOCCAGNA, *Artt. 36-39, II*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Cedam, 1999, p. 1572; GRANDI, *La composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro nel pubblico impiego (d.lgs. n. 80/1998)*, in *LPA*, 1998, p. 805.

<sup>59</sup> Si rammenterà come più di un autore si sia soffermato in particolare sull'individuazione dei "principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari": in verità, se è indubbio che pure il riferimento ai "principi regolatori della materia" non è affatto esente da risvolti problematici, ed ancor più in relazione all'elaborazione giuslavoristica – priva, allo stato, di una riflessione sufficiente al riguardo –, l'esatta entità della questione dipende dal rapporto tra equità e norma inderogabile.

vazioni, non è tale il richiamo ai detti principi, che hanno la funzione, gli uni e gli altri, di delimitare “in positivo” la decisione equitativa, rivolta al caso concreto, nell’ambito di quanto il diritto preserva all’autonomia delle parti (nell’ambito cioè delle norme dispositive); né lo è, più al fondo, l’“equità”, che deve comunque osservare la norma inderogabile, quale limite imposto all’autonomia individuale *ex art. 1418 cod. civ.*

In sintesi, l’espressa introduzione dell’arbitrato d’equità, di per sé, non cancella né riduce il rilievo della norma inderogabile nel diritto del lavoro<sup>60</sup>.

#### 4.2.3. *L'improprio richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ.*

Ma – si ricorderà – il legislatore ha stabilito che il lodo “produce tra le parti gli effetti di cui (...) all’articolo 2113, quarto comma, cod. civ.”<sup>61</sup>; il richiamo della norma codicistica, riferito – si badi – al lodo *tout court*, da un lato (paradossalmente) priva l’arbitrato equitativo del centro della scena, dall’altro apre un nuovo e più problematico piano di analisi<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Su quest’ultimo punto è opportuno spendere ancora qualche parola. Se il legittimo ricorso all’arbitrato di equità è insito nel sistema – salvo il limite della norma inderogabile – dalla sua “esplicita” previsione si potrebbe dedurre, seguendo un’argomentazione logica già in passato avanzata, proprio la volontà legislativa di superare quel limite (FLAMMIA, *A proposito della riforma dell’arbitrato per le liti di lavoro*, in *DRI*, 1992, p. 4; HERNANDEZ, *La via dell’equità per un arbitrato di lavoro più stabile*, in *DRI*, 1992, p. 21); o comunque di ridurne lo spazio (SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell’arbitrato nel “collegato lavoro”*, in questa rivista, 2010, p. 160). Benché meritevoli di attenzione, entrambe le tesi non convincerebbero. Come già per la derogabilità assistita, la questione è davvero cruciale e troppo complessa per essere così affrontata e risolta: anche in questo caso, un siffatto modo di ragionare (per dirla in sintesi) ammetterebbe quale logico presupposto la possibilità di riscrivere, in sostanza, l’attuale diritto del lavoro attraverso una stringata formulazione normativa, riferita soltanto all’arbitrato d’equità, concernente – come più volte sottolineato – un piano distinto da quello dell’inderogabilità; a fronte, peraltro, dell’inequivocabile e consistente ostacolo della “diversa disposizione”, necessaria per escludere la nullità dell’atto contrario a norma imperativa (art. 1418, co. 1, cod. civ.). Che la questione sia da affrontare in tutt’altro modo, lo dimostrano, d’altronde, pure alcuni interventi legislativi della seconda metà degli anni ‘90, anch’essi non proprio lineari, sì da generare soluzioni molto incerte e di segno profondamente diverso: che, in sostanza, hanno chiuso le porte del diritto del lavoro all’equità.

<sup>61</sup> Il richiamo della norma codicistica è contenuto nei nuovi artt. 412, co. 3, e 412-*quater*, co. 10, cod. proc. civ., che – come prima ricordato – disciplinano, ciascuno, una specifica ipotesi di arbitrato. Anche il già citato art. 31, co. 12, richiama l’applicazione dei commi 3 e 4 del nuovo art. 412, cod. proc. civ., soltanto però “in quanto compatibile”. Al riguardo, invece, nulla si dice per le ipotesi di arbitrato previste dalla contrattazione collettiva, di cui all’art. 412-*ter* cod. proc. civ.

<sup>62</sup> Borghesi (*L’arbitrato ai tempi del collegato lavoro*, in *Judicium*, in *www.judicium.it*, 2010, pp. 29 e 30), partendo anch’egli dalla pacifica considerazione secondo cui l’arbitrato equitativo

L'“effetto” di cui all'art. 2113, co. 4, cod. civ. non può che essere inteso per quello che esattamente è, secondo il suo inequivocabile dettato: la non applicazione dei precedenti tre commi, a cominciare inevitabilmente dal co. 1, che della norma definisce il contenuto prioritario<sup>63</sup>. Ne deriva che: in primo luogo, *neppure l'art. 2113 c. c. “disinnesca” la norma inderogabile*, perché il suo co. 1, questa norma, mantiene ben salda, riferendosi ai diritti dalla stessa derivanti: già sorti, come dottrina e giurisprudenza pacificamente affermano; in secondo luogo (e di conseguenza), risulta, oltre che decisamente semplicistico, tecnicamente improponibile fare appello a un presunto senso logico del richiamo all'effetto del co. 4 dell'art. 2113 cod. civ. per dedurne la *voluntas legis* di affermare l'inoppugnabilità della pronuncia arbitrale per contrasto con precetti inderogabili: così opinando si consentirebbe all'autonomia individuale di far saltare l'architrave dell'inderogabilità andando ben al di là del contenuto dell'art. 2113 cod. civ., *in pratica (di certo, in questa ipotesi) snaturato*, con buona pace sia della “diversa disposizione” richiesta dall'art. 1418 cod. civ., sia della necessità di trasparenza, su cui il Capo dello Stato ha comprensibilmente assai insistito nel messaggio di rinvio già ricordato<sup>64</sup>.

“non può disapplicare le norme inderogabili”, osserva che il lodo “non è sottratto all'impugnazione per violazione di norme inderogabili perché pronunciato secondo equità, ma semmai perché inoppugnabile *ex art. 2113, co. 4, cod. civ.*”. In proposito, v'è da osservare che il richiamo all'art. 2113, co. 4, cod. civ. – sul quale ci si sta per soffermare nel testo – da un lato finisce per essere, indirettamente, una conferma della permanenza della norma inderogabile e dell'irrelevanza, in proposito, dell'equità; dall'altro, per il lodo d'equità appare sin da ora tecnicamente discutibile e concretamente irrilevante: infatti, la richiesta di decisione equitativa delle parti, per definizione limitata dalla norma inderogabile, non attribuisce all'arbitro il potere di prescindere da tale norma; se ciò accade, il lodo è comunque impugnabile *ex art. 808-ter, co. 2, n. 4, cod. proc. civ.*

<sup>63</sup> Per questa ragione, da subito è il caso di dire che non si può condividere l'opinione secondo cui il richiamo dell'art. 2113, co. 4, cod. civ., “non implica che il lodo in commento non sia impugnabile per violazione di norme inderogabili, ma implica solo che esso non sia impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma” (BOVE, *ADR nel c.d. collegato lavoro (Prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010 n. 83)*, in *Judicium*, 2011, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 20, nota 35).

<sup>64</sup> Merita di essere ricordata l'opinione secondo cui vi sarebbe un “corto circuito” tra l'art. 808-ter, co. 2, n. 4, cod. proc. civ. (richiamato dai nuovi artt. 412, co. 4, e 412-quater, co. 10, cod. proc. civ.) e l'art. 2113, co. 4, cod. civ., in considerazione del quale non verrebbe meno la possibilità di impugnare il lodo contrario a norme inderogabili (SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 26). Se è evidente e pienamente apprezzabile il tentativo di fornire un'interpretazione compatibile con il *sistema*, la tesi non convince: in effetti l'art. 808-ter, co. 2, indica ipotesi in cui il lodo è “annullabile” (v., per tutti, BERTOLDI, *op. cit.*, p. 87; MURONI, *op. cit.*, p. 396; RUFFINI,



Né a tali considerazioni si può opporre la distinzione tra norma inderogabile e (in)disponibilità del diritto – che, come rammentato, sostiene l'impostazione dell'art. 2113 cod. civ. – riferendola pure all'arbitrato: anche da questo punto di vista, infatti, il richiamo dell'articolo del codice è *del tutto improprio*. Al riguardo occorre però distinguere tra clausola compromissoria e compromesso. Per la clausola compromissoria il richiamo è improprio per i seguenti motivi. 1) La clausola, attenendo a controversie “nascenti” (art. 808 cod. proc. civ.), concernerebbe per definizione diritti futuri, come tali ancora non disponibili. 2) Essa riguarderebbe potenzialmente tutte le situazioni soggettive del lavoratore<sup>65</sup>. 3) Il conseguente arbitrato, secondo quanto prima rilevato circa la sua struttura logica, conformerebbe il contenuto del regolamento contrattuale occupando lo spazio “liberato” dalle norme inderogabili: sicché, prima della pronuncia dell'arbitro, la disciplina del rapporto non potrebbe dirsi definita in modo compiuto, e quindi non potrebbe generare diritti “attuali” – neppure in astratto – né, tanto meno, disponibili<sup>66</sup>.

BOCCAGNA, *Art. 827 c.p.c.*, in BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 326), e inoltre le “condizioni di validità” contemplate nel n. 4 non si esauriscono nelle disposizioni attinenti al merito della controversia (anzi, v'è chi sostiene l'opposto, ossia che non vi rientrino affatto: cfr., sul tema, BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, in CINELLI, FERRARO, *op. cit.*, p. 151): sicché, non si ravvisa inconciliabilità tra i dati normativi in questione; peraltro, la concreta applicazione delle norme inderogabili, che le parti dovrebbero porre “espressamente alla base del giudizio arbitrale” (SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 27), risulterebbe rimessa comunque all'autonomia individuale. Partendo invece dall'applicazione dell'art. 2113, co. 4, cod. civ., Borghesi ritiene che, per non giungere a un risultato paradossale (rilevato anche da CESTER, *La clausola compromissoria*, cit. p. 264, nota 35), il rispetto dei principi regolatori della materia, previsto per l'arbitrato d'equità, “non può non valere, *a fortiori*”, per l'arbitrato secondo diritto (BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi*, cit., p. 28): la conclusione, indubbiamente ragionevole, è però totalmente contraria alla lettera della legge ed eloquentemente altera l'impianto del richiamato art. 2113, co. 4, cod. civ., confermando, in qualche misura, quanto al riguardo si sta per dire nel testo.

<sup>65</sup> Sono escluse le “controversie relative alla risoluzione del contratto”, per espressa previsione dell'art. 31, co. 10, della l. 183/10. La distanza rispetto all'art. 2113 cod. civ. è senza dubbio siderale: basti rammentare nuovamente che, per unanime giurisprudenza, anche il negozio dispositivo di un solo diritto futuro (è colpito da “nullità” ed) è del tutto estraneo all'art. 2113 cod. civ.

<sup>66</sup> Per meglio intendersi, anche rinvenendo nell'arbitrato natura esclusivamente dispositiva, nella prospettiva in parola vi è una sensibile differenza rispetto (non solo ovviamente alla rinuncia, dove il regolamento contrattuale è fuori discussione, rilevando soltanto la dismissione del diritto, ma anche) alla transazione. In quest'ultima è dal quadro normativo *dato* – sia pur soggettivamente ricostruito – che le parti muovono per individuare l'*aliquid datum aliquid retentum*, elemento identificativo della fattispecie (art. 1965 cod. civ.): è cioè sulla base di un quadro

Se così è, l'improprio richiamo dell'art. 2113 cod. civ. diviene assai preoccupante: la clausola compromissoria finirebbe per privare il lavoratore di un quadro di regole "certo" giacché immediata sarebbe la sua incidenza sull'*intero* diritto del lavoro, con inevitabili effetti sull'equilibrio delle parti nella relazione contrattuale, a dispetto anzitutto dell'art. 3, co. 2, Cost., norma chiave del binomio lavoro-cittadinanza. Dunque, l'interpretazione – *in primis* quella costituzionalmente orientata – induce a ritenere che, là dove la l. 183/10 contempla la possibilità di pattuire "clausole compromissorie (...)" che rinviando alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* del codice di procedura civile" (art. 31, co. 10), tra queste modalità non sia da includere l'attribuzione, al lodo arbitrale, degli effetti di cui all'art. 2113, co. 4, cod. civ. E sembra proprio che in tal senso si vada orientando l'opinione prevalente<sup>67</sup>.

Parzialmente diverso è il discorso per il "compromesso", sinora meno considerato nel dibattito, eppure anch'esso nient'affatto da trascurare. In questa ipotesi, dovendo essere determinato l'"oggetto della controversia" (art. 807 cod. proc. civ.), l'arbitrato riguarda specifiche situazioni soggettive; ciò non toglie, però, che, anche per il compromesso, valga quanto appena detto circa la strutturale incidenza dell'arbitrato sul regolamento contrattuale (anziché sul solo diritto conseguente), non più presidiato dalla norma inderogabile: la controversia, se matura negli elementi di fatto, non lo è ancora in quelli "normativi", sì da andare, pure in tale ipotesi, oltre la disponibilità di una situazione soggettiva "attuale"; e non è certo l'incauto richiamo del legislatore all'art. 2113 cod. civ. a poter mutare la struttura logica dell'arbitrato<sup>68</sup>. Ne deriva che il lavoratore, anche in virtù del compromesso, in sostanza si troverebbe a decidere della regolazione dell'assetto di interessi al di là della norma inderogabile e non, quindi, semplicemente della disposizione di un diritto. La differenza, rispetto alla clausola compromissoria, sta nel fatto che in gioco non

normativo definito – che pertanto ha un suo preciso rilievo giuridico e fattuale e dal quale derivano quindi diritti configurabili come "attuali" – che viene tracciata la "linea mediana delle reciproche posizioni di pretesa e di contestazione" (GRANDI, *L'arbitrato irrituale*, cit., p. 120).

<sup>67</sup> Cfr. BOCCAGNA *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., p. 156; CESTER, *La clausola compromissoria*, cit., p. 262; SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 40, BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi*, cit.

<sup>68</sup> Pertanto, il legislatore non può essersi limitato a equiparare gli istituti in questione per il solo "effetto dispositivo", (così invece, SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 41; v. anche CESTER, *La clausola compromissoria*, cit., p. 261), perché, per un simile risultato, avrebbe dovuto cambiare i tratti dell'arbitrato, ossia scrivere d'altro.

vi sarebbero, potenzialmente, tutte le situazioni soggettive del lavoratore, ma soltanto quella (o quelle) cui si riferisce il compromesso. Differenza significativa per salvare il richiamo all'effetto di cui al co. 4 dell'art. 2113 cod. civ.? Il punto è che un'eventuale risposta affermativa finirebbe comunque per "aggirare" l'inderogabilità, a prescindere dal numero di situazioni soggettive e di norme direttamente interessato: e ciò avverrebbe attraverso un ambiguo richiamo dell'art. 2113 cod. civ., anche in questo caso – a parere di chi scrive – snaturato.

Inevitabile osservare che, qualora tale richiamo si salvaguardasse, diverrebbe ancor più pressante, per non dire ineludibile, l'individuazione di quel "nucleo irrettrabile" di diritti<sup>69</sup> – su cui "si sono interrogati e confrontati con ricorrenza ciclica quasi tutti i giuslavoristi"<sup>70</sup> – sottratto anche all'applicazione dell'art. 2113 cod. civ. Il pensiero correrebbe anzitutto al piano costituzionale, in una prospettiva evidentemente di distinzione della natura delle tutele; ma è una prospettiva tutt'altro che semplice. Sulla questione si avrà modo di tornare; per il momento, in diversa ottica, preme rilevare come, a questo punto, appaia meritevole di attenzione, nonostante il suo carattere solo fattuale, la considerazione secondo cui "difficilmente, quando il conflitto è già in atto, il lavoratore accetterà di utilizzare gli arbitri", non potendo egli escludere la possibilità di una tutela "nettamente meno favorevole rispetto a quella ordinaria"<sup>71</sup>.

In definitiva, non v'è ombra di dubbio che la riforma dell'arbitrato pecca da ogni punto di vista: combina un ambiguo e confuso intervento di natura processuale, con un'altrettanta ambigua e marcata forzatura di una norma centrale nel diritto del lavoro di carattere anzitutto sostanziale, già di per sé assai problematica. Singolare connubio non sfuggito neppure al Capo dello Stato, nel più volte citato messaggio. Il risultato è un quadro normativo altamente incerto, se non del tutto illegittimo, finanche paradossale, comunque di assai improbabile praticabilità. Verrebbe da chiosare: un esito da far invidia alla derogabilità assistita.

Dunque, non si rimane certo stupiti leggendo che, sinora, le "norme sull'arbitrato non hanno avuto significative applicazioni nella pratica"<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, 2006, p. 72.

<sup>70</sup> TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 477.

<sup>71</sup> SPEZIALE, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., p. 35.

<sup>72</sup> DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, p. 320.

Come dire, neppure la riforma dell'arbitrato sembra in grado di segnare un reale indebolimento dell'inderogabilità, né, tanto meno, di garantirne il passo con i tempi.

#### 4.3.1. Il potere derogatorio del contratto collettivo “di prossimità”: le ragioni del legislatore

Tra le critiche a impostazione e tecnica della l. 183/10 – che ora tornano comprensibilmente alla mente più vive che mai – particolarmente significativa risulta quella che, durante l'iter legislativo, aveva suggerito di rivedere l'una e l'altra a favore di un ruolo centrale della contrattazione collettiva<sup>73</sup>. A distanza di circa due anni, con l'art. 8 del d.l. 138/11 (in seguito art. 8), il legislatore, sia pur mutando l'area di intervento, si è orientato in tal senso<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Per tutti v. TREU, *Utilità indiscussa, regolazione indispensabile*, in Newsletter n. 44 del 27/4/2010, in <http://www.nuovi-lavori.it/newsletter>, 2010, p. 1.

<sup>74</sup> Sull'art. 8 si è già sviluppato un ricchissimo dibattito; tra i tanti contributi cfr. ALLEVA, *Titorialità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in RGL, 2012, I, p. 481; BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in RGL, 2012, I, p. 461; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012; ID., *Art. 8 della legge n. 148/2011 e questioni giurisprudenziali sull'aziendalizzazione (a proposito di deroghe e sostituzioni del contratto nazionale)*, in RGL, 2012, II, p. 579; CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in RGL, 2012, I, p. 539; CARINCI, F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012; DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, l. n. 148/2011, e dintorni)*, in LD, 2012, p. 31; DELFINO, *Contratti di prossimità e vincoli europei*, in questa rivista, 2012, p. 441; FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in RGL, I, 2012, p. 471; GARILLI, *Finalizzazione e oggetto degli accordi di prossimità*, in RGL, I, 2012, p. 485; ID., *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in ADL, 2012, p. 31; GOTTARDI, *Deroga della legge e rispetto della normativa comunitaria*, in RGL, I, 2012, p. 521; LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in LD, 2012, p. 55; ID., *Il limite del “rispetto della Costituzione”*, in RGL, I, 2012, p. 503; LECCESE, *op. cit.*; LISO, *Brevi note sull'accordo*, cit.; MARAZZA, *La contrattazione di prossimità nell'art. 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in DRI, 2012, p. 41; NAPOLI, *Osservazioni sul sostegno legislativo alla contrattazione aziendale*, in DLRI, 2012, p. 467; NAPOLI, FERRANTE, CORTI, OCCHINO, *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138/Vita e Pensiero, 2012*; PUTATURO DONATI (a cura di), *Diritto del lavoro anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; SARACINI, *Sulle nuove regole sindacali tra legge e contratto dopo il caso FLAT*, in questa rivista, 2012, p. 287; SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in RGL, I, 2012, p. 493; ALES, *Dal “caso Fiat” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-134/2011; CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-133/2011; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del de-*

Anche in questo caso, però, il percorso scelto è assai tortuoso, sì da disegnare scenari, alla fin fine, non più confortanti. Nonostante ciò, l'apertura alla contrattazione collettiva conserva un profilo di indubbio interesse, dal quale è opportuno prendere le mosse.

L'origine dell'art. 8 è ampiamente conosciuta. La vicenda Fiat, nella sua *escalation* di eventi, e le pressioni a livello europeo, dominanti ormai la scena politica, hanno in sostanza condotto il Governo a emanare la norma in parola, la cui rilevanza finisce per andare ben al di là della specifica stessa vicenda Fiat, di cui peraltro è traccia "esplicita" il comma 3.

L'art. 8, al fine di perseguire determinati obiettivi<sup>75</sup>, sancisce – come si sa – l'efficacia *erga omnes* e il potere derogatorio dei contratti collettivi "di prossimità" nei confronti della legge e del contratto collettivo nazionale, per quanto riguarda, in pratica, buona parte del diritto del lavoro<sup>76</sup>, salvo "il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali".

La norma contiene una conferma e una novità (sia pur minore di quanto a prima vista possa apparire). In linea con la tradizione, conferma

*creto n. 138/2011*, in *ADL*, I, 2011, p. 1249; GALANTINO, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi Sezione Saggi*, n. 2 - V, 2011; LIEBMAN, *Sistema sindacale "di fatto", efficacia del contratto collettivo (aziendale) e principio di effettività*, in *ADL*, I, 2011, p. 1281; MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *LD*, 2011, p. 451; PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'agosto" del Diritto del lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-132/2011*; ROMAGNOLI, *Per l'articolo 8 la mossa del cavallo*, in *EL on line*, 2011; RUSCIANO *L'art. 8 è contro la Costituzione*, in *EL on line*, 2011; SANTORO PASSARELLI, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. 138/2011 conv. con modifiche L. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *ADL*, I, 2011, p. 1224; TOSI, *L'accordo interconfederale 20 giugno 2011: verso una (nuova) autoricomposizione del sistema contrattuale*, in *ADL*, 2011, I, p. 1212; VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Quaderni Fondazione Marco Biagi Sezione Saggi*, n. 2 - II, 2011; ZOPPOLI A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-131/2011*, p. 20; ZOPPOLI L., *Articolo 8, analisi di una norma mal scritta*, in *EL on line*, 2011.

<sup>75</sup> I contratti collettivi "di prossimità" sono finalizzati: "alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività".

<sup>76</sup> L'art. 8, co. 2, prevede che i contratti collettivi di prossimità "possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento" a un'elencazione tassativa ma ampia, che va dai contratti a termine finanche alla "disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA (...)".

l'inderogabilità della disciplina lavoristica da parte dell'autonomia individuale. In modo innovativo, fornisce una prospettiva dell'inderogabilità di carattere *problematico e dialogico*, conferendo alle parti sociali il ruolo di indiscusse protagoniste nella definizione del punto di equilibrio tra i valori in gioco, con l'attribuzione di poteri derogatori rispetto al precetto legale e al contempo dall'efficacia *erga omnes* (quest'ultima necessaria ai primi per esprimersi concretamente): in tal modo ridisegna il rapporto legge-autonomia collettiva. Se la conferma non va affatto trascurata – particolarmente in questa sede –, è sulla novità che occorre concentrare l'attenzione; segnatamente, sulla sua duplice “anima”: una esprime le ragioni del legislatore, l'altra i torti.

Cominciamo dalla prima.

In tanti hanno sottolineato la netta differenza tra i precedenti rinvii legislativi e l'odierna apertura alla contrattazione collettiva. Questa, con ogni evidenza, presenta una tale ampiezza da risultare incomparabile con quelli, anche qualora se ne accogliesse un'improbabile lettura restrittiva (pure comprensibile negli sforzi ma, invero, difficile da condividere per contrasto con il dato letterale e, più in generale, con l'impostazione della norma)<sup>77</sup>. In realtà, a cambiare è la tecnica e, con essa, lo scenario normativo: nell'ambito del quale, invertendo il precedente schema, la deroga diviene, in sostanza, la regola. Tuttavia il *medium* di questo indiscutibile mutamento è il contratto collettivo; di conseguenza l'art. 8, nella misura in cui valorizza la contrattazione collettiva, si presta a esser letto in continuità, non in rottura, con i suddetti rinvii legislativi: ne costituisce uno sviluppo, certo accentuato.

L'art. 8 in effetti, del nostro diritto sindacale – nella sua “pressoché totale informalità (...) anomalo” nel contesto europeo<sup>78</sup> –, evidenzia, probabilmente come mai in precedenza, le carenze strutturali di fronte alla “contemporaneità”, sintetizzabili negli annosi nodi della rappresentanza sindacale e dell'efficacia del contratto collettivo: che, per la prima volta nell'esperienza

<sup>77</sup> Ritiene che il contratto collettivo di prossimità possa in pratica riguardare l'intera regolamentazione dei rapporti di lavoro sino a sostituire il contratto nazionale, senza peraltro dare alcun rilievo all'impianto complessivo dell'art. 8, Trib. Torino 23 gennaio 2012 (conf. da Trib. Torino 12 maggio 2012), in *RGL*, 2012, II, p. 759, su cui v., *amplius*, BAVARO *Art. 8 della legge*, cit.; esclude invece la integrale sostituzione del contratto nazionale Trib. Larino 23 aprile 2012, in *RGL*, 2012, II, p. 445.

<sup>78</sup> Segnatamente, osserva TREU (*Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 6, 1990, p. 9), il nostro sistema sindacale costituisce, tra i paesi europei, “l'esempio più significativo di pluralismo sindacale riconosciuto ma non regolato”.

post-costituzionale, regola. E, così, “salta il fosso”, approdando dall’ambito circoscritto di questa o quell’ipotesi di rinvio legislativo e dalla prospettiva pluriorientamentale, a un’area ben più ampia (estesa finanche alla “disciplina del rapporto di lavoro”), con il nuovo contratto di prossimità “legificato”. Da tale punto di vista, l’art. 8 (o meglio, la vicenda Fiat) ha messo a nudo la necessità di un qualche binario legislativo su cui l’attività sindacale, nelle sue molteplici espressioni, possa più agevolmente e solidamente esprimersi: necessità divenuta impellente dinanzi alla crescente complessità socio-economica e alla rottura dell’unità delle grandi confederazioni sindacali, perno del cd. sistema sindacale “di fatto”, da tempo invero traballante. Come dire, il “governo” della realtà richiede, una volta per tutte, piena legittimazione democratica e adeguati strumenti normativi<sup>79</sup>.

Sicché, il tema posto al centro dell’attenzione dall’art. 8 – *rectius*, dalla “prima” anima dell’art. 8 –, nella nostra visuale è, anzitutto, la derogabilità *in peius* della legge da parte dell’autonomia collettiva (per queste pagine, un nuovo fronte di analisi) in seno ad una riscrittura delle fondamentali regole del diritto sindacale. Tematiche assai impegnative, su cui l’art. 8 induce a ritornare *funditus*, benché, alla fin fine, guardando più al futuro che al presente. Anche in tal caso, naturalmente, non si potrà andare oltre alcune linee di riflessione.

Il fondamento costituzionale dell’inderogabilità nel diritto del lavoro è stato ed è tutt’oggi un argomento importante per escludere il potere del contratto collettivo di derogare alla legge: l’accento è stato posto sul carattere “privatistico” dell’autonomia collettiva, espressione pur sempre di interessi particolari e di una logica compromissoria, anch’essa condizionata da possibili situazioni di debolezza e asimmetria informativa. È appena il caso di osservare come vada escluso che l’art. 8, proprio per superare tale ostacolo, sia intervenuto in modo *tranchant*, distinguendo, sulla falsariga di una risalente dottrina<sup>80</sup>,

<sup>79</sup> In questa logica, neanche l’importante accordo interconfederale del 28 giugno 2011 cambia le carte in tavola, in quanto pur sempre prodotto contrattuale ed espressione del contingente. Specularmente, il “congelamento” dell’art. 8 – di cui alla nota “postilla” inserita nello stesso accordo interconfederale, in sede di ratifica, il 21 settembre 2011 –, sebbene da non sottovalutare, assume un significato giocoforza ridotto. Ben diversa sarebbe stata, ovviamente, la convergenza tra i due differenti percorsi normativi. Su queste problematiche v. anche quanto si dirà in seguito in merito all’accordo “di produttività” del 21 novembre 2012.

<sup>80</sup> ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo nella vigente legislazione italiana*, Giuffrè, 1967, pp. 42 ss.

tra norme inderogabili per ragioni oggettive (tutela di beni di rango costituzionale) e norme inderogabili per ragioni soggettive (tutela del contraente debole, rimessa alla legge), queste ultime ritenute superabili in ragione proprio del sostegno sindacale: la sovrapposizione/identificazione tra i due piani (soggettivo e oggettivo), da tempo rilevata<sup>81</sup>, rende impraticabile, già sotto il profilo teorico, l'ipotesi. Viceversa, è del tutto comprensibile che i già molti commentatori abbiano sottolineato la difficoltà di individuare i limiti costituzionali e la conseguente grande incertezza, tale da mettere in discussione la stessa concreta utilizzabilità della norma. Infatti, l'intero diritto del lavoro trova la sua ispirazione in valori/principi di carattere costituzionale, che costituiscono indicazioni per struttura dal "contenuto variabile"<sup>82</sup>; ne consegue una fitta trama, al cui interno è sovente arduo tracciare graduazioni di tutele e distinzioni dell'apporto dei diversi atti normativi uniti da una relazione assai stretta. Ciò non significa, beninteso, che il diritto del lavoro sia interamente "costituzionalizzato": sarebbe una semplicistica forzatura. Piuttosto comporta – a mio avviso – che il problema assiologico vada considerato partendo da un diverso più ampio piano, che tenga ben presente sia il complessivo impianto costituzionale, intrinsecamente aperto al confronto tra valori/interessi in gioco – ancor più quando essi sono in stretta correlazione –, sia il ruolo del sindacato nell'assetto costituzionale come nell'evoluzione della nostra esperienza giuridica. Se così è, francamente risulta sterile affrontare la relazione legge-contratto prendendo le mosse dal carattere privatistico dell'autonomia collettiva. Non solo né tanto perché la ricostruzione privatistica non si può certo ritenere priva di contraddizioni e ibridazioni, teoriche e pratiche – emblematica la vicenda dell'inderogabilità "reale" del contratto collettivo "di diritto comune": in concreto sempre affermata, nel fondamento mai convincentemente dimostrata –, che finiscono per minarla alle sue stesse radici e per evidenziarne l'inadeguatezza a comprendere e realizzare appieno l'interesse collettivo; quanto perché l'art. 8 suggerisce di concentrarsi su una diversa prospettiva, *bon gré mal gré*: volta a superare proprio la ormai insostenibile situazione di "anomia" del diritto sindacale in cui quella ricostruzione ha preso consistenza, lontano dal modello costituzionale e in sostanziale antitesi rispetto all'effettiva successiva esperienza giuridica. Osservato da questa angolazione, l'art. 8, nella sua "prima" anima, sembra rievocare il nucleo del-

<sup>81</sup> DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, pp. 28-47.

<sup>82</sup> ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 202.



l'art. 39, seconda parte, Cost.: l'attribuzione al sindacato di adeguati (per l'espressa efficacia) e solidi (sotto il profilo della legittimazione democratica) poteri giuridici, sì da farne, istituzionalmente, il principale soggetto di tutela del binomio lavoro-cittadinanza, architrave del progetto costituzionale. Forse è opportuno, allora, partire da qui per ritornare a interrogarsi sul rapporto tra legge e contratto collettivo.

#### 4.3.2. *Legge e contratto collettivo nel disegno costituzionale*

La scelta del Costituente appare ispirata dalla consapevolezza della relazione inestricabile e intrinsecamente problematica che, nel progetto costituzionale, stringe il *sociale* all'*economico*. Per dirla in sintesi, della Costituzione il binomio lavoro-cittadinanza è, sì, valore fondante, ma ai fini della partecipazione a una comunità retta da un'economia che lo stesso Costituente vuole pur sempre di mercato: sicché, è difficile sfuggire a un processo circolare, dove le sorti della cittadinanza, ancorché sorrette dallo Stato, non possono essere del tutto disgiunte da quelle dell'economia. Evidentemente, proprio questo processo circolare è tra le ragioni per le quali il Costituente, accanto a un insieme di garanzie dirette (artt. 35-38), ha predisposto un sistema normativo *dinamico* delle relazioni di lavoro (artt. 39-40, compiutamente tracciato, sotto il profilo della legittimazione democratica e dei conseguenti poteri, nella seconda parte dell'art. 39), dove il ruolo centrale è riconosciuto al contratto collettivo, ossia ai medesimi soggetti portatori degli interessi coinvolti. Più precisamente, l'investitura istituzionale di cui alla seconda parte dell'art. 39, innestata nel regime di libertà sancito dal co. 1 dello stesso art. 39, fa del dialogo tra le parti sociali un essenziale strumento di realizzazione del fondamentale binomio lavoro-cittadinanza, collocandolo su un piano assiologico oggettivo (di rilievo generale, per riprendere la distinzione dapprima utilizzata); in tal modo lo elegge quanto meno a *sede privilegiata* della definizione dell'equilibrio tra il sociale e l'economico, in ragione vuoi di quell'istanza di libertà vuoi delle sue intrinseche doti di duttilità e competenza a individuare gli interessi di volta in volta da porre in equilibrio. Un siffatto quadro evidentemente ben tollera, se non predilige, il potere derogatorio del contratto collettivo rispetto alla legge, in seno a un rapporto tra le due fonti senz'altro più elastico di quanto consenta il principio dell'inderogabilità *in peius*; anzi, in determinate fasi storiche quel potere appare irrinunciabile, esprimendo appieno il carattere dinamico del sistema delineato

dal Costituente. In sostanza, l'investitura istituzionale, conferendo piena legittimazione democratica e conseguenti poteri e responsabilità alla sede sindacale – alla stregua di quella legislativa –, allontana i dubbi prima rammentati in merito al potere di derogare alla norma di legge in capo alle parti sociali, dubbi derivanti anzitutto dalla riconduzione dell'autonomia collettiva nel diritto comune dei privati. Al riguardo, torna alla mente la reiterata affermazione della Corte costituzionale circa il rapporto legge-contratto collettivo in riferimento alla diversa ma connessa questione della riserva normativa a favore del secondo: come si ricorderà, la Consulta ha sempre sostenuto che nella “situazione di inattuazione del precetto costituzionale non è ipotizzabile un conflitto tra l'attività sindacale e l'attività legislativa”<sup>83</sup>: a Costituzione attuata, dunque, la prima ben potrebbe espandersi, all'interno di una nuova relazione tra i due ambiti, con immediate ripercussioni sul rigido schema dell'inderogabilità.

A questo punto l'ostacolo al conferimento di poteri derogatori al contratto collettivo rispetto alla legge sembra risiedere non nel carattere privatistico dell'autonomia collettiva, bensì nell'inattuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost.

In proposito, è il caso di precisare subito che l'inattuazione dell'art. 39, seconda parte, Cost., e quindi l'assenza di una compiuta veste istituzionale del sistema sindacale su cui poggiare il potere di deroga alla legge, non devono far velo alla concreta esperienza, che non ha comunque contraddetto lo spirito del progetto del Costituente: è indiscutibile, su questo piano, il ruolo assolutamente fondamentale svolto dal dialogo tra le parti sociali ai fini del bilanciamento tra l'economico e il sociale, attraverso forme e contenuti diversi nel tempo e nello spazio, pure al di là di rigide barriere<sup>84</sup>. In altri termini, la realtà dei fatti mostra soggetti sociali affidabili, anche per l'esercizio di prerogative istituzionalmente delicate come il potere di deroga al precetto legale. Nei già rammentati rinvii legislativi, all'autonomia collettiva non è per nulla estranea la valenza derogatoria rispetto alla legge. In relazione a essi la Consulta, *de iure condito*<sup>85</sup>, ha – come già ricordato – espressamente sotto-

<sup>83</sup> Così C. Cost. 23 giugno 1988 n. 697; tra le altre v. C. Cost. 30. luglio 1980 n. 141 e n. 142; C. Cost. 9 luglio 1963 n. 120.

<sup>84</sup> Scrive GALLI, *op. cit.*, p. 141: l'equilibrio “dinamico, instabile e sempre da rinegoziare” fra i lavoratori e i datori di lavoro “previsto dalla Costituzione (...) è stato l'idea regolativa della storia repubblicana”.

<sup>85</sup> Con la già menzionata sentenza n. 344/96.

lineato anche le “esigenze ordinamentali” soddisfatte dal contratto collettivo, con “efficacia generale” e “in funzione di interessi generali”. Né si potrebbe obiettare che il legislatore ha confidato sull’effettività dell’azione sindacale perché è proprio questa effettività – tratto distintivo della nostra esperienza – a deporre a favore del ruolo fondamentale delle parti sociali nella dialettica socio-economica e, più in generale, politica (come dimostrano, *in primis*, la storia dello sciopero e la concertazione). Piuttosto è significativo che, là dove l’azione sindacale ha raggiunto una regolazione soddisfacente, per molti di attuazione del nucleo essenziale dell’art. 39 seconda parte Cost., come nel lavoro pubblico, il potere derogatorio del contratto collettivo rispetto alla legge ha assunto pieno (benché peculiare) spessore giuridico: si pensi all’art. 2, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, prima delle modifiche apportatevi dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150.

Dunque, a fronte del ruolo delle parti sociali nel progetto Costituente e dei paralleli percorsi della storia, v’è da chiedersi se abbia ancora senso, oggi, dinanzi a una realtà assai complessa, ritenere sottoposto rigidamente il contratto collettivo alla legge secondo lo schema dell’inderogabilità *in peius*, assunto (come dapprima si diceva) in una forzata concezione “a-storica”: uno schema consolidatosi durante anni (‘50-’60) di sviluppo socio-economico, da un lato a sostegno della funzione integrativa del contratto collettivo rispetto alla tutela minimale apprestata dalla legge – secondo un assetto gerarchico di corporativa memoria –, dall’altro in piena coerenza con il riduttivo e fuorviante carattere privatistico dell’autonomia collettiva, all’epoca unica alternativa giuridica alla seconda parte dell’art. 39 Cost., ormai allontanatasi all’orizzonte. Ed è eloquente che le voci critiche al riguardo vengono da chi sposerà la ben diversa prospettiva dell’ordinamento intersindacale, tutta incentrata sul protagonismo delle parti sociali<sup>86</sup>: teoria, come si sa, molto distante dal diritto comune e non certo priva di influenza sui richiamati percorsi della storia.

In breve, gli argomenti prima indicati a sfavore del potere del contratto collettivo di derogare alla legge (carattere privatistico dell’autonomia collettiva e inadeguatezza soggettiva del sindacato) appaiono deboli sul piano sia tecnico-giuridico sia della concreta esperienza. Per converso, riproporre il mo-

<sup>86</sup> Cfr. GIUGNI, *I limiti legali dell’arbitrato nelle controversie di lavoro*, in RIDL, I, 1958, pp. 9 ss.; successivamente sul tema v. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 213; ID. *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 479.

nolitico schema dell'inderogabilità nella relazione tra legge-contratto collettivo vorrebbe dire privarsi, senza motivo, di una tecnica normativa oggi più che mai pressoché indispensabile per affrontare il rapporto tra il sociale e l'economico. Da questo punto di vista, il legislatore, con l'art. 8, sembra avere buone ragioni per configurare il potere derogatorio in parola nell'ambito di un più ampio intervento volto a superare l'anomia del diritto sindacale<sup>87</sup>.

Né – sia detto qui per inciso – gioverebbe granché argomentare, in senso contrario, dalle difficoltà, interne ed esterne, in cui il sindacato versa nell'attuale fase storica e, più in generale, dalle tendenze individualistiche dominanti e dalla modernità “liquida” che abbiamo dinanzi: tanto le prime come le seconde pesano, ma è tuttora difficile credere che possano prevalere sulle tipiche ed esclusive caratteristiche dell'autonomia collettiva, di risorsa normativa duttile e vettore di consenso sociale, né, tanto meno, sul suo tratto di imprescindibile interlocutore socio-economico della “politica”, proprio delle società contemporanee. D'altronde, come ancora di recente è stato efficacemente scritto, l'istanza collettiva tutt'oggi “per la grande maggioranza delle persone rappresenta l'unico mezzo per raggiungere la ‘libertà di scegliere ciò che fa per te’”<sup>88</sup>. Come dire, nonostante tutto, non sembra che

<sup>87</sup> Una più duttile relazione tra legge e contratto collettivo – vale la pena osservarlo – non troverebbe ostacolo nella cd. “inderogabilità” del tipo contrattuale, eloquentemente definita “variante semantica” del concetto di nderogabilità (ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo “Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro”*, in *DLRI*, 2009, p. 87) e su cui più di un autore si è soffermato in riferimento all'art. 8 (tra gli altri, CARABELLI, *op. cit.*, p. 545; FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 477; MAZZOTTA *La contrattazione in deroga. Problematica*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 334; PESSI, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *RIDL*, I, 2012, p. 537; CARINCI F. *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT-133/2011*, p. 72). La questione dell'inderogabilità del tipo attiene alla non “applicabilità della disciplina nderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato” (C. Cost. 13 aprile 1994 n. 115); sicché essa, se in riferimento all'art. 8 rileva nei limiti della ragionevolezza delle differenze introdotte dal contratto di prossimità rispetto a detta disciplina nderogabile (per tutti v. MAGNANI, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 309; GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, p. 41), nel quadro su cui si sta riflettendo, invece, non avrebbe ragione di porsi perché il potere della contrattazione collettiva finirebbe per riguardare il precedente piano della determinazione di quella stessa disciplina.

<sup>88</sup> BAUMAN, *Cose che abbiamo in comune. 44 lettere dal mondo liquido*, Editori Laterza, 2012, p. 163; ed. orig. *44 Letters from the Liquid Modern World*, Polity Press, 2010.

“per i sindacati si possa usare con certezza l’immagine del declino”<sup>89</sup>; un’immagine dal prezzo – occorre non dimenticarlo – con ogni probabilità molto alto, anzitutto in termini di regressione del livello di democrazia. Viceversa, proprio la necessità di percorsi di ricomposizione delle tendenze disgregatrici costituisce un’ulteriore e particolarmente valida ragione per regolare la descritta dimensione istituzionale del soggetto sindacale.

Quanto rilevato non implica evidentemente che il potere derogatorio del contratto collettivo rispetto al precetto legale debba esser privo di limiti. Al riguardo torna la questione già prima emersa a proposito dell’arbitrato: l’individuazione di un nucleo di tutele comunque rimesse alla legge, almeno nella definizione delle linee fondamentali. Ambito della riflessione giuridica, questo, ancora poco esplorato, specie nella prospettiva qui seguita, ossia in relazione a un sistema sindacale regolato. Volendosi incamminare su un simile impervio terreno, verrebbe immediatamente da pensare ad aree come la “garanzia della non discriminazione” o “della salute e della sicurezza”<sup>90</sup>, di recente incluse in una nozione ristretta di inderogabilità del tutto intangibile, in quanto attinente, la prima, al “privato” modo di essere del dipendente, irrilevante nel rapporto di lavoro, la seconda alle “precondizioni” della relazione lavorativa. Ma non è questa la sede per intraprendere un simile cammino. Proficuo è invece rammentare l’opportuna esortazione a ricercare, sulla questione, “una vera condivisione, un’appartenenza giuridica comune”<sup>91</sup>: ché dà bene la misura della rilevanza dell’operazione e, di conseguenza, rimanda al metodo con il quale introdurre simili novità. Riportandoci, così, a ragionare *de iure condito*.

#### 4.3.3. I (troppi) torti del legislatore

Purtroppo, da tale punto di vista l’art. 8 si pone in continuità con le recenti negative esperienze considerate nelle pagine precedenti. Volgendo lo sguardo alla seconda “anima” della norma, finiscono infatti le “ragioni” del legislatore e balzano, prepotentemente, in primo piano i suoi molti, decisamente troppi “torti”. Con il conseguente timore, non dell’inattuazione del dettato normativo – verso cui peraltro depone, sinora, il comportamento di

<sup>89</sup> CARRIERI, *I sindacati*, il Mulino, 2012, p. 104.

<sup>90</sup> CESTER, *La norma inderogabile*, cit., p. 409.

<sup>91</sup> TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 484.

Cgil, Cisl e Uil – bensì di vedere ancora consegnato al futuro un diritto sindacale “maturo”, non più ostaggio dell'estrema incertezza finanche sui suoi elementi fondanti.

Prendendo le mosse proprio dall'individuazione dei limiti al potere di deroga dell'autonomia collettiva, si ricorderà che, in base all'art. 8, l'interprete deve desumerli dal quadro costituzionale e sovranazionale. È, questa, una tecnica normativa sino a oggi sconosciuta al diritto del lavoro, e introdotta senza alcuna indicazione legislativa; per converso, calata dall'alto, in una fase inedita di altissima tensione sindacale, segnata dalla “divisione” tra le grandi confederazioni, e per di più ignorando l'inaspettato riavvicinamento tra le stesse, che ha generato l'accordo interconfederale del giugno 2011, cui certo il legislatore non si è ispirato. Siamo ben lontani – sul piano del metodo – anche da una minima “condivisione” del cambiamento. Ma, sotto questo profilo, l'art. 8 è, per così dire, coerente in tutta la sua impostazione.

Dunque, il vero nodo gordiano per un più elastico rapporto tra legge e contratto collettivo, che includa il potere di deroga del secondo rispetto alla prima, risiede nella compiuta dimensione istituzionale del sindacato, nel rispetto del disegno del Costituente.

Molte sono le voci alzatesi contro l'art. 8 e a difesa dell'art. 39 Cost., pure della seconda parte, a conferma, ancora una volta, della sua ben nota valenza “negativa”. Non sono mancate tuttavia letture di segno diverso, volte ad armonizzare l'art. 8 con il dettato costituzionale attraverso la valorizzazione del previsto “criterio maggioritario” a fondamento del potere sindacale. Si possono comprendere le une e le altre, dal momento che non appare convincente la posizione di chi delimita l'art. 39, seconda parte, Cost. al contratto collettivo nazionale: la necessità, anche a livello aziendale, di una solida legittimazione democratica del potere sindacale, inevitabilmente in conformità alle previsioni del Costituente, discende anzitutto dalla tutela dell'individuo apprestata, in generale, dall'art. 2 della Carta costituzionale e, specificamente per chi presta lavoro, dal co. 1 dello stesso art. 39<sup>92</sup>. E le interpretazioni favorevoli alla legittimità dell'art. 8 – o quanto meno “possibiliste” – se si fanno apprezzare in ragione dell'ormai improcrastinabile esigenza di un minimo di regole legali per l'azione sindacale, probabilmente dilatano oltre misura lettere e contenuti della norma,

<sup>92</sup> La libertà del singolo può trovare limitazione solo attraverso un potere eteronomo legittimato nelle forme previste dal Costituente; cosicché la violazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. si riflette, automaticamente, sul suo stesso primo comma.

con risvolti invero non sempre compatibili anche soltanto con il “nocciolo duro” del precetto costituzionale<sup>93</sup> (come, ad esempio, la combinazione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta<sup>94</sup> o la “legificazione” dei criteri di costituzione delle r.s.u.), e in ogni caso finiscono per seguire strade troppo insidiose per la delicatezza delle questioni in gioco. Comunque qui non è necessario addentrarsi nel raffronto tra l’art. 8 e l’art. 39 Cost. da questo punto di vista, essendovi, tra i due dati normativi, un diverso motivo di contrasto piuttosto evidente nella prospettiva adottata.

L’art. 8 *disattende* la nostra esperienza post-costituzionale perché ignora la dimensione contrattuale di livello confederale-nazionale, volano, sul piano storico, della statura macroeconomica e della conseguente affidabilità del soggetto sindacale, l’una e l’altra tessuto della sua veste istituzionale; e così, andando indietro nel tempo, va inesorabilmente a infrangersi contro l’esplicita indicazione dell’art. 39 seconda parte Cost., che, prima della effettiva esperienza, ha compiutamente disegnato detta veste. Al riguardo non possono esservi dubbi giacché l’art. 8 guarda esclusivamente al livello territoriale/aziendale della contrattazione collettiva<sup>95</sup>, importante ma assolutamente non sufficiente almeno per due collegate ragioni: in quanto livello più distante da quello di “categoria”, espressamente contemplato in origine dal Costituente e rinverdito nel 2001 dall’art. 117 lett. *m*) in un’ottica sistematica, nonché meno indicato, in ragione del suo ridotto respiro, per assumere la responsabilità istituzionale insita nel potere di deroga alla norma di legge<sup>96</sup>.

Ciò rende irrilevante, ai nostri fini, pure l’inevitabile estraneità del contratto collettivo “di prossimità” al diritto privato. Anzi, v’è da pensare che

<sup>93</sup> Secondo la terminologia di D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione*, oggi, in *DLRI*, 1998, p. 690.

<sup>94</sup> Profilo, questo – giova ricordarlo – che incrocia la configurazione dell’interesse collettivo e del potere sindacale; al riguardo un cenno in BAVARO, *Azienda, contratto*, cit., p. 221.

<sup>95</sup> L’impostazione e la lettera della norma – di carattere “eccezionale” – sono al riguardo chiare, non consentono altre interpretazioni (ossia l’estensione delle prerogative ivi previste alla contrattazione di livello nazionale) anche in ragione del carattere “eccezionale” del disposto normativo: sul punto cfr. C. Cost. 19 settembre 2012, n. 221; in dottrina, ZOPPOLI L., *Articolo 8, analisi di una norma*, cit.

<sup>96</sup> L’assenza della cornice nazionale mina, alla radice, pure la prospettiva di una ragionevole modulazione delle regole in relazione alle caratteristiche delle differenti realtà da disciplinare (professionali, organizzative, merceologiche, ambientali). Da questa angolazione, detta cornice costituisce un vettore del principio di eguaglianza (sottolinea il punto, peraltro in riferimento anche alle imprese di uno stesso settore, RUSCIANO, *L’art. 8 è contro*, cit.).

l'art. 8, in proposito, segni addirittura un passo indietro, ridando linfa ai vecchi timori sull'affidabilità del soggetto sindacale: l'ambito decentrato, specie aziendale, è notoriamente il luogo dove l'organizzazione sindacale è intrinsecamente più debole ed ha minor visuale, oggi più che mai dinanzi a scenari socio-economici privi anche di confini nazionali<sup>97</sup>. Da questa angolazione, l'art. 8 è espressione avanzata del pensiero liberista, al punto da toccare due estremi opposti: da un lato, tradisce più di una vena nostalgica, riportandoci all'impianto codicistico, dove la cieca fiducia nella razionalità tecnica dell'imprenditore sconsigliava una puntuale regolazione dei poteri datoriali<sup>98</sup>, ritenuta evidentemente superflua anche per orientare le imprese verso una sana competizione; dall'altro lato, ignora le "sperimentazioni" che pure vanno emergendo, a fronte delle quali "appare angusta la prospettiva di una contrattazione aziendale isolata rispetto alle tendenze che caratterizzano la dimensione transnazionale delle relazioni sindacali"<sup>99</sup>. Del tutto diverso, ovviamente, sarebbe stato ispirarsi a un modello di "decentramento organizzato" – tuttora il più diffuso in Europa – dove azienda e territorio sono sì, come i tempi richiedono, valorizzate, ma all'interno di una cornice regolativa nazionale<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Osserva ZAGREBELSKY, *Lectio magistralis*, cit. che: a) il "principio di generalità, che si esprime nel contratto collettivo nazionale (...), è espressamente contraddetto" dall'art. 8; b) a questo consegue l'"effetto di spezzare il fronte sindacale e di spostare il baricentro della contrattazione nella dimensione prossima alle esigenze vitali immediate dei lavoratori: dove si tratti di ciò, le resistenze evidentemente diminuiscono, e così la capacità contrattuale nei confronti dell'azienda". Su un piano analogo si è scritto (GALLI, *op. cit.*, p. 146) che "la Costituzione esige (...) che il lavoro non sia considerato un fatto privato tra il lavoratore e l'imprenditore ma una questione sociale, in un orizzonte politico".

<sup>98</sup> V., per tutti, MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello statuto dei lavoratori*, in ID, *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 378.

<sup>99</sup> SCIARRA, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, in DLRI, 2011, pp. 348 e 354, con riguardo alle relazioni sindacali in Fiat; *amplius*, ID., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013, p. 50, dove, in riferimento alle esperienze di contrattazione tra grandi imprese, Cae e sindacati internazionali, si delinea una "giuridificazione transnazionale" del diritto del lavoro, dalle "caratteristiche peculiari" perché connessa "a sistemi di norme nazionali e sopranazionali che si fondano sul rispetto dei diritti fondamentali"; giuridificazione di cui, tuttavia, non si manca di evidenziare i profili problematici, a cominciare dalla carenza di "una piena legittimazione quanto agli effetti dei processi deliberativi che intraprende e alla vincolatività degli stessi".

<sup>100</sup> Da ultimo, sul tema, cfr. CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clausole di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, FrancoAngeli, 2012, p. 22. Né soccorre quanto l'art. 8 prevede circa la legittimazione a stipulare il contratto collettivo di prossimità. La norma fa ri-



L'art. 8 finisce dunque per ritorcersi contro se stesso, allontanandosi bruscamente dalla norma costituzionale, che pure sembrava rievocare, e riproponendo una “de-costituzionalizzazione” del diritto del lavoro<sup>101</sup> ben più pregnante di quella cui siamo stati abituati sinora: la sua apertura a una concezione problematica e dialogica della inderogabilità del diritto del lavoro, potenzialmente feconda, trova una traduzione normativa assolutamente insoddisfacente.

In realtà, l'art. 8 – preso sul serio – prevede una precisa struttura del potere sindacale, decisamente diversa da quella delineata dal Costituente. La norma, espressamente e strettamente, finalizza il contratto di prossimità a determinati obiettivi: la correlazione potere-finalità è fuori discussione ed è essa a sostenere le inedite prerogative, per il contratto collettivo di prossimità, dell'efficacia *erga omnes* e della deroga alla legge. Rispetto ai precedenti rinvii legislativi – dove una simile correlazione non vi è mai stata – il quadro è completamente diverso. E non ha gran senso porre l'accento sul carattere generico delle finalità: poiché quelle delineate sono le classiche sembianze di un potere funzionalizzato – del tutto distinto dall'abituale potere tanto datoriale quanto sindacale –, il suo esercizio è, per definizione, sottoposto al controllo giudiziale in relazione al fine per il quale è attribuito. La presunta scarsa precisione dell'elenco delle finalità, peraltro disomogeneo, potrebbe stimolare come inibire il controllo, si vedrà; comunque, non dovrebbe comportare dubbi sulla necessità di un'adeguata e sostanziale motivazione degli obiettivi di volta in volta concretamente perseguiti dal contratto di prossi-

ferimento a “contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa vigente e degli accordi interconfederali, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011”. Sicché, in primo luogo, anche ai fini della verifica della rappresentatività, il piano territoriale rileva ancora già di per sé; in secondo luogo, per quanto attiene alla rappresentatività sul piano nazionale, non v'è raccordo con la sottoscrizione del contratto collettivo di categoria; in terzo luogo, una propria legittimazione negoziale hanno le rappresentanze sindacali in azienda, nell'attuale quadro normativo non riducibili, in ogni caso né da alcun punto di vista, all'organizzazione sindacale esterna (al riguardo v., da ultimo, CARUSO, ALAIMO, *Diritto sindacale*, il Mulino, 2012, p. 113; DE MOZZI, *La rappresentanza sindacale in azienda: modello legale e modello contrattuale*, Cedam, 2012, p. 44 ss. e p. 247 ss.; quadro normativo richiamato peraltro confusamente dallo stesso art. 8, co. 1, e non modificato dall'“estemporaneo” aggettivo possessivo *loro* ivi contenuto, con ogni evidenza irrilevante per la questione). Sull'argomento cfr. FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 475.

<sup>101</sup> ROMAGNOLI, *Per l'articolo*, cit.

mità, secondo appunto lo schema giuridico del potere funzionalizzato, non essendo di sicuro sufficiente una semplice “trasposizione” formale delle finalità dalla legge al contratto. E neppure il rilievo secondo cui le finalità sono quelle classiche perseguite dalla contrattazione muta i termini del discorso, giacché esse, ora, hanno altra veste giuridica, essendo la ragione della peculiare fattispecie legislativa. Piuttosto, il rilievo richiama l’attenzione sulla sovrapposizione tra la specifica fattispecie dell’art. 8 e la contrattazione collettiva “di diritto comune”: evidenziando la volontà del legislatore di non confidare più nelle spontanee dinamiche sindacali, con ripercussioni anche sul rapporto tra contratto collettivo nazionale e contratto di prossimità. Il che ci riporta, per altra via, al problema dell’illegittimità costituzionale dell’art. 8 in riferimento all’art. 39 Cost., a cominciare dal suo comma 1.

Tutto ciò non può che far leggere con piacere il punto 7 del recente, già citato accordo del 21 novembre 2012, dedicato alla cd. contrattazione collettiva “per la produttività” (dalla denominazione dello stesso accordo). Ancora dunque una “nuova” contrattazione collettiva: che si svolge – si legge nel testo – “fra le organizzazioni comparativamente più rappresentative, nei singoli settori, su base nazionale, (...) con piena autonomia, su materie oggi regolate in maniera prevalente o esclusiva dalla legge che, direttamente o indirettamente, incidono sul tema della produttività del lavoro”<sup>102</sup>. In relazione ad essa le parti chiedono che “vengano assunti a livello legislativo, anche sulla base di avvisi comuni, provvedimenti coerenti con le intese intercorse e con la presente intesa”. Sembrerebbe quindi dedursi un’ulteriore conferma dell’intenzione di congelare l’art. 8; si potrebbe aggiungere (nonostante la genericità del dato letterale), recuperando la prospettiva di un fecondo rapporto legge-autonomia collettiva: ma, se per un verso sarebbe il caso, in quanto l’attenzione al tema ne ribadisce il rilievo attuale, per altro verso il carattere (nuovamente) “separato” dell’accordo – non firmato dalla Cgil – complica il quadro, invitando alla cautela.

<sup>102</sup> Di seguito l’accordo indica “in via esemplificativa”: equivalenza delle mansioni, integrazione delle competenze, ridefinizione dei sistemi di orari e della loro distribuzione, modalità attraverso cui rendere compatibile l’impiego di nuove tecnologie con la tutela dei diritti fondamentali.

### 5.1. *Inderogabilità bilaterale e sistema sindacale*

Sin qui si è detto esclusivamente dell'inderogabilità *in peius* nel diritto del lavoro, profilo più rilevante dal punto di vista tanto teorico quanto pratico. Tuttavia, l'analisi non sarebbe completa se non si desse almeno uno sguardo all'interrogativo di partenza da una diversa angolazione. Sappiamo infatti che la questione dell'inderogabilità, sebbene raramente, si è posta anche in senso "bilaterale": allorché il dettato legale è stato prospettato come limite intangibile dal contratto collettivo anche *in melius*, in contrapposizione alla sua tradizionale immodificabilità *in peius*. Ciò è accaduto pure in relazione a importanti normative del nuovo millennio, precisamente dei suoi primissimi anni.

Anche stavolta, non a caso, è dagli anni '70 che occorre prendere le mosse: è il '77 quando, per far fronte alla negativa congiuntura economica, scelte di politica dei redditi imposero "tetti" alla contrattazione collettiva in funzione di contenimento del costo del lavoro. Ed è interessante notare come, nell'84, il ripetersi dell'esperienza coincise con uno dei momenti di tensione tra le grandi confederazioni più intensi dello scorso secolo: non diversamente dal suo recente ritorno di attualità, che si accompagna alla odierna grave crisi nei rapporti tra i nostri sindacati storici.

La questione è stata risolta in riferimento alla legislazione sui lavori flessibili del nuovo millennio: quando, nei rinvii all'autonomia collettiva, si è ridotto sensibilmente il ruolo del contratto collettivo. Particolarmente significativi sono il d.lgs. 368/01, che priva le parti sociali della posizione di primo piano nella disciplina del contratto a termine ad esse attribuita dall'art. 23 della l. 28 febbraio 1987 n. 56, e il d.lgs. 276/03, che da un lato amplia il ventaglio dei rapporti di lavoro di impiego flessibile e dall'altro riserva uno spazio circoscritto al contratto collettivo. In questi provvedimenti non vi sono espliciti limiti all'autonomia collettiva, ma è la loro *ratio* – ossia la correlazione lavori flessibili/quantità-qualità dell'occupazione – espressa in precisi dati normativi, di carattere comunitario e interno, a far pensare a una "disciplina assolutamente inderogabile dalla contrattazione collettiva"<sup>103</sup>.

Emblematico è l'art. 1, co. 1, del d.lgs. 276/03, secondo il quale le disposizioni dello stesso decreto "sono finalizzate ad aumentare ... i tassi di

<sup>103</sup> ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, p. 198.

occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro ...”. La specifica rilevanza normativa dell’interesse all’occupazione risulta quindi *per tabulas*: un interesse francamente difficile da non considerare “dotato di un’intrinseca valenza generale”<sup>104</sup>. Sicché, in relazione a esso, nelle fattispecie in parola, v’è da pensare che la legge, di volta in volta e con un diverso criterio, anzitutto individui lo spazio da dare a questo o a quell’impiego flessibile, definendo in tal modo il primo essenziale livello di equilibrio tra gli interessi in gioco; solo in seguito, nei limiti così tracciati, attribuisca poi uno specifico ruolo alla contrattazione collettiva, differente da fattispecie a fattispecie, a seconda del profilo interessato. In questo contesto, lo schema classico della derogabilità *in melius*/inderogabilità *in peius* risulta riduttivo e fuorviante per due ragioni collegate: a) in una prospettiva in qualche misura nuova, la ormai nota tensione tra *insiders* e *outsiders* complica l’utilizzazione del criterio del *favor* (potendo una deroga risultare migliorativa per i primi e peggiorativa per i secondi, o viceversa); b) secondo un’ottica più consona ai termini tradizionali del problema, nel quadro legislativo emerge con chiarezza – in base, evidentemente, ad “apprezzamenti politici discrezionali”<sup>105</sup> – la presenza dell’interesse all’occupazione quale interesse generale, idoneo anche a giustificare, secondo la già ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale, limitazioni “bilaterali” all’autonomia collettiva, senza violazione dell’art. 39, co. 1, Cost.<sup>106</sup>.

Questo atteggiamento dell’inderogabilità, diverso dal tradizionale eppure non certo esclusivo di questi ultimi anni, si pone su uno specifico piano concernente, non tanto le intangibili tutele del lavoro in funzione della cittadinanza, quanto la più generale manifestazione della libertà sindacale. Anche in tal caso, però, v’è da domandarsi se alla sua origine non vi sia, almeno in parte, l’assenza di un sistema sindacale al passo con i tempi. La domanda sorge spontanea se si ripensa, nuovamente, a quanto affermato dalla Consulta, proprio in relazione alla questione in parola, circa l’incidenza dell’inattuazione dell’art. 39, seconda parte, Cost. sull’esclusione del conflitto tra legge e contratto collettivo<sup>107</sup>. In effetti, un appropriato sistema sindacale, fondato su una solida legittimazione democratica e adeguati poteri, potrebbe costituire, sotto

<sup>104</sup> RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia*, cit., p. 196; da ultimo GHERA, *Il contratto collettivo*, cit., p. 217.

<sup>105</sup> Così C. Cost. 23 giugno 1988 n. 697.

<sup>106</sup> Oltre alle sentenze citate in nota 83, cfr. C. Cost. 28 luglio 2000 n. 393 e 23 aprile 1998 n. 143.

<sup>107</sup> Cfr. ancora nota 83 e testo corrispondente.

ogni profilo, una base istituzionalmente più solida per il raccordo con il potere politico/legislativo, sì da contenerne anche gli interventi finalizzati a comprimere le scelte verso l'alto delle parti sociali laddove il quadro socio-economico sia particolarmente delicato in relazione agli interessi generali implicati. D'altro canto, non è un caso che l'inderogabilità bilaterale sia stata più di una volta figlia di esperienze sindacali caratterizzate da tensioni, in primo luogo, interne alle organizzazioni sindacali, in secondo luogo, tra una parte del sindacato e il soggetto politico.

### 6.1. *Inderogabilità bilaterale e processo di “privatizzazione” del lavoro pubblico*

Nell'ottica dell'inderogabilità bilaterale v'è infine un altro versante da tener presente: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, da anni – inclusi gli ultimi – in cima ai pensieri del legislatore. In verità, la problematica, da tale visuale, assume una sua netta specificità, per le peculiari caratteristiche che quest'area del lavoro dipendente ha da sempre presentato in relazione alla presenza dell'interesse generale, benché la “privatizzazione”, in atto ormai da un ventennio, abbia decisamente mutato lo scenario di fondo.

La “privatizzazione” è soggetta, ancora oggi, a interventi che non sono di semplice assestamento; siamo cioè dinanzi a un processo tuttora in corso e dall'andatura non proprio sicura: è noto che gli ultimi anni segnano una sostanziale battuta di arresto della convergenza tra “privato” e “pubblico”. In tale contesto vanno collocati i più recenti, significativi eventi qui da considerare.

Il d.lgs. 150/09 – terza, per alcuni quarta fase della riforma – si è caratterizzato per un rafforzamento tanto della legge rispetto all'autonomia collettiva quanto dei poteri unilaterali delle amministrazioni rispetto alle prerogative sindacali. Le novità normative concernenti l'inderogabilità sono rivolte a dare solidità giuridica ad entrambe le finalità.

Una prima novità, di più ampio respiro, consiste nell'attribuzione del “carattere imperativo” alle “disposizioni” sia del d.lgs. 165/01 “diverse” da quelle del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa (art. 2, co. 2, dello stesso decreto)<sup>108</sup>, sia del titolo III del d.lgs. 150/09<sup>109</sup>. Non era mai accaduto che il legislatore connotasse espressamente e in modo perentorio le specifiche

<sup>108</sup> Come modificato dall'art. 33, co. 1, lett. “a”, del d.lgs. 150/09.

<sup>109</sup> Art. 29 sempre del d.lgs. 150/09.

norme (ora) contenute nel d.lgs. 165/01, sebbene – inutile anche dirlo – il problema della natura imperativa della disciplina si sia posto sin dall'originaria formulazione del citato art. 2. Adesso l'esplicita indicazione ha un carattere “generale”, incentrato tuttavia sull'elemento della “diversità” rispetto alla normativa “privatistica”<sup>110</sup>. Non dovrebbero esservi molti dubbi sul fatto che la *ratio* della previsione, come di quella concernente il titolo III del d.lgs. 150/09, si raccordi, ancora oggi, direttamente alla volontà di rafforzare la tutela dei peculiari interessi sottostanti al lavoro pubblico, secondo quanto disposto dall'art. 97 Cost. In particolare – si è osservato<sup>111</sup> – essa risponde all'esigenza di rimettere ordine nella confusione determinata da alcuni interventi legislativi, emergenziali e frammentari, nel rapporto legge-contratto collettivo. Esigenza da inquadrare nella più generale finalità di “condurre”, dall'alto, l'attività delle amministrazioni, sì da porle al riparo dalle degenerazioni della politica e dalle indebite pressioni sindacali. Se lo scopo è nobile, la tecnica non è nuova, e di certo non è coerente con l'ispirazione di fondo della privatizzazione, volta a riscoprire poteri e responsabilità delle amministrazioni nonché valutazione dei relativi risultati.

Precipuamente al rapporto legge-contratto collettivo è dedicata una seconda novità, che riguarda la micronormazione in materia di lavoro pubblico. Capovolgendo la precedente impostazione (già prima ricordata), ora l'art. 2, co. 2, del d.lgs. 165/01<sup>112</sup>, dispone che la contrattazione collettiva può derogare alle disposizioni legislative, di statuto o di regolamento “solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge”. Anche in questo caso lo sguardo è sostanzialmente rivolto al passato, con il palese intento di ripristinare una più classica relazione tra le due “fonti”. Ma è un intento scarsamente consapevole dell'esperienza, neppure lontana, che aveva fatto del pubblico impiego la ben nota “giungla normativa” a causa delle pressioni di questo o quel gruppo di interessi sulla “politica”, tradottesi per l'appunto in interventi normativi settoriali e corporativi. La delegificazione, introdotta dalla versione originaria della riforma, tali patologie mirava a combattere.

Le menzionate novità si inseriscono dunque in una fase della privatiz-

<sup>110</sup> A cui l'altro si aggiungono ulteriori singole previsioni, sempre del d.lgs. 165/01, di uguale tenore (artt. 19, ult. co.; 35, co. 5-bis; 55, co. 1).

<sup>111</sup> ZOPPOLI L., *La “riforma Brunetta” due anni dopo: relazioni sindacali, dirigenza e valutazione*, in ID. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 30.

<sup>112</sup> Come modificato dall'art. 1, co. 1, della l. 4 marzo 2009, n. 15.

zazione contraddistinta palesemente da un ritorno di “dirigismo” del legislatore. Sulla sua coerenza rispetto all’impianto complessivo della riforma si sono avanzati molti dubbi, e le ragioni sono intuibili<sup>113</sup>. Non va poi trascurato che sulle prerogative sindacali nei luoghi di lavoro il legislatore è ancora intervenuto, ma, in questa circostanza, con una nuova apertura alle parti sociali<sup>114</sup>. Così come, per altro verso, non può dimenticarsi del vigente blocco della contrattazione collettiva<sup>115</sup>, ennesima conseguenza dell’attuale ardua contingenza economico-finanziaria.

Insomma, l’impiego pubblico si presenta ancora come il classico cantiere aperto. Le due novità qui prese in esame, meritano di essere considerate, non tanto in sé, ma per ciò che sottintendono. L’irrigidimento “bilaterale” della inderogabilità della norma di legge richiama l’attenzione, più che su scelte tutto sommato contingenti, su antiche carenze ancora adesso ben presenti: sulla difficoltà, cioè, di attivare, per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, un’effettiva e affidabile dinamica negoziale, a causa della carenza di soggetti in grado di interpretare le esigenze datoriali, nei luoghi di lavoro come ai livelli negoziali più alti. Ciò delinea, per l’inderogabilità nel “pubblico”, anzitutto un proprio destino a sé stante, indissolubilmente legato al più generale processo di privatizzazione.

### 7.1. Costituzione, inderogabilità e percorsi di definizione delle tutele

Allargando nuovamente la prospettiva per tirare le fila di queste pagine, sembra possibile affermare che, nonostante tutto, l’inderogabilità risulti, tutt’oggi, l’asse portante del diritto del lavoro. Il suo sostegno appare solido, trat-

<sup>113</sup> Sul tema cfr., tra gli altri, NAPOLI, GARILLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato* (d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150), in *NLCC*, 2011, p. 1073; RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in questa rivista, 2011, p. 187; ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit.; CARABELLI, CARINCI M. T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010. CARINCI, F., MAINARDI. (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Ipsa, 2010; CARUSO, *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta” (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2010, p. 235.

<sup>114</sup> V. le modifiche all’art. 5, co. 2, del d.lgs. 165/01 apportate dall’art. 2, co. 17, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 135.

<sup>115</sup> V. art. 9, co. 17, del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in l. n. 30 luglio 2010 n. 122 e la successiva proroga di cui all’art. 16, co. 1, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011 n.

tandosi del binomio persona-lavoro, nucleo distintivo del concetto di cittadinanza alla base del progetto costituzionale. Ciò ovviamente non vuol dire che i contenuti delle tutele non siano, nel tempo, mutati; né che il “pacchetto di tutele” raggiunto al termine del “trentennio d’oro” del secolo scorso non sia, negli anni, divenuto meno consistente. Quel pacchetto non è stato un rigido punto di arrivo, e difficilmente poteva esserlo. Non lo è stato perché – verrebbe da pensare – non lo ha consentito la realtà, manifestatasi pressoché da subito e negli ultimi tempi in modo più pressante; ma, in effetti, non lo è stato perché in tal senso indirizza già lo stesso progetto di società disegnato dalla Costituzione. Un progetto il cui cardine è sì, indiscutibilmente, il binomio lavoro-cittadinanza, ma pur sempre all’interno di uno stretto circuito che lega il sociale all’economico. Ed è in funzione di questo circuito che il Costituente, con l’art. 39 Cost. seconda parte, ha predisposto un compiuto sistema *dinamico* di produzione di norme a tutela del lavoro. L’*effettivo* sviluppo dell’esperienza giuridica – con al centro le storiche confederazioni sindacali –, se ha seguito solo parzialmente il disegno costituzionale, ne ha in sostanza rispettato lo spirito, benché non senza sforzi. Così, tutto sommato, il processo circolare tra sfera sociale e sfera economica ha tenuto, anche durante difficili congiunture, garantendo una sostanziale continuità del diritto del lavoro, anzitutto della sua chiave di volta, l’inderogabilità: come dire, ancor prima dei contenuti, sono stati i percorsi di definizione delle tutele a segnare la strada.

È all’indomani del nuovo secolo, con una marcata intensificazione negli ultimi anni, che quel processo è sottoposto a pressioni inusuali e mostra un’insostenibile insofferenza anche sul piano dell’effettività. Tuttavia, se questo piano da solo sembra ormai inadeguato a governare la complessità del presente, non sono gli “incauti” (sotto ogni profilo) interventi normativi del nuovo millennio, di sostanziale aggiramento della norma inderogabile a favore del rafforzamento del potere datoriale, a delineare un quadro più roseo. Questi interventi, in primo luogo, peccano di condivisione e trasparenza: entrambe imposte, se non altro, da un’elementare esigenza di rispetto dei circuiti democratici e dal rischio di generare più problemi di quanti se ne possano risolvere, come eloquentemente sottolineato dal Capo della Stato nell’*incipit* del messaggio di rinvio alle Camere del d.d.l. 1167/B/bis A.S.; in secondo luogo, perdono di vista il modello di società a cui, nel tempo, ci lega la nostra Costituzione e nel quale il binomio lavoro-cittadinanza costituisce il crocevia della dialettica tra il sociale e l’economico. Sicché, il loro cedimento al pen-



siero liberista, in questo periodo (oggi meno di ieri) dominante, è irrimediabilmente arrestato dai “vincoli di sistema”.

Che il diritto del lavoro sia dinanzi a una svolta è, comunque, possibile. Ma, a ben vedere, non c'è granché da stupirsi. La “discontinuità” è stata la cifra della nostra materia<sup>116</sup>, per almeno una buona metà della sua esistenza; ha evidentemente condizionato, poi, gli anni a seguire, allontanando, probabilmente, una piena maturità. Sotto questo profilo l'art. 8, nell'intento di introdurre regole per l'azione sindacale, deve far riflettere: sarebbe un errore fermarsi alle sue tante e pure decisive debolezze. Trascurare il carattere problematico dell'inderogabilità, dinanzi alla “contemporaneità”, può comportare un prezzo alto: potrebbe spingere verso epoche passate, ridando all'inderogabilità i tratti di un vuoto contenitore anziché di affidabile scudo del binomio lavoro-cittadinanza, al contempo determinando la perdita di una preziosa se non unica risorsa per governare i cambiamenti sociali. Questo, senza ombra di dubbio, sarebbe un declino, naturalmente prima di tutto del nostro livello di civiltà e di democrazia. Sinora non ha preso consistenza, ma è alto il rischio che accada. E sicuramente non tranquillizzano le ultimissime vicende, contrassegnate dalla (se non altro) confusa e miope rivisitazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori<sup>117</sup> anziché dalla rimozione dell'art. 8 e dal serio tentativo di dare finalmente vita a un solido sistema di regolazione del lavoro, come indicato dal Costituente: con ogni evidenza, si è preferito intervenire sui contenuti delle tutele, per avere un risultato “politico” immediato ma dai successivi esiti a dir poco incerti, invece che sui

<sup>116</sup> Così GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica (a proposito de Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana - Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo)*, in RIDL, I, 2009, p. 9; ROMAGNOLI, *Il dopo-statuto: un testimone, un interlocutore*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, I, Giuffrè, 2004, p. 1345.

<sup>117</sup> Sull'argomento v., tra gli altri, BALLESTRERO M.V., *Habemus legem!*, in questa rivista, 2012, p. 229; CARINCI F., *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_615784860.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_615784860.pdf); CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, in DLRI, 2012, p. 527; CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, suppl. al n. 33, 2012, p. 30; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_675700881.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_675700881.pdf), 2012, p. 1; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, I, 2012, p. 415; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, I, 2012, p. 521; VALLEBONA *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 53 ss.; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 82.

relativi percorsi di definizione, tracciando con lungimiranza binari su cui provare a procedere tra le difficoltà, presenti e future. Non esistono – è chiaro – certezze, ma, a questo punto, invitare a voltarsi verso la Costituzione non può sbrigativamente essere considerata l'ennesima inascoltata invocazione di un quadro di regole; piuttosto, pone l'accento sulla responsabilità di accantonare, ancora oggi, a fronte di una realtà assai complessa, un disegno di sicuro meno "improvvisato" (non solo sul piano tecnico) delle soluzioni con cui ci stiamo misurando: come tale – paradossalmente, se si vuole – forse utile a riannodare i fili della storia del nostro diritto del lavoro e a dare risposte alle domande del nostro tempo.

### Abstract

Nonostante i mutamenti degli ultimi quarant'anni, pure rilevanti, l'inderogabilità costituisce tutt'oggi l'asse portante del diritto del lavoro. Anche i più recenti ambigui interventi legislativi finiscono, di fronte ai vincoli "di sistema", per non incidere su questa fondamentale caratteristica della materia. Al contempo, però, il (debole) tentativo di introdurre nuove regole sindacali (art. 8 d.l. n. 138/11) mostra, dinanzi alla complessità del presente, la natura *problematica* dell'inderogabilità e la conseguente necessità di un solido sistema *dinamico* di regolazione del lavoro – coerente con l'art. 39, seconda parte, Cost. –, risultando ormai insoddisfacente il tradizionale assetto sindacale incentrato sull'effettività.

Despite the (even) important changes of the last forty years, still today "inderogability" represents a basic feature of labour law. Also the latest ambiguous legislative interventions do not affect this peculiarity of labour law, owing to the binding force of the whole "system". At the same time, however, the weak attempt to introduce new union rules (Article 8, d.l. 138/11) shows, before the complexity of the present situation, the *problematic* nature of "inderogability" and, consequently, the necessity of a solid *dynamic* system of labour regulation – consistent with Article. 39, second part, of the Constitution –, since the traditional union system centred on actuality proves to be unsatisfactory nowadays.



## Raffaello Santagata

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

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

#### 6. *La scelta sociale (Sozialauswahl)*

In Germania, come in molti altri paesi europei, esiste una disciplina specifica che si occupa di una questione cruciale legata al licenziamento per motivi economici e, in particolare, ai licenziamenti plurimi o collettivi, vale a dire la selezione dei lavoratori da licenziare. Il licenziamento, nonostante la sussistenza di ragioni oggettive, è socialmente ingiustificato, e dunque inefficace (*unwirksam*), qualora il datore di lavoro, nella scelta delle persone da licenziare, abbia ignorato, o non abbia tenuto nel dovuto conto, i criteri di rilevanza sociale. L'intento perseguito dal legislatore è di far ricadere la scelta sul lavoratore che meno ha l'esigenza, secondo i criteri di rilevanza sociale previsti dalla legge, di conservare il posto di lavoro.

Un passaggio preliminare alla selezione sociale consiste nella delimitazione

\* Il presente contributo riproduce, con alcune integrazioni, il *working paper* del CSDLE Massimo D'Antona. INT n. 96/2012. La prima parte è stata pubblicata sul n. 3/2012 di questa Rivista.

<sup>1</sup> Per esempio, BAG 2.6.2005 – 2 AZR 158/04, BAGE 115, 82 = AP Nr.73 zu § 1 KSchG 1969. Soziale Auswahl = NZA 2005, 1175.

sia dell'ambito entro il quale debbono essere applicati i criteri previsti dalla legge sia della cerchia dei lavoratori comparabili. Sotto il primo profilo, la giurisprudenza tedesca, diversamente da quella italiana, ha sviluppato un orientamento secondo cui il datore di lavoro è obbligato ad utilizzare come ambito di riferimento della sua scelta *l'intera azienda*<sup>2</sup>, senza dunque consentirgli di rapportare la sua *soziale Auswahl* soltanto a quelle parti di azienda interessate dal progetto di chiusura o di ristrutturazione. Per quanto riguarda, invece, la delimitazione della cerchia dei lavoratori comparabili, i giudici ritengono possibile includere, ai fini della selezione sociale, tutti i lavoratori che svolgono mansioni tra loro fungibili<sup>3</sup>, ritenendo che la fungibilità sussista anche se la sostituzione richiede un breve periodo di addestramento per impraticarsi.

Tuttavia, il datore di lavoro non può accollarsi il costo dell'addestramento laddove per ristabilire la comparabilità sia necessario un periodo troppo lungo di formazione<sup>3</sup>.

Negli anni più recenti si sono succeduti due importanti interventi legislativi che hanno modificato profondamente la regolamentazione dei criteri per la selezione sociale. Si allude anzitutto alla già richiamata legge di promozione dell'occupazione del 1996 che ha recepito i tre parametri già applicati in sede giurisprudenziale (l'anzianità aziendale, l'età, gli obblighi di mantenimento) (§ 1, c. 3-5 del KSchG) e, in secondo luogo, alla riforma del 2003, che, invece, ha aggiunto a tali criteri la grave invalidità del lavoratore (*Schwerbehinderung*) ed ha disposto un trattamento privilegiato per alcune categorie. In particolare il legislatore del 2003 ha consentito espressamente al datore di lavoro di escludere dalla selezione sociale i lavoratori la cui prosecuzione dell'attività sia necessaria per esigenze tecniche, economiche o per altre legittime esigenze aziendali oppure di coloro i quali al momento della dichiarazione del licenziamento non possono essere licenziati per ragioni legate alla tutela speciale in caso di licenziamento. Si tratta di un'innovazione di non poco conto poiché in passato, la disciplina tedesca, al pari di quella svedese<sup>4</sup>, era interpretata nel senso che la scelta non potesse dipendere principalmente dalle capacità e dal rendimento del lavoratore ma dovesse essere effettuata soltanto secondo criteri sociali.

<sup>2</sup> BAG 2.03.2006 – 2 AZR 23/05, in NZA 2006, 1350.

<sup>3</sup> BERKOWSKY, *Die Betriebsbedingte Kündigung*, in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II*, C.H. Beck, 1993, p. 418.

<sup>4</sup> Cfr. REBHAIN, *Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers in den Staaten der EU*, in ZA 2003, p. 202, il quale riferisce che in Svezia il datore di lavoro deve licenziare anzitutto i lavoratori che hanno meno anzianità di servizio anche se sono più qualificati.

In questa materia anche il diritto tedesco, come il nostro, riconosce all'autonomia collettiva alcuni spazi di intervento: il § 1 Abs 4 *KSchG* non affida però al contratto collettivo (o all'accordo di codeterminazione aziendale) il compito di determinare, in prima battuta, i criteri di scelta come avviene da noi, bensì quello, non meno delicato, di stabilire come debbano essere valutati, in rapporto tra loro, i criteri legali<sup>5</sup>. Peraltro, il legislatore tedesco, aprendo in qualche misura la strada ad un sindacato giurisdizionale sul prodotto dell'autonomia collettiva sotto il profilo della ragionevolezza – come da noi si è verificato con la sentenza della Corte costituzionale del 30.6.1994 n. 268 – prevede che l'accordo così raggiunto possa essere sottoposto ad un controllo giudiziale nel caso di “manifesta erroneità” (“*grober Fehlerhaftigkeit*”)<sup>6</sup>.

Come già anticipato qualora i licenziamenti vengano pronunciati sulla base di una “modificazione della struttura aziendale” secondo il disposto del § 111 *BetrVG*, il cosiddetto accordo di interessi, con il quale in base al § 112 Abs. 1 del *BetrVG* il consiglio aziendale e il datore di lavoro stabiliscono se, quando, ed in qual modo debba essere realizzata la progettata modificazione, può individuare nominativamente le persone da licenziare (§ 1 Abs. 5 *KSchG*)<sup>7</sup>.

In dottrina è controverso se l'elencazione dei criteri di scelta contenuta nel § 1, a. 3 S.1 del *KSchG* abbia carattere tassativo oppure solo esemplificativo, e dunque sia ammessa la possibilità di dar rilievo a circostanze ulteriori

<sup>5</sup> Nella prassi si predispose normalmente un catalogo con un punteggio (es. per ogni anno di anzianità 2 punti, per ogni anno di età 1 punto, per dieci gradi di invalidità, 3 punti etc.) e vengono poi licenziate le persone con il punteggio più basso. Né il contratto collettivo né l'accordo di codeterminazione sono da ritenere legittimati a regolare la questione di chi rientra nell'ambito della nozione di lavoratore comparabile o di chi deve essere sottratto alla selezione sociale a causa di interessi legittimi dell'impresa. In tal senso DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 618.

<sup>6</sup> Secondo il BAG (2.12.1999, 2 AZR 757/98, in *DB* 2000, 1338) questo vizio ricorre quando uno dei criteri non è preso affatto in considerazione.

<sup>7</sup> Il lavoratore, incluso nella lista, che agisce in giudizio si deve accollare l'onere di dimostrare che la decisione imprenditoriale non conduce alla soppressione del suo posto di lavoro o che esiste una diversa possibilità di impiego nell'impresa. A tal proposito DÄUBLER (*Das Arbeitsrecht. Das Arbeitsrechtverhältnis: Rechte und Pflichten, Kündigungsschutz*, 2, Rowohlt Verlag, 2009, p. 619) solleva alcuni dubbi di costituzionalità dal momento che la giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene che al lavoratore “non potrebbe essere addossato integralmente l'onere di allegare e dimostrare quelle circostanze che non ricadono nella sua sfera”. BVerfG 6.10.1999, in *NZA* 2000, 110. Il BAG ha sottolineato espressamente che nel caso sia stata prevista una lista di nomi il datore di lavoro deve, su richiesta, comunicare al lavoratore i motivi che hanno indotto ad eseguire quella determinata scelta sociale. Se la scelta sociale può essere contestata soltanto a causa della “manifesta erroneità”, il lavoratore può sempre chiedere che venga verificato giudizialmente che la lista di nomi non si attiene ai criteri a cui la decisione interessata si dovrebbe conformare.

oggettivamente verificabili. La formulazione letterale induce a ritenere che il legislatore abbia voluto perseguire un intento di certezza del diritto e determinare dunque una volta per tutte la gamma dei criteri utilizzabili. Sul punto è senz'altro auspicabile un chiarimento da parte del legislatore. Tuttavia, si propende per un'interpretazione elastica<sup>8</sup>, ammettendo la piena legittimità anche di una scelta dei lavoratori da licenziare operata dando rilievo a circostanze di natura diversa, come un eventuale infortunio sul lavoro subito dal lavoratore, il fatto di dover crescere un figlio da soli, o di avere familiari bisognosi di assistenza infermieristica<sup>9</sup>. E ciò purché si accerti, a seguito di una valutazione rigorosa, che tali circostanze abbiano un qualche nesso diretto con i quattro criteri legali, come nel caso della malattia professionale o dell'infortunio non addebitabile a colpa del lavoratore.

Sotto questo profilo Wolfgang Däubler suggerisce un'interpretazione costituzionalmente orientata, facendo notare che la Corte costituzionale ha ritenuto da tempo che il legislatore (o il giudice) non possono astenersi dal considerare la situazione sociale di chi è interessato da un licenziamento, e in particolare, quella di chi è più anziano, o ha una grave disabilità, o è obbligato da solo al mantenimento del proprio figlio o si “trovi una situazione analoga”<sup>10</sup>. L'art. 12, Abs 1 del GG impone di valutare in modo differenziato chi è obbligato al semplice mantenimento e chi deve affrontare da solo i carichi familiari.

Passando ad esaminare singolarmente i quattro criteri di scelta previsti dalla legge, va osservato che se già prima del '96 si discuteva in merito al loro fondamento, oggi si pone anche la questione della conformità di essi rispetto all'*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* del 2006 (AGG), la legge con la quale l'ordinamento tedesco traspone in Germania il diritto antidiscriminatorio europeo (e, dunque anche la dir. 2000/78/EC). Per quanto riguarda

<sup>8</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 611.

<sup>9</sup> Da tempo parte della dottrina si domanda se la scelta possa essere operata in relazione al fatto che il coniuge del lavoratore coinvolto dal licenziamento abbia un proprio reddito. Numerose voci in dottrina lo escludono rilevando, da un lato, che tale fattore non è legato al rapporto di lavoro in quanto tale, e dall'altro, che così facendo si accetterebbe implicitamente il principio della “*Sippenhaft*” in base al quale le famiglie condividono le responsabilità per un atto commesso da uno dei componenti, il che è in contrasto con l'art. 6 del GG. Un'interpretazione in senso diverso sarebbe anche in contrasto con l'art. 3, Abs. 2 del GG in quanto la considerazione di tale fattore configura di fatto una discriminazione indiretta per le donne. In questo senso BERKOWSKY, *op. cit.*, pp. 430-431.

<sup>10</sup> BVerfG 24.4.1991, BVerfGE 84 133, 154 = NJW 1991, 1667.

l'anzianità aziendale secondo l'opinione prevalente in dottrina la previsione di tale criterio non dà luogo ad una discriminazione indiretta ai sensi del § 3, Abs 2 dell'AGG né per ragioni di sesso né per ragioni di età. Nella specie si configura una giustificazione oggettiva dal momento che i mezzi per raggiungere l'obbiettivo perseguito sono da ritenere appropriati e necessari. Ed infatti, quanto più a lungo una persona resta legata dallo stesso rapporto di lavoro, tanto più difficile diventa adattarsi ai cambiamenti in quanto quella persona acquisisce una conoscenza specifica di quella azienda che non può più spendere in modo utile con un altro datore di lavoro<sup>11</sup>.

Neppure l'anzianità anagrafica si pone in contrasto con la normativa antidiscriminatoria<sup>12</sup> anche se il fondamento di tale criterio è stato sempre assai controverso. Alcuni ritengono che esso si giustifichi in virtù del fatto che “le conseguenze connesse alla perdita del posto di lavoro, e in particolare l'assunzione presso una nuova azienda ed un qualsiasi cambio di residenza possono essere sopportate più facilmente da chi è più giovane”<sup>13</sup>; altri fanno notare che non sempre, in conseguenza del licenziamento, il lavoratore anziano è penalizzato rispetto a quello più giovane dal momento che, in relazione ad alcuni tipi di attività, un'età più avanzata, grazie ad un'esperienza normalmente più elevata, può agevolare il ricollocamento nel mercato del lavoro<sup>14</sup>. Altri ancora considerano l'età una “grandezza ambivalente”, ritenendo che essa possa assumere rilievo solo se si coniuga con una lunga anzianità di servizio<sup>15</sup>, dovendo peraltro considerarsi che normalmente le *chance* sul mercato del lavoro peggiorano a partire dai 40 anni.

L'altro criterio da considerare in via prioritaria, accanto all'anzianità aziendale e all'età, è costituito dagli obblighi di mantenimento; criterio, que-

<sup>11</sup> THÜSING, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote*, C.H. Beck, 2007, p. 186.

<sup>12</sup> Sul punto v. tra gli altri THÜSING, *op. cit.*, p. 186, il quale ritiene che la considerazione dell'età nella selezione sociale operata in occasione di un licenziamento per ragioni oggettive sia espressamente consentita dal § 10 Nr. 6 AGG nella misura in cui l'età non venga utilizzata come parametro privilegiato rispetto agli altri criteri di selezione ma siano le particolarità del singolo caso e le differenze individuali dei lavoratori comparabili a decidere le *chance* sul mercato del lavoro.

<sup>13</sup> HERSCHEL, LÖWISCH, *Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz*, 1984, *Bücher des BB*, Rd Nr. 228.

<sup>14</sup> ROST, *Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung*, in *ZIP*, 1982, p. 1397.

<sup>15</sup> STAHLHACKE, PREIS, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, Beck C.H., 1991, RdNr. 668.



sto, che assume particolare rilievo se il/la dipendente, nella sua qualità di padre o di madre, si trova a dover crescere un figlio da solo/a. La circostanza che la perdita del lavoro incida economicamente su più di una persona è un motivo sufficiente per giustificare ai sensi del § 3 AGG la penalizzazione “statistica” delle donne (che più raramente degli uomini sono obbligati al mantenimento del loro coniuge).

Con riguardo infine al criterio della grave invalidità non si pone alcun problema se ricorrono i presupposti previsti dal § 2, Abs. 2 o 3 del *Sozialgesetzbuch* (SGB) IX. In particolare deve essere formalmente attestato che il lavoratore interessato mantenga almeno un grado di invalidità del 50% o nel caso di un grado d’invalidità del 30% se si tratti di persone gravemente invalide il cui licenziamento sia stato approvato dall’ufficio per l’integrazione.

La legge impone al datore di lavoro di tenere conto dei quattro criteri di cui sopra sebbene, non avendo previsto in che modo debbano essere contemperati l’uno con l’altro, lasci in capo al datore un certo margine di discrezionalità (“*Wertungsspielraum*”) nella loro applicazione.

Il BAG, lungi dal pretendere che la selezione sociale da lui compiuta sia la “migliore possibile”, richiede che la valutazione sia almeno equilibrata (“*ausgewogen*”) e ragionevole, anche se effettuata mediante l’applicazione di un sistema a punteggio<sup>16</sup>. Il datore di lavoro deve dunque ponderare nella giusta misura tutti e quattro i criteri e, di regola, decidere di volta in volta anche in base alle circostanze del caso concreto: sicché il criterio dell’età potrebbe perdere rilevanza in considerazione della situazione economica generale e in particolare dell’attuale disoccupazione di massa<sup>17</sup> mentre il criterio dell’obbligo al mantenimento potrebbe assumere un peso diverso a seconda che la persona in questione rappresenti o no l’unico genitore.

Con una decisione del 9 novembre del 2006<sup>18</sup> il Tribunale federale del lavoro ha anche mitigato le conseguenze legate alla mancanza di una selezione sociale corretta, superando un orientamento precedente, assai discutibile, in base al quale qualsiasi soggetto interessato dalla selezione avrebbe potuto invocare tale vizio. Secondo il nuovo orientamento giurisprudenziale qualora la selezione sociale venga effettuata in modo erroneo non tutti i licenziamenti intimati dal datore di lavoro dovranno essere invalidati a catena

<sup>16</sup> BAG 6.7.2006, 2 AZR 443/05, NZA 2007, 197, 203.

<sup>17</sup> BAG 24.3.1983 AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung zu B IV, 2, b).

<sup>18</sup> In NZA 2007, 549.

(così come accadeva in passato secondo la c.d. *Dominotheorie*). Pertanto, la legittimazione ad agire in giudizio per far valere l'inefficacia del licenziamento spetta solo a quei lavoratori che non sarebbero stati licenziati nell'ipotesi di una corretta selezione sociale. Il licenziamento resta valido se il datore di lavoro può dimostrare che il lavoratore nel caso di corretta selezione sociale sarebbe stato ugualmente licenziato.

Sempre a proposito della scelta del personale, come già anticipato, il datore di lavoro può escludere dalla cerchia dei lavoratori per i quali deve aver luogo la selezione sociale le persone la cui permanenza in azienda risponde ad un "legittimo" interesse per la stessa "in ragione delle loro conoscenze, competenze e prestazioni, o al fine di assicurare una equilibrata struttura del personale all'interno dell'impresa stessa" (§ 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG*). Il legislatore allude a quel nucleo di dipendenti il cui contributo si rivela di importanza strategica per la crescita dell'impresa nella misura in cui la prosecuzione del rapporto di lavoro può portare ad un aumento degli utili o ad evitare alcune perdite<sup>19</sup>.

Tuttavia – come ha posto in evidenza giustamente il BAG<sup>20</sup> – la legge parla di un "legittimo" (*berechtigtes*) interesse, lasciando intendere che l'interesse dell'impresa non valga di per sé a giustificare l'esclusione di un singolo lavoratore dall'ambito delle persone comparabili nella selezione sociale. Pertanto l'interesse dell'impresa a continuare ad avvalersi di una determinata persona deve pur sempre essere temperato di volta in volta con l'interesse – ugualmente meritevole di protezione – degli altri lavoratori socialmente deboli a mantenere una qualità di vita dignitosa<sup>21</sup>.

Con riferimento alle due ipotesi tipizzate nelle quali si configura un "legittimo" interesse aziendale in base al § 1 Abs. 3 S. 2 *KSchG* si può svolgere una valutazione differenziata<sup>22</sup>: il riferimento a persone in possesso di conoscenze e competenze distintive appare senz'altro significativo nel quadro della cosiddetta economia della conoscenza, laddove la capacità di operare con

<sup>19</sup> Secondo la dottrina ciò significa che il vantaggio dovrebbe essere di una certa consistenza e riflettersi sui risultati dell'impresa BADER, *Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und Befristungsrecht*, in NZA 2004, p. 65.

<sup>20</sup> BAG in NZA 2003, 43.

<sup>21</sup> In tal senso, DÄUBLER, *Das reformierte Kündigungsschutzrecht oder: Was vom Schutz übrig blieb*, in *Arbeitsrecht im Betrieb (AiB)*, 2005, p. 387, 389.

<sup>22</sup> KITTNER, DEINERT, in KITTNER, DÄUBLER, ZWANZIGER (Hrsg), *Kündigungsschutzrecht. Kommentar für die Praxis*, Frankfurt, 2008, Rn. 369. Rn. 495.

criteri di efficienza è sempre più legata al *know-how* e alle competenze specialistiche del dipendente. Si pensi al caso della conoscenza delle lingue: se l'impresa sta cominciando a coltivare affari con un cliente tedesco può avere un "legittimo" interesse a licenziare una commessa monoglotta, invece di un'altra che sa parlare tedesco. Ancora, l'imprenditore può decidere di non licenziare un venditore esperto di un settore merceologico in crisi che sostiene di essere in grado di vendere prodotti diversi trattati dall'azienda in settori nei quali il mercato "tira" e gli addetti alle vendite sono sovraccarichi di lavoro.

Più problematica è l'altra ipotesi in cui si configura un legittimo interesse: quella in cui l'esclusione è finalizzata a garantire "una composizione equilibrata della forza lavoro"<sup>23</sup>. Tale previsione ridimensiona il forte impatto dell'età come criterio di selezione sociale anche se la norma fa riferimento in generale alla "struttura del personale" e non necessariamente all'età. Il BAG consente la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età se ciò risponde ad un fondato interesse aziendale, rendendo possibile in tal modo eseguire la scelta sociale all'interno degli stessi e fare sì che in caso di ridimensionamento dell'organico si ritrovi la stessa quota di lavoratori giovani ed anziani<sup>24</sup>. È però dubbio se la costituzione di gruppi di lavoratori ripartiti per età possa essere giustificata in considerazione del divieto di discriminazione per età previsto nel § 7, Abs. 1, AGG<sup>25</sup>

#### 7. Il licenziamento per ragioni legate al comportamento inadempiente del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*)

Oltre alle ipotesi già esaminate il sistema tedesco, in analogia con quanto prevede il nostro ordinamento, consente al datore di lavoro di licenziare il lavoratore assunto a tempo indeterminato sia se ricorre il "grave motivo" (*wichtiger Grund*) idoneo come tale a giustificare un licenziamento in tronco ai sensi del § 626, Abs. 1 del BGB (v. *infra* § 8), sia in presenza di ragioni meno gravi "connesse al comportamento del lavoratore"; causale, questa, di

<sup>23</sup> V. al riguardo DÜTZ, THÜSING, *Arbeitsrecht*, C.H. Beck, 2011, p. 210.

<sup>24</sup> BAG 6.11.2008, AZ. 2 AZR 523/07, in *NZA* 2009, 361.

<sup>25</sup> Il BAG si è recentemente pronunciato in senso affermativo. BAG 6.9.2007 - 2 AZR 387/06, in *NZA* 2008, 405.

cui la *KSchG* non offre però alcuna nozione al § 1 (licenziamento ordinario).

La giurisprudenza, anche con riferimento a tale tipologia di licenziamento, ha svolto un'importante opera di integrazione interpretativa. Si è anzitutto ritenuto che per configurare il licenziamento per ragioni legate al comportamento del lavoratore (*verhaltensbedingte Kündigung*) non basti un qualsiasi inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro, ma debba sussistere una violazione degli obblighi contrattuali illegale (*rechtswidrig*) e colpevole (*schuldhaft*) che non integri gli estremi del “grave motivo” (*wichtiger Grund*) di cui al § 626 del BGB.

Come nel nostro sistema, dottrina e giurisprudenza hanno per lo più ammesso che un licenziamento ordinario possa ricorrere tanto in caso di violazione dell'obbligo fondamentale (e in particolare, dell'obbligo di eseguire la prestazione lavorativa o di osservare le direttive impartite dal datore di lavoro), che in caso di inadempimento di un obbligo accessorio.

Nell'ipotesi che ha assunto di recente grande rilievo pratico nel nostro ordinamento, quella cioè del licenziamento per scarso rendimento (*Schlechtleistung*), la giurisprudenza tedesca – in analogia con quella italiana – dando particolare risalto all'elemento soggettivistico, ravvisa un inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di lavoro imputabile al lavoratore laddove questi esegua la prestazione senza sfruttare in modo adeguato la propria capacità produttiva<sup>26</sup>. In una recente pronuncia si osserva che il lavoratore non è inadempiente per il solo fatto che il suo rendimento sia stato inferiore alla media dei lavoratori addetti a quella specifica attività; d'altra parte – si rileva – in un gruppo c'è sempre chi rappresenta il “fanalino di coda” e non può escludersi che tutti gli altri membri siano particolarmente produttivi; ma il fatto che il livello di rendimento di un lavoratore si mantenga per lungo tempo al di sotto di tale soglia può costituire un indizio della sussistenza di

<sup>26</sup> BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, in NZA 2008, 693; BAG 21.5.1992 – 2 AZR 551/91 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 28 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 42, zu II 3 a der Gründe. Non ha trovato seguito in giurisprudenza l'opinione contrapposta (HUNOLD, *Unzureichende Arbeitsleistung als Abmahn- und Kündigungsgrund*, in BB 2003, p. 2345) secondo cui il lavoratore ai sensi del § 243 BGB risponde sulla base di uno “standard di rendimento obiettivo”. Secondo il BAG questo punto di vista non considera sufficientemente che il contratto di lavoro in quanto *Dienstvertrag* non conosce una “responsabilità oggettiva” del dipendente ed il debitore della prestazione di lavoro è titolare di una obbligazione di mera attività.

un inadempimento degli obblighi contrattuali, anche in considerazione del numero, del tipo, della gravità delle mancanze commesse, nonché delle conseguenze dell'inesatta esecuzione della prestazione di lavoro<sup>27</sup>.

Sicché, se il datore di lavoro allega in giudizio elementi in tal senso, il dipendente dovrà farsi carico di chiarire le ragioni per cui, nonostante lo sforzo profuso, il suo rendimento sia stato sensibilmente inferiore alla media, potendo, a tal fine, invocare anche cause di infermità<sup>28</sup>.

La violazione di un obbligo accessorio può ricorrere invece nel caso in cui il lavoratore si sia reso inottemperante ad alcune regole di condotta in azienda, come il divieto di fumo, oppure abbia violato l'obbligo al segreto, o ancora abbia sporto denuncia penale contro il datore di lavoro senza documentarsi a sufficienza<sup>29</sup>. Il riferimento al concetto di "fiducia" assume in questo ambito un significato ben preciso. Ed infatti la violazione degli obblighi accessori, come tali estranei all'obbligazione fondamentale, può giustificare il licenziamento solo se è legittimo ritenere sia stato pregiudicato l'affidamento del creditore nella corretta esecuzione in futuro della prestazione lavorativa. Anche i comportamenti posti in essere nella vita privata possono assumere rilievo nella misura in cui si debbano considerare vietati in virtù di tali obblighi.

Peraltro, la violazione degli obblighi contrattuali, che di regola deve es-

<sup>27</sup> BAG 17.1.2008, 2 AZR 536/06, cit.

<sup>28</sup> Per questa ragione l'ipotesi del licenziamento per scarso rendimento può essere ricondotta, a seconda dei casi, ai motivi legati alla persona oppure a quelli legati al comportamento del lavoratore. In dottrina si pone il problema di tracciare una linea di demarcazione. V. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 372. Si ritiene peraltro che se lo scarso rendimento è imputabile al lavoratore, il datore di lavoro, dopo aver contestato l'addebito, sia tenuto a concedere al lavoratore un periodo ragionevole per riparare (*Umlernphase*). In caso contrario, il licenziamento, nonostante la mancanza di prestazione, è contrario al principio di *extrema ratio*. Come vedremo al § 9, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato socialmente ingiustificato, la giurisprudenza riconosce al datore di lavoro la facoltà di richiedere lo scioglimento del rapporto di lavoro ove dimostri il venir meno del rapporto fiduciario per scarso rendimento. Per una critica all'orientamento dei giudici del lavoro italiani in materia di scarso rendimento v. da ultimo CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT – 140/2012; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 19.

<sup>29</sup> BAG 12.01.2006, 2 AZR 21/05, in NZA 2006, 917, secondo cui, "come in ogni altro rapporto contrattuale, anche nel contratto di lavoro può venire in considerazione la violazione di un obbligo di protezione (*Rücksichtnahmepflicht*) (§ 241 Abs. 2 BGB) dal momento che i contraenti sono tenuti alla tutela e alla promozione dello scopo contrattuale".

sere imputabile a colpa, può venire in considerazione anche in occasione di un licenziamento basato su un semplice “sospetto” (*Verdachtskündigung*): in tal caso occorre un grave sospetto, oggettivamente documentabile, di violazioni rilevanti degli obblighi contrattuali tali da menomare la fiducia richiesta per la prosecuzione del contratto di lavoro. Tuttavia, per scongiurare l'eventualità che un licenziamento venga intimato con troppa leggerezza, si ritiene che il datore di lavoro prima di determinarsi alla decisione di licenziare, debba assumere tutte le misure ragionevoli per chiarire lo stato dei fatti, e in particolare dar modo al lavoratore di far valere le proprie ragioni<sup>30</sup>.

Il controllo giudiziale per verificare se il licenziamento è “socialmente giustificato” si articola in due passaggi.

a) Innanzitutto, il giudice può e deve accertare se il licenziamento è “di per sé” giustificato ai sensi del § 1, Abs. 2, S 1 KSchG e se dunque non sia possibile un reimpiego, né misure più “miti” (*Generelle Eignung*).

b) in secondo luogo, una volta appurato che il licenziamento è “di per sé” giustificato, può e deve procedere di regola al contemperamento degli interessi di entrambe le parti con riferimento al singolo caso concreto. Infatti, non esistono motivi di licenziamento validi in assoluto.

Anche con riferimento alla tipologia di licenziamento in esame, il giudice, nel valutare se il licenziamento sia di per sé giustificato, dispone di margini di discrezionalità alquanto ampi<sup>31</sup>. Anzitutto, deve eseguire una prognosi per stabilire se è ragionevole attendersi che anche in futuro si avrà a che fare con analoghe violazioni del rapporto di lavoro (*Prognoseprinzip*). In proposito, la giurisprudenza tedesca, in analogia con la nostra, è costante nell'affermare che l'inadempimento idoneo a giustificare il licenziamento è soltanto quello in grado di far venir meno il ragionevole affidamento del datore di lavoro nel regolare adempimento futuro. Il licenziamento non deve avere un carattere punitivo e fungere da deterrente contro i comportamenti irregolari<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, in *NZA* 1986, 674; BAG 13.03.2008 – 2 AZR 961/06, in *NZA* 2008, 809.

<sup>31</sup> È quanto contestano da tempo diversi autori i quali fanno notare che l'ampio potere di apprezzamento dei giudici genera una forte divaricazione degli indirizzi giurisprudenziali che rischia di svilire ogni certezza nei rapporti giuridici. V. RÜTHERS, *Der geltende Kündigungsschutz. Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem?*, in *NJW* 23, 2006, p. 1640 che cita il caso scandaloso di un conducente della metropolitana di Berlino, che viene trovato completamente ubriaco al volante della sua auto, eppure i giudici nel corso dei tre gradi di giudizio ritengono ugualmente di non poter accogliere il licenziamento disciplinare (BAG 4.6.1997, Nr. 137 del § 626 BGB).

<sup>32</sup> BAG 12.1.2006, 2 AZR 179/05, in *NZA* 2006, 980.

Se la prognosi ha esito negativo, il giudice dovrà sottoporre il licenziamento ad un giudizio di proporzionalità o di *extrema ratio*, potendo giungere ad ammetterne la legittimità solo in assenza di una misura più lieve per indurre il lavoratore in futuro ad un comportamento rispettoso degli obblighi contrattuali. L'applicazione del principio di *extrema ratio* assume diverse implicazioni. In primo luogo, tale principio può imporre al datore di lavoro di trasferire il lavoratore in un altro posto di lavoro, nel quale sia lecito presumere che violazioni simili a quelle perpetrate non possano ripetersi (si pensi ad un trasferimento per incompatibilità aziendale)<sup>33</sup>. Come s'è visto negli altri casi di licenziamento, anche qui, il datore di lavoro deve prendere in considerazione la possibilità di un reimpiego del lavoratore ed offrirgli un posto di lavoro adeguato anche a condizioni diverse da quelle pattuite in precedenza. Se il lavoratore ha rifiutato l'offerta di un'altra occupazione (senza dimettersi seduta stante), il datore di lavoro è tenuto di regola ad intimare il cosiddetto licenziamento modificativo ai sensi del § 2 del KSchG. Con il consenso del lavoratore è anche possibile un trasferimento ad un altro posto di lavoro a condizioni peggiori.

Un'altra importante regola che la giurisprudenza fa discendere dal principio dell'*extrema ratio* è quella secondo cui il datore di lavoro deve preventivamente ammonire il lavoratore sulle conseguenze a cui egli andrà incontro laddove non cambi il proprio comportamento. Un simile ammonimento (*Abmahnung*) è necessario se è legittimo presumere che in virtù dell'ammonimento ricevuto il lavoratore non reiteri in futuro la condotta contestata. Sulle ipotesi in cui scatta l'obbligo di richiamo si deve però registrare un cambiamento di rotta in giurisprudenza. In un primo momento il BAG aveva ritenuto necessario il richiamo nel caso in cui la violazione dei doveri si ripercuotesse sull'"ambito della prestazione" e per contro non necessario se si riflettesse sull'"ambito della fiducia"<sup>34</sup> sulla base della considerazione che un richiamo non può valere a ristabilire nuovamente la fiducia una volta che questa sia stata compromessa. Tale orientamento aveva suscitato alcune perplessità, facendosi notare come non fosse affatto agevole determinare una netta linea di discrimine tra i due ambiti<sup>35</sup>. Ciò ha indotto il BAG a ritenere

<sup>33</sup> BAG 6.10.2005, 2 AZR 280/04, in NZA 2006, 431.

<sup>34</sup> BAG 4. 4. 1974 AP.Nr. 1 zu § 626 BGB *Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*; BAG 18.11. 1986 AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 *Verhaltensbedingte Kündigung*; 10. 11. 1988 AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 *Abmahnung*= NZA 1989, 633.

<sup>35</sup> PREIS, *Die verhaltensbedingte Kündigung*, in DB, 1990, p. 630.

che un richiamo non possa mancare nel caso in cui la violazione dei doveri riguardi l'“ambito della fiducia” sempre che possa ritenersi idoneo a ripristinare il fondamento fiduciario ed il comportamento del lavoratore si presti in qualche misura ad essere corretto (es. la violazione di un obbligo al segreto che non ha alterato irreversibilmente il rapporto fiduciario)<sup>36</sup>. Per contro, il BAG ha ritenuto che nel caso di violazioni che incidono sull'ambito della prestazione non sia necessario un richiamo se per varie ragioni non sia possibile presumere che esso possa prevenire future violazioni<sup>37</sup>.

Se il giudice ritiene che il datore di lavoro non avrebbe potuto riutilizzare la professionalità del lavoratore in un altro posto di lavoro dell'impresa (c.d. obbligo di *repêchage*), è chiamato allora ad operare un contemperamento degli interessi in gioco. La valutazione circa l'idoneità del comportamento del lavoratore a giustificare il licenziamento può essere influenzata da una pluralità di circostanze. Oltre alla gravità oggettiva deve essere valutata l'intensità del dolo o della colpa: ad es. il lavoratore che riceve dal proprio legale l'informazione che il suo comportamento è in regola potrebbe aver fatto un ragionevole affidamento su di essa, per cui la colpa assume un'intensità minima al punto da escludere la legittimità del licenziamento<sup>38</sup>. Al contrario, le violazioni ripetute di un dovere, anche se in sé di scarso rilievo, possono, se valutate nell'insieme, rappresentare un notevole inadempimento (si pensi ad assenze ingiustificate ripetute). Inoltre, una determinata violazione di un obbligo può assumere un peso diverso a seconda della posizione professionale che occupa il lavoratore e dei vincoli fiduciari a cui è sottoposto<sup>39</sup>.

## 8. Il recesso straordinario

Come anticipato, in Germania il recesso straordinario senza preavviso è valido soltanto se sussistono gli estremi del “grave motivo” (*wichtiger Grund*). A differenza di quanto si è detto con riferimento ai “motivi connessi al comportamento del lavoratore”, per i quali nella KSchG manca una qualsiasi definizione, il § 626, Abs. 1 del BGB contiene una nozione di *wichtiger*

<sup>36</sup> BAG 4.6.1997, Az. 2 AZR 526/96, in *NZA* 1997, 1281

<sup>37</sup> BAG 12.1.2006 – 2 AZR 21/05, in *NZA* 2006, 917.

<sup>38</sup> L'esempio è tratto da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 589.

<sup>39</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 590.



*Grund*<sup>40</sup>. In particolare, il § 626, Abs. 1 del BGB prevede che un *wichtiger Grund* ricorre ogniqualvolta, sulla base delle circostanze del caso concreto e di un bilanciamento degli interessi in gioco, risulta irragionevole aspettarsi la prosecuzione del rapporto. Anche in questo caso, la valutazione giudiziale si articola in due passaggi: bisogna anzitutto accertare se la fattispecie in esame è di per sé idonea a configurare un “*wichtigen Grund*” per un recesso straordinario (a titolo esemplificativo ci si chiede se un furto del lavoratore nei confronti del datore di lavoro o una persistente mancanza di puntualità possano essere considerate grave motivo). Se tale verifica ha esito positivo si passa a valutare nel singolo caso la ragionevolezza della prosecuzione del rapporto di lavoro. Il licenziamento straordinario è ammissibile solo come *extrema ratio* e cioè quando risultano “impossibili, inutili o irragionevoli”<sup>41</sup> misure più lievi (come il trasferimento, il licenziamento ordinario) per consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro, anche soltanto per un breve periodo.

La giurisprudenza ha svolto un ruolo di particolare rilievo nell’elaborazione della nozione di *wichtiger Grund* che, in fin dei conti, al pari della nostra giusta causa o del giustificato motivo, può essere qualificata come clausola generale. In linea di principio, i comportamenti che rientrano nella sfera privata del dipendente non possono configurare un “grave” motivo di licenziamento giacché le esigenze di tutela della persona del lavoratore impongono di limitare la sfera di incidenza degli obblighi contrattuali entro i cancelli della fabbrica. Possono assumere rilevanza i fatti o comportamenti penalmente perseguibili (lesioni fisiche, ingiurie) posti in essere dal lavoratore contro il datore di lavoro: ad esempio, gli insulti rivolti al datore di lavoro sono considerati “grave motivo” solo se integrano gli estremi di una diffamazione<sup>42</sup>. Peraltro, analogamente a quanto accade nel caso di licenziamento ordinario, la giurisprudenza, nel valutare se la mancanza è idonea a giustifi-

<sup>40</sup> Ed è per questa ragione che in Germania l’elaborazione interpretativa su questo concetto si è sviluppata forse in modo più lineare che in Italia dove invece, come ben noto, l’introduzione della nozione di giustificato motivo accanto a quella di giusta causa ha portato tanto la dottrina quanto la giurisprudenza ad una riconsiderazione di quest’ultima nozione, ovviamente, in rapporto alla prima.

<sup>41</sup> WANK, *Die Kündigung* in AA.Vv., *Münchener Handbuch Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht* II, C.H. Beck, 1993, p. 112

<sup>42</sup> BAG 13.12.1984 AP Nr. 81 zu 626 BGB.

care il licenziamento in tronco, tende ad attribuire particolare peso all'entità del danno cagionato e alla natura del vincolo fiduciario del lavoratore.

Viene invece valutata con particolare rigore la commissione di reati che coinvolgono la sfera patrimoniale del datore di lavoro e comportano una rottura sostanziale del rapporto fiduciario (come il tentativo di furto o l'appropriazione indebita). In più occasioni la giurisprudenza si è occupata dei furti di lieve entità ed è giunta, tra le forti riserve della dottrina<sup>43</sup>, a considerare talvolta legittimo il recesso straordinario di un lavoratore che aveva sottratto al datore di lavoro oggetti di modico valore<sup>44</sup> e, in particolare, tre Kiwi<sup>45</sup>, o un pezzo di pane del valore di 2,50 euro<sup>46</sup>, o ancora una fetta di torta ricoperta di mandorle del valore di 1,30 euro<sup>47</sup>.

La questione ha sollevato un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che è culminato in una importante decisione, con la quale il Tribunale federale del lavoro, riformando una discutibile sentenza del LAG di Berlino-Brandeburgo, ha accolto il ricorso di una cassiera di un negozio al dettaglio licenziata in tronco per aver incassato due buoni del valore complessivo di 1,30 euro (caso *Emmely*)<sup>48</sup>. In tale pronuncia il BAG ha offerto alcune chiarificazioni di cui è necessario dare conto in sintesi. Anzitutto, ha ammesso che i reati contro il patrimonio o la proprietà del datore di lavoro possano venire in considerazione come motivo di recesso straordinario indipendentemente dal valore dell'oggetto e dall'entità del danno cagionato al datore di lavoro. La fissazione di una soglia di rilevanza parametrata in relazione al valore dell'oggetto sottratto o danneggiato, secondo la Corte, non è coerente con la previsione contemplata dal § 626 BGB. Infatti, se il dipendente giunge volontariamente a compromettere l'integrità dei beni e del patrimonio del proprio datore di lavoro, tale comportamento antiggiuridico, anche in presenza di un danno economico di lieve entità, può rendere irragionevole una sua

<sup>43</sup> La tesi che esclude dal campo di applicazione del § 626 BGB le ipotesi di violazione di obblighi contrattuali di scarso rilievo (come i furti di lieve entità) è accolta da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., Rn. 1128; in giurisprudenza LAG Köln 30.9.1999; LAG Hamburg 8.7.1998 - 4 Sa 38/97 - zu II 3 a aa der Gründe, NZA-RR 1999, 469; ArbG Reutlingen 4.6.1996 - I Ca 73/96 - RzK I 6 d Nr. 12.

<sup>44</sup> BAG 11.12.2003 - 2 AZR 36/03, in NZA 2004, 486; BAG 13.12.2007 - 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008.

<sup>45</sup> BAG AP. Nr. 80 zu § 626 BGB.

<sup>46</sup> LAG Düsseldorf, 16.08.2005, NZA-RR 2006, 576.

<sup>47</sup> LAG Köhn LAGE § 626 BGB Nr. 86.

<sup>48</sup> BAG 10.6.2010 - 2 AZR 541/09, in NZA 2010, 1227.

collaborazione futura in azienda ove valga a minare la base fiduciaria del rapporto di lavoro (punto 33).

In secondo luogo, il Tribunale, facendo propria la tesi di una parte della dottrina<sup>49</sup>, ha chiarito che il comportamento del dipendente che violi una regola di condotta prevista dal datore di lavoro per salvaguardare i propri interessi patrimoniali può assumere rilievo come *wichtiger Grund* ai sensi del § 626 Abs. 1 del BGB anche se non è penalmente perseguibile come reato contro il patrimonio: ciò che rileva è soltanto il venir meno del legame fiduciario collegato all'adempimento dell'obbligazione principale o agli obblighi accessori (punto 36).

Infine, la Corte ha ribadito che non essendo astrattamente configurabili motivi che valgono di per sé a giustificare un recesso senza preavviso, nell'ipotesi della commissione di un reato contro il patrimonio non può ravvisarsi *a priori* una valida giustificazione (punto 44)<sup>50</sup>. Il giudice è sempre chiamato ad operare un contemperamento di interessi e a valutare caso per caso l'impatto che il comportamento inadempiente può avere sul vincolo fiduciario, le ricadute economiche, il grado di colpa imputabile al lavoratore ed infine l'eventuale rischio di recidiva<sup>51</sup>. Inoltre, il principio di proporzionalità impone di ritenere giustificato il licenziamento qualora, alla luce di una valutazione prognostica, vi sia ragione di presumere che un eventuale richiamo sarebbe stato superfluo in quanto il dipendente non avrebbe cambiato il proprio comportamento oppure nel caso di una violazione talmente grave da escludere chiaramente qualsiasi indulgenza da parte del datore di lavoro<sup>52</sup>.

Diversa è l'ipotesi del licenziamento fondato sul sospetto di un reato o di altre gravi violazioni degli obblighi contrattuali: anche qui il "grave motivo" richiesto per il recesso straordinario ai sensi del § 626 BGB può con-

<sup>49</sup> HÜPERS, *Unrechtmäßiges Einlösen von Pfandbons – Ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung?* in 2010, p. 52-56.

<sup>50</sup> PREIS *Minima (non curat) praetor. Pflichtverletzungen und Bagatelldelikte als Kündigungsgrund*, in AR 2010, p. 242, 244; SCHLACHTER, *Fristlose Kündigung wegen Entwendung geringwertiger Sachen des Arbeitgebers*, in NZA 2005, p. 433, 437.

<sup>51</sup> Nella specie il giudice di secondo grado aveva dato scarso rilievo al fatto che si trattava di un inadempimento isolato in quanto la lavoratrice, pur avendo una lunga anzianità di servizio, non aveva mai commesso infrazioni.

<sup>52</sup> BAG 23.6.2009 - - Rn. 33, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 59 = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 17; BAG 19.4.2007 - - Rn. 48 mwN, = EzTöD 100 TVöD-AT § 34 Abs. 2 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 7.

figurarsi solo se le ragioni del sospetto sono tali da intaccare l'affidamento del datore di lavoro nell'onestà del lavoratore e dunque pregiudicare la prosecuzione del rapporto di lavoro, oppure se l'inadempimento supera la soglia di tollerabilità<sup>53</sup>. Il sospetto deve essere però grave e basato su fatti oggettivi, sì da consentire al lavoratore, se del caso, di dimostrarne nel corso del processo l'infondatezza e far valere il diritto al reintegro.

Il *wichtiger Grund* si configura anche in presenza di una grave violazione delle regole di condotta rivolte alla tutela dell'organizzazione aziendale. In passato si è ritenuto giustificato il licenziamento di un lavoratore che aveva diffuso nell'impresa volantini nei quali indirizzava accuse non veritiere nei confronti di altri membri dell'impresa<sup>54</sup>. La stessa conclusione vale se il disturbo alla quiete aziendale (*Betriebsfrieden*) o al regolare funzionamento dell'organizzazione aziendale (*reibungslosen Betriebsablauf*) deriva dall'inosservanza di un divieto di assumere bevande alcoliche o di fumare o dalla violazione di un divieto di avere diverbi o risse con colleghi di lavoro. Inoltre, sono stati ritenuti gravi motivi di licenziamento anche la partecipazione ad azioni di mobbing, l'aver introdotto armi all'interno dell'azienda, l'utilizzo non autorizzato del telefono privato<sup>55</sup>, specie ove non avvenga "in casi eccezionali" ed ecceda una soglia temporale pari a 142 minuti in 4 mesi.

Per quanto riguarda l'uso (non autorizzato) di internet per scopi personali, la giurisprudenza pur operando alcuni distinguo, ha ritenuto legittimo un licenziamento in tronco laddove non si sia formato un uso aziendale. In particolare il licenziamento è giustificato se l'uso di Internet abbia compromesso il corretto adempimento della prestazione di lavoro prevista nel contratto, oppure abbia arrecato un pregiudizio alla reputazione del datore di lavoro, oppure ancora si sia tradotto nella diffusione di immagini pornografiche<sup>56</sup>. Un "motivo grave" è escluso se non c'è chiarezza sull'esistenza di un divieto. Un *wichtiger Grund* di regola sussiste anche in caso di violazione dell'obbligo di fedeltà e in particolare quando il lavoratore durante la vigenza del contratto di lavoro viola l'obbligo al segreto<sup>57</sup> oppure il divieto di concorrenza<sup>58</sup>, oppure se accetta "bustarelle" (*Schmiergeldern*) da parte di un

<sup>53</sup> BAG 26.3.1992 AP Nr. 23 zu § 626 BGB citata da WANK, *op. cit.*, p. 123.

<sup>54</sup> BAG 15.12.1977 AP Nr. 69 zu § 626 BGB = EzA § 626 BGB nF Nr. 61.

<sup>55</sup> BAG 5.12.2002 - 2 AZR 478/01, in *DB* 2003, 1685.

<sup>56</sup> BAG 07.07.05, *NZA* 2006, 98.

<sup>57</sup> BAG 25.08.1966 AP Nr. 1 zu § 611 BGB *Schweigepflicht*.

<sup>58</sup> BAG 19.10.1987, in *DB* 1988, 225; BAG 16.08.1990 NJW 1991, 518.

terzo<sup>59</sup> anche se in quest'ultimo caso bisogna tuttavia verificare se non si è trattato soltanto di mance o di regali occasionali. Più recentemente il Tribunale regionale di Hessen ha ritenuto legittimo il licenziamento in tronco di un lavoratore che aveva modificato, senza autorizzazione, la password principale del computer aziendale in modo da precludere l'accesso ai dati relativi agli affari all'intera azienda per un certo lasso di tempo<sup>60</sup>.

Le opinioni politiche, così come l'appartenenza ad un partito politico, di regola, non possono essere alla base di un licenziamento. La libertà di manifestazione del proprio pensiero in pubblico è tutelata dall'art. 5 del GG anche quando si esprime nell'esercizio di un diritto di critica del comportamento del datore di lavoro. Tuttavia, esistono diverse eccezioni: la giurisprudenza riconosce l'esistenza di un "grave motivo" di licenziamento quando il rapporto di lavoro è stato concretamente compromesso nel suo svogimento per effetto di un'agitazione politica, e cioè quando è stata messa seriamente in discussione la pace aziendale. Si comprende poi la tendenza a valutare con particolare sfavore i comportamenti di propaganda neonazista, come avvenuto nel caso di un lavoratore che aveva inscenato davanti a propri colleghi un disumano scherzo razzista<sup>61</sup>. Infine, la prosecuzione del rapporto di lavoro può essere resa irragionevole, anche in mancanza di una violazione di obblighi contrattuali, da vicende inerenti alla persona del lavoratore, e in particolare quando questi non può più eseguire la prestazione o non è più idoneo a tal fine. Il BAG ritiene che, di regola, la malattia non possa giustificare un recesso straordinario, neppure quando sia di una gravità tale da non lasciar prevedere una ripresa del lavoro<sup>62</sup>.

### 9. Il sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo

Concluso l'esame delle singole tipologie di licenziamento, è necessario ora spostare l'attenzione sul profilo sanzionatorio allo scopo di verificare, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, che ruolo ha il giudice in Ger-

<sup>59</sup> BAG 17.08.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB.

<sup>60</sup> Lag Hessen RDV 2003, 148 citata da DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628.

<sup>61</sup> BAG 5.II.1992 - 2 AZR 287/92, in *AR* 1993, 124.

<sup>62</sup> Così AP Nr. 3 zu § 626 BGB Krankheit. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 628 V. però WANK, *op. cit.*, p. 115 secondo cui un licenziamento straordinario può ipotizzarsi in caso di malattia di lunga durata se si tratta di malattie repellenti, nauseabonde e contagiose.

mania con riguardo alla determinazione dei rimedi posti a tutela del lavoratore illegittimamente estromesso dall'azienda.

Proprio su questo tema si è incentrato il dibattito che ha accompagnato il tormentato iter di gestazione della recente riforma Fornero, nel corso del quale si è prospettata insistentemente l'idea di un tendenziale adeguamento del nostro ordinamento a quello tedesco; ma va subito detto che la nuova regolamentazione italiana ha in buona parte frustrato le aspettative di una convergenza tra i due sistemi in quanto sembra utilizzare solo in parte il *KSchG* come fonte di ispirazione.

La legge 92 si muove nella direzione di una marcata flessibilizzazione in uscita nella misura in cui, non solo elimina l'unicità e l'automaticità della reintegrazione, ma – come si è constatato – offre “chiare indicazioni a sostegno dell'eccezionalità” di tale sanzione<sup>63</sup>: in base al nuovo art. 18, il giudice può pronunciare una sentenza che annulla il licenziamento e ordina la reintegrazione solo in alcune ipotesi determinate, come nel caso dei licenziamenti intimati per mancanze del lavoratore quando emerge che il fatto contestato non sussiste oppure sia meritevole di una minore “sanzione conservativa”, nonché nel licenziamento per ragioni oggettive quando risulta la “manifesta infondatezza” del motivo addotto dall'impresa; in diverse altre ipotesi, tuttavia, dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (nuovo art. 18, c. 5 e 7), senza però rimuovere gli effetti del licenziamento.

Passando all'esame della disciplina prevista in Germania (*KSchG*), già ad una prima comparazione con l'attuale normativa italiana emerge che il legislatore tedesco persegue in modo assai più deciso di quello italiano l'obiettivo della tutela della stabilità del posto di lavoro<sup>64</sup>. Il § 9 stabilisce *in linea generale* che il licenziamento “socialmente ingiustificato” o inficiato da altri vizi di illegittimità non produce alcun effetto con la conseguenza che il giudice è chiamato a dichiarare giuridicamente ripristinato il rapporto di lavoro estinto dall'illegittimo licenziamento, *a prescindere dal tipo di causale*. A differenza che nel diritto italiano, la norma in esame non prevede (espressamente) che il giudice, nella sentenza con la quale annulla il licenziamento, disponga

<sup>63</sup> MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro, intervento al seminario “La riforma del mercato del lavoro”*, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre, 13 aprile 2012; BALLESTRERO, *Nuove declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441, 459.

<sup>64</sup> V. quanto osservato nel § 10.

contestualmente anche l'ordine di reintegrazione; ma ciò non va enfatizzato in quanto l'ordinamento tedesco non esclude che il lavoratore, ove non venga reinserito effettivamente all'interno dell'azienda e adibito alle medesime mansioni, possa adire le vie legali per far valere il suo diritto ad essere reintegrato con le stesse mansioni svolte in precedenza<sup>65</sup>.

Il tratto caratteristico di questo sistema risiede peraltro nel fatto che sempre in base al § 9 del KSchG, il giudice, anche se valuta il licenziamento "socialmente ingiustificato" e ritiene dunque fondata l'azione giudiziaria promossa dal lavoratore, può essere chiamato a svolgere, su istanza del lavoratore o del datore di lavoro, un ulteriore accertamento allo scopo di valutare la possibilità di risolvere il contratto e condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (*Abfindung*).

Per la presenza di questo istituto, come da più parti si è messo in luce, il KSchG assai di rado è riuscito a imporre di fatto la propria ragion d'essere e, cioè la tutela di una vera e propria stabilità del posto di lavoro, verificandosi nella normalità dei casi concreti che anche un licenziamento socialmente ingiustificato (specie se si tratta di *betriebsbedingte Kündigung*) conduca allo scioglimento del vincolo negoziale<sup>66</sup>.

Tuttavia, ciò non significa che la tutela alla stabilità a cui il KSchG si è inteso conformare sia rimasta soltanto sulla carta e sia uscita irrimediabilmente compromessa per effetto dell'applicazione giudiziale del § 9 KSchG.

In primo luogo va osservato che l'apparato sanzionatorio è congegnato in modo da incoraggiare *indirettamente* la stabilità del posto di lavoro, rendendo di fatto costoso e rischioso per il datore di lavoro licenziare il dipendente adducendo motivi meno consistenti di quelli che legittimano un qualsiasi licenziamento<sup>67</sup>.

In caso di licenziamento illegittimo, il datore di lavoro si deve far carico di un costo "occulto" considerevole: infatti se non ha offerto al lavoratore la possibilità di continuare a lavorare, cade in *mora credendi* ed è obbligato a corrispondergli gli arretrati ai sensi del § 615 BGB, potendo soltanto detrarre

<sup>65</sup> Sul "*Beschäftigungsanspruch*" v. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663 e 359. In ordine alla possibilità di proporre al giudice istanza di riammissione nel posto di lavoro nel corso dello svolgimento del processo v. § 11.

<sup>66</sup> Tra gli altri, v. KAMANABROU, *Die kalkulierbare Kündigung – Leitlinien eines Abfindungssystems*, in RIEBLE (Hrsg.), *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag, 2006, p. 78, 80.V. anche analogamente GAETA, *op. cit.*, p. 579.

<sup>67</sup> KAMANABROU, *op. cit.*, p. 79.

l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*<sup>68</sup>. Secondo la giurisprudenza del BAG la mora deve essere esclusa solo se il datore di lavoro gli offre il reintegro durante il processo ed accetta la prestazione offerta come adempimento dell'obbligo derivante dal rapporto di lavoro<sup>69</sup>.

Peralto, il datore di lavoro, quand'anche scelga di continuare ad occupare il dipendente in corso di giudizio, non ha alcuna certezza di poter essere sgravato da ogni carico economico. Al contrario, si espone a tutte le conseguenze legate all'applicazione della legge sul part-time e sul contratto a tempo determinato del 2000 (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, TzBfG*). In una decisione del 2003 il BAG ha infatti chiarito che l'impiego volontario del dipendente nel corso di giudizio instaurato a seguito del suo licenziamento trova un fondamento contrattuale ed è dunque soggetto all'applicazione della *TzBfG*<sup>70</sup>. Il datore di lavoro corre così il rischio di dover costituire con il lavoratore licenziato un nuovo rapporto di lavoro a tempo indeterminato per mancanza della forma scritta o per qualsiasi altro difetto nell'apposizione del termine.

In secondo luogo, è significativo che la giurisprudenza abbia elaborato una serie di criteri a cui il giudice, nel caso di dichiarazione di inefficacia del licenziamento, deve attenersi per individuare la sanzione applicabile ex § 9 *KSchG* a fronte della richiesta di risoluzione del rapporto di lavoro (e di pagamento di un'indennità), mostrando in particolare un orientamento diverso a seconda che la richiesta provenga dal lavoratore o dal datore di lavoro<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> In considerazione di questi costi occulti connessi alla cessazione del rapporto di lavoro, non sorprende che il regime di tutela in caso di licenziamento sia considerato dalla prospettiva dei datori di lavoro come un ostacolo alla assunzione. Il datore di lavoro già al momento della decisione di assumere si porrà il problema se un'assunzione definitiva è sostenibile sul piano economico in vista dei costi imminenti del licenziamento.

<sup>69</sup> BAG 7.11.2002 – 2 AZR 650/00, AP Nr. 98 zu § 615 BGB = EzA § 615 BGB 2002 Nr. 2; BAG 14.11.1985 – 2 AZR 98/84, AP Nr. 39 zu § 615 BGB = NJW 1986, 2846. In tal senso RICKEN, *Annahmeverzug und Prozeßbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits*, in *NZA* 2005, p. 323, 325; LÖWISCH, *Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits*, in *DB* 1986, p. 2433; OPOLONY, *Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Minimierung des Verzugslohnrisikos gemäß § 615 BGB*, in *DB* 1998, p. 1714, 1716.

<sup>70</sup> BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NJW 2004, 3586 = AP Nr. 6 zu § 14 TzBfG con nota critica di LÖWISCH, *Ausführlich zur Ausgestaltung der Prozeßbeschäftigung*. RICKEN, *op. cit.*, p. 323, 327.

<sup>71</sup> V. sul punto DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 663-668; STAHLHACKE, PREIS, VOSSEN, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, C.H. Beck, 2010, p. 2087-2130; BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 528-559; DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 223-225.



Per quanto riguarda il caso in cui la richiesta viene avanzata dal lavoratore<sup>72</sup> – che, dunque, a differenza che nella normativa italiana non ha un diritto potestativo di richiedere la “monetizzazione” della reintegrazione –<sup>73</sup> in base alla formula normativa, il giudice è chiamato a valutare se sia ragionevole attendersi (dal lavoratore) una collaborazione ulteriore per un tempo indefinito.

La giurisprudenza, che in passato si era orientata nel senso di ammettere la richiesta di risoluzione soltanto in via eccezionale, e in particolare in presenza di una causale (*wichtiger Grund*) che giustifichi un recesso in tronco da parte del lavoratore ai sensi del § 626 del BGB (si pensi al caso del datore che insulta il proprio dipendente)<sup>74</sup>, nelle decisioni più recenti, ha riconosciuto maggiore spazio alle esigenze del lavoratore, prendendo atto che in tal caso l'estinzione del rapporto di lavoro è voluta da *entrambe* le parti<sup>75</sup>. La facoltà di rinunciare alla riammissione in servizio in cambio di un'indennità viene garantita infatti anche in presenza di una causa meno grave rispetto al *wichtiger Grund* laddove non sia ragionevole pretendere la continuazione del rapporto di lavoro in vista di una futura collaborazione<sup>76</sup> si pensi al caso in cui il datore di lavoro, senza una ragione valida, non abbia posto il lavoratore in condizione di poter aggiornare la propria professionalità (un pilota Lufthansa che non è stato avviato alla guida di un nuovo aeroplano).

Passando all'esame dell'ipotesi in cui la richiesta di risoluzione del rapporto di lavoro provenga dal datore di lavoro, occorre anzitutto precisare che il sistema tedesco, a differenza di quanto dispone il nuovo art. 18 *Stat. Lav.*, consente di formulare tale richiesta soltanto nel caso in cui l'illegittimità riguardi il licenziamento ordinario, non invece in quello di recesso straordinario o di recesso intimato senza consultare il consiglio aziendale.

Inoltre, mentre il nuovo art. 18 *Stat. Lav.* prevede regimi sanzionatori

<sup>72</sup> La richiesta deve rendere chiaro che il lavoratore desidera ottenere lo scioglimento del rapporto. Non è necessaria la richiesta di condannare il datore di lavoro alla corresponsione di un'indennità. Questo deve risultare invece necessariamente dalla decisione di risoluzione.

<sup>73</sup> In Italia il lavoratore può richiedere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto, in sostituzione della reintegrazione entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza che ordina al datore di lavoro il reintegro; ma la giurisprudenza è orientata ad ammettere che il lavoratore possa anche fare la richiesta senza dover attendere la condanna del datore di lavoro e la conclusione dell'iter giudiziario. Lo fa notare BALLESTRERO, *La stabilità nel diritto vivente. Saggi sui licenziamenti e dintorni*. (2007-2009), Giappichelli, 2009, p. 150.

<sup>74</sup> BAG 5.11.1964 AP Nr. 20 zu § 7 KSchG.

<sup>75</sup> Lo pone in luce BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 555.

<sup>76</sup> BAG 26.11.1981 AP Nr. 8 zu § 9 KSchG 1969, BB 1982, 1113 = DB 1982, 757.

differenziati in relazione alla causale e configura, come s'è detto, tanto nel caso del licenziamento per ragioni soggettive quanto in quello per ragioni oggettive, la reintegrazione come ipotesi residuale – per es. quando il datore di lavoro ponga a fondamento del licenziamento per ragioni soggettive un fatto materiale di cui si accerta la manifesta insussistenza – viceversa, il § 9 del *KSChG* contempla un regime unitario che lascia al giudice la facoltà di sciogliere il rapporto solo se si verifica una situazione tale da far presumere che non sia più possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile (*dienlich*) al perseguimento degli obiettivi aziendali.

Il fatto che il § 9 *KSChG* consenta *anche* al datore di lavoro di richiedere la risoluzione del rapporto in presenza di un licenziamento illegittimo, non deve indurre a pensare che il legislatore abbia voluto lasciare soltanto nelle sue mani la facoltà di produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. Infatti, il giudice, per stabilire in quali ipotesi il datore di lavoro debba ripristinare giuridicamente il rapporto, si deve attenere ad un criterio piuttosto stringente in quanto è tenuto a valutare il venir meno dell'interesse del datore di lavoro medesimo alla conservazione del posto di lavoro<sup>77</sup>. Non a caso, i Tribunali del lavoro, nel pronunciarsi in merito alle richieste di risoluzione *ex* § 9 *KSChG*, mostrano una chiara propensione a valutare in modo rigido e scrupoloso la ricorrenza dei presupposti adottati a fondamento delle stesse<sup>78</sup>. Proprio dalla *ratio* della *KSChG*<sup>79</sup> – la quale a rigore impone che, in mancanza di una “giustificazione sociale” del licenziamento, il rapporto di lavoro, di regola, prosegua *ipso iure* (*Bestandsschutz*) –<sup>80</sup> si argomenta che la risoluzione del rapporto di lavoro è ammessa *solo in via eccezionale*<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Secondo parte della dottrina (BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 556) la previsione riduce al minimo i margini di discrezionalità del giudice il quale, ove accerti la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, sarebbe vincolato a disporre la risoluzione del rapporto di lavoro.

Il Tribunale deve stabilire, per la risoluzione del rapporto di lavoro, il momento nel quale esso si sarebbe concluso laddove si fosse trattato di licenziamento giustificato. Come è stato opportunamente rilevato, dal momento che la risoluzione ha effetto retroattivo, nel caso di una lunga durata del processo, il datore di lavoro può avere una certa convenienza a fare la richiesta di risoluzione e offrire in cambio l'indennità il cui ammontare è comunque contenuto in base alle previsioni contenute nel § 10, in quanto, in tal modo, non dovrà farsi carico anche degli arretrati. KAMANABROU, *op. cit.*, p. 79.

<sup>78</sup> Lo fa notare anche ALES, *op. cit.*, 3.

<sup>79</sup> BAG 23.6.2005 – 2 AZR 256/04 – AP *KSChG* 1969 § 9 Nr. 52 = EzA *KSChG* § 9 nF Nr. 52; BAG 30.9.1976 – 2 AZR 402/75 – BAGE 28, 196, 200.

<sup>80</sup> BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09.

<sup>81</sup> BAG 9.9.2010, 2 AZR 482/09; BAG 7.3.2002 – 2 AZR 158/01 – AP *KSChG* 1969 § 9 Nr.

In particolare, secondo il BAG, il datore di lavoro per poter avanzare con successo la richiesta di risoluzione deve dimostrare che il licenziamento, ancorché socialmente ingiustificato, si fonda su alcuni fatti idonei a pregiudicare in modo irreparabile il suo affidamento in ordine ad una collaborazione futura utile del lavoratore al perseguimento degli obbiettivi aziendali<sup>82</sup>. Quali ragioni di risoluzione vengono dunque in rilievo “circostanze tali da influire sul legame personale col dipendente, sulla valutazione della sua personalità, sul suo rendimento o sulla sua idoneità allo svolgimento dei compiti assegnati e sulle sue relazioni con gli altri dipendenti”<sup>83</sup>, oppure comportamenti talmente gravi da incrinare il rapporto fiduciario, come avviene nel caso di “insulti, commenti diffamatori o di qualsiasi altro attacco personale del dipendente contro il datore di lavoro o i suoi colleghi”<sup>84</sup>.

Le ragioni economiche o aziendali (*wirtschaftliche oder betriebliche Gründe*), dunque, non valgono di per sé a giustificare la richiesta di risoluzione a meno che non siano, anch'esse, idonee a incidere in qualche modo sulla base fiduciaria del rapporto di lavoro<sup>85</sup>. In particolare, il giudice, nell'effettuare il giudizio di prognosi, può attribuire un certo peso ad alcune modifiche inerenti alla riorganizzazione del personale, come la sostituzione di un manager, ove ritenga, anche in tal caso, che a seguito di tali modifiche venga meno la possibilità di una collaborazione proficua per l'azienda<sup>86</sup>.

42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45; BAG 14.1.1993 - 2 AZR 343/92 - EzA KSchG § 1 *Krankheit* Nr. 39; APS/Biebl 3. Aufl. § 9 KSchG Rn. 49; KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 52. Si ritiene che per valutare se sia possibile in futuro una collaborazione tra datore di lavoro e lavoratore utile al perseguimento degli obbiettivi aziendali si debba assumere come riferimento temporale l'ultima udienza dinanzi al giudice competente Cfr. BAG 29.3.1960 - 3 AZR 568/58 - BAGE 9, 131, 134; BAG 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45).

<sup>82</sup> BAG 23.6.2005, cit.

<sup>83</sup> BAG 23.6.2005, cit.

<sup>84</sup> In tali casi, per valutare se dal dipendente ci si possa attendere in futuro una collaborazione utile al perseguimento degli obbiettivi aziendali, assume rilievo non decisivo lo stato soggettivo, doloso o colposo, del dipendente. BAG 24.3.2011, 2 AZR 674/09; BAG 8.10.2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 15, EzA KSchG § 9 nF Nr. 57; 7.3.2002 - 2 AZR 158/01 - zu B II 2 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45).

<sup>85</sup> BAG 7.3.2002, NZA 2003, 261 (263). BAG 14.10.1954, AP § 3 KSchG Nr. 6; BAG 14.10.1954, AP § 3 KSchG Nr. 6.

<sup>86</sup> BAG 23.6.2005, cit. I comportamenti posti in essere da terzi possono rilevare ai fini della risoluzione solo se siano stati in qualche misura indotti dal lavoratore (in un caso in cui un quotidiano locale aveva criticato un licenziamento ingiustificato del datore e definito il datore di lavoro un “uomo senza scrupoli” e “approfittatore”, si ritiene indifferente che il lavo-

Una chiara indicazione nel senso dell'eccezionalità della risoluzione emerge anche dall'orientamento della giurisprudenza costituzionale del *Bundesverfassungsgericht*, la quale, oltre a respingere i dubbi di costituzionalità sollevati con riferimento al § 9 del *KSchG* per contrasto con la libertà di scelta dell'impiego tutelata dall'art. 12, Abs., 1 GG, ha mostrato particolare rigore nel vagliare i motivi che giustificano la risoluzione del contratto di lavoro ai sensi di tale disposizione.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha affermato che nel caso di applicazione del § 9 del *KSchG* occorre valutare e contemperare i due diritti fondamentali in gioco – quello del lavoratore a mantenere il proprio impiego e a non subire un licenziamento in modo arbitrario, da un lato, e quello del datore di lavoro a decidere se, il quanto ed il come dell'attività d'impresa, dall'altro – allo scopo di garantire che ciascuno possa esplicare la propria efficacia nella misura più ampia possibile<sup>87</sup>. In questa prospettiva la Corte ha ritenuto che la realizzazione del diritto del lavoratore di cui all'articolo 12, Abs. 1 GG, al pari di qualsiasi altro diritto fondamentale, richieda una tutela adeguata *anche sul piano processuale*, per cui il datore di lavoro, nel presentare la domanda di risoluzione, non potrebbe limitarsi a fare un mero rinvio a quei motivi che aveva addotto in precedenza – tra l'altro con esito negativo – a sostegno del licenziamento (oppure limitarsi ad addurre “il semplice venir meno del vincolo fiduciario”), ma debba allegare, nel corso del processo, e ove necessario dimostrare, le circostanze di fatto che rendono assai improbabile che il dipendente possa continuare a lavorare in modo proficuo nell'interesse dell'azienda.

In un altro caso rilevante<sup>88</sup> la Corte costituzionale è giunta persino a respingere la richiesta di risoluzione di un'organizzazione di tendenza (nella specie un'impresa editoriale)<sup>89</sup>, richiamando anche qui la concezione di base a cui si ispira la *Kündigungsschutzgesetz* come legge a tutela della stabilità. In tale occasione, il BVerfG prende atto dei connotati specifici che assume il rapporto di lavoro nel quale il datore, essendo portatore di un interesse costituzionalmente protetto al perseguimento di un fine ideologico, come tale,

ratore abbia scritto l'articolo di sua spontanea volontà oppure avesse soltanto indotto l'autore a tali esternazioni) mentre le dichiarazioni prodotte da un rappresentante legale del lavoratore durante il processo solo se il lavoratore non se ne sia dissociato.

<sup>87</sup> BVerfG 22.10.2004 - 1 BvR 1944/01, in NZA 2005, 41.

<sup>88</sup> BVerfG, 14.1.2008, 1 BvR 273/03 Absatz-Nr. (1-26).

<sup>89</sup> HANSJÖRG, *Arbeitsrecht*, Gruyter, 2008, p. 211.

sarebbe legittimato a richiedere la risoluzione del rapporto di lavoro nel caso di una condotta dei propri lavoratori non compatibile con gli indirizzi ideologici. Tuttavia, il giudice delle leggi ritiene che la tutela alla stabilità non possa retrocedere dinanzi alle esigenze di tutela della tendenza; e dunque il datore di lavoro non potrebbe sottrarsi all'obbligo di riferire le circostanze di fatto che osterebbero in futuro ad una utile cooperazione del lavoratore rispetto alle finalità aziendali<sup>90</sup>.

10. *L'indennità risarcitoria e la transazione in sede di conciliazione giudiziale*

Nonostante la giurisprudenza, come poc'anzi richiamato, nel pronunciarsi sulla richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro appaia più disponibile a sposare le ragioni del lavoratore, nel sistema tedesco si è assistito nel corso degli anni ad uno scollamento tra il disegno ispiratore originario della *KSchG* del '69, incentrato sul perseguimento di una vera e propria stabilità del posto di lavoro („echter“ *Bestandsschutz*), e la sua effettiva applicazione. Come evidenziato da più parti, in caso di licenziamento “socialmente ingiustificato”, e soprattutto in caso di *betriebsbedingte Kündigung*, lo scioglimento del rapporto di lavoro è divenuto la regola e la tutela reintegratoria l'eccezione<sup>91</sup>.

Al contempo, si riconosce che la *KSchG* funge, almeno in parte, da effettivo deterrente, ponendo i presupposti affinché la stabilità del rapporto di lavoro sia tutelata almeno indirettamente come valore<sup>92</sup>.

Lo conferma il basso tasso di litigiosità del sistema<sup>93</sup>: l'indeterminatezza delle ragioni giustificative del licenziamento e la crescente oscillazione degli indirizzi applicativi dei giudici, che anche nel sistema tedesco come in quello italiano, contrariamente alle intenzioni enunciate, talora effettuano un sin-

<sup>90</sup> In questo senso v. anche BVerfG 9.2.1990 – I BvR 717/87 –, NJW 1990, p. 2053. HANSJÖRG, *op. cit.*, p. 211.

<sup>91</sup> Per tutti v. KAMANABROU, *op. cit.*, p. 81.

<sup>92</sup> KAMANABROU, *op. cit.*, p. 81 e ss.

<sup>93</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668 che riporta i dati dell'indagine empirica svolta presso l'istituto Max-Planck di Amburgo: soltanto il 7,74 di tutti i processi viene deciso con sentenza. In un'altra ricerca risulta invece che soltanto una minoranza dei lavoratori licenziati (il 15%) impugna il licenziamento davanti al giudice. BOTHFELD, ULLMANN, *Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: nicht Schreckgespenst, sondern Sündenbock*, in *WSIM*, 2004, p. 262, 264.

dacato di merito sulle decisioni imprenditoriali, fa sì che gli imprenditori tedeschi non siano sempre disposti a sottoporsi, recedendo dal rapporto di lavoro, all'aleatorietà di un eventuale giudizio in materia di licenziamenti.

In secondo luogo, il sistema tedesco – a differenza del nostro, dove con la riforma Monti/Fornero “è sicuramente meno rischioso e meno costoso per il datore di lavoro licenziare il lavoratore, persino senza un giustificato motivo soggettivo o oggettivo”<sup>94</sup> – rende di fatto assai poco conveniente assumersi l'alea di un processo in quanto – come già anticipato – pone a carico del datore di lavoro “costi” assai elevati – oltre che imprevedibili – in caso di licenziamento illegittimo. In tal caso, peraltro, la scelta di non reintegrare non sempre è quella più conveniente per il datore di lavoro, il quale, come s'è visto, se nel corso del processo non ha impiegato il lavoratore, cade in mora ed è obbligato a corrispondere tutti gli arretrati ai sensi del § 615 BGB.

Inoltre, il § 9 del *KSchG* prevede che se il giudice accoglie la richiesta di scioglimento del rapporto, il datore è condannato a corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato un'indennità di importo tutt'altro che irrisorio. Il tetto massimo (dodici mensilità) è più basso rispetto a quello previsto dal nuovo art. 18 (in quanto nelle ipotesi in cui il giudice italiano sanziona con il risarcimento l'illegittimità del licenziamento intimato per g.m.s. o per giusta causa o per g.m.o. quando non sussiste la manifesta infondatezza del fatto, determina l'indennità tra un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro), ma garantisce certamente un trattamento di gran lunga migliore rispetto a quello riservato ai lavoratori italiani il cui licenziamento cade nell'area della tutela obbligatoria: in tal caso, se il licenziamento risulta ingiustificato l'indennità che il datore di lavoro è tenuto a versare a titolo di risarcimento del danno risulta di “importo compreso tra un minimo di 2,5 mensilità ad un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 4.

<sup>95</sup> Nella determinazione dell'importo del risarcimento, tanto il legislatore tedesco quanto quello italiano attribuiscono espressamente rilevanza all'anzianità: in Germania, nel caso in cui il rapporto duri da almeno quindici anni l'ammontare può raggiungere le quindici mensilità, mentre se dura da più di venti anni, tale ammontare può raggiungere le venti mensilità (§ 10 del *KSchG*). Peraltro il giudice, nel determinare la liquidazione deve tenere conto non solo dell'anzianità di servizio, ma anche delle *chance* del lavoratore di trovare un nuovo posto di lavoro e della situazione finanziaria delle parti del contratto di lavoro. In Italia, invece, in base all'art. 8 della l. n. 604 del 1966 la misura massima dell'indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il pre-

Il basso tasso di litigiosità del sistema tedesco è confermato dai risultati di una ricerca empirica effettuata nel 2002, che mostra come lo strumento più utilizzato per la risoluzione delle controversie in tema di licenziamento sia rappresentato dalla transazione: più della metà di tali controversie si conclude con un *Abfindungsvergleich*, in base al quale il lavoratore accetta lo scioglimento del rapporto in cambio di un'indennità<sup>96</sup>. In Germania le parti possono decidere liberamente di servirsi di una transazione durante il giudizio<sup>97</sup>, nel quale è stato impugnato il licenziamento ed, in tal caso, godono di ampia discrezionalità nel determinare il contenuto dell'accordo<sup>98</sup>.

Anzitutto, i contraenti possono esprimere nella transazione l'intento di far proseguire il vecchio rapporto di lavoro "non risolto" (*Bestandsvergleich*), o annullando il licenziamento in questione, o decidendo la costituzione di un ulteriore rapporto di lavoro, alle stesse o a diverse condizioni, ove necessario, prevedendo la corresponsione al dipendente del mancato guadagno temporaneo. Nel caso in cui le parti si accordano in una transazione giudiziale sulla prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo determinato, la giurisprudenza del BAG ritiene che la ragione oggettiva per giustificare l'apposizione del termine sia dimostrata *in re ipsa*<sup>99</sup>, per cui il lavoratore non può invocarne la mancanza.

Nella stragrande maggioranza dei casi, però, le controversie in tema di licenziamento si concludono con una transazione nella quale le parti non dispongono la prosecuzione del rapporto di lavoro tra esse costituito bensì la sua estinzione (*Aufhebungsvergleich*), oppure il differimento della data di ef-

stato di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro.

<sup>96</sup> BIELENSKI, *Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit*, in *AR*, 2003, p. 81. Secondo la ricerca più risalente riportata da BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 559, terminano con una transazione circa il 60% dei processi di prima istanza e il 44% dei processi di seconda istanza. Al contrario soltanto il 16% dei processi di prima istanza e circa il 44% dei processi di seconda istanza si risolvono con una sentenza. HÜMMERICH, *Die arbeitsgerichtliche Abfindung*, in *NZA*, 1999, p. 342, sottolinea inoltre che soltanto nel 6% delle transazioni è stata pattuita la prosecuzione del rapporto.

<sup>97</sup> Talune previsioni in tema di transazione si rinvencono nell'*Arbeitsgerichtsgesetz* (ArbGG), al § 107, e nel *Zivilprozessordnung* (ZPO), anche se non riguardano la transazione giudiziale: nel § 144a ZPO viene regolata la transazione compiuta davanti al collegio arbitrale (*Schiedsvergleich*).

<sup>98</sup> Sulle tipologie di *Kündungsvergleiches* cfr. BERKOWSKY, *op. cit.*, p. 561 e ss.

<sup>99</sup> BAG 22 febbraio 1984 AP Nr. 80 zu § 620 BGB, *NZA* 1984, 34.

ficacia del licenziamento stesso; non a caso si è giunti a qualificare la legge sui licenziamenti alla stregua di una “*Abfindungsgesetz*”<sup>100</sup>.

I contraenti, disponendo, anche nella specie, di ampia libertà nella scelta delle modalità, di regola, sono ben consapevoli della convenienza a concludere una transazione di questo tipo<sup>101</sup>. Ciò vale *in primis* per il datore di lavoro che, come s'è visto, si espone al rischio di una sentenza di condanna a pagare gli arretrati maturati per tutta la durata del processo senza aver ricevuto alcuna prestazione in cambio (si calcola che tale somma può arrivare fino ad un ammontare di 100.000 euro per uno o due anni di processo); ma anche per il prestatore di lavoro che potrebbe aver trovato un nuovo posto di lavoro. La legge in qualche modo incoraggia tale esito in quanto prevede che l'assicurazione in caso di disoccupazione possa essere percepita dal singolo lavoratore solo se egli è disposto ad accettare un qualsiasi posto di lavoro purché sia adatto. Se invece il lavoratore è senza lavoro o ha trovato un'alternativa meno appetibile, teoricamente dovrebbe aspirare ad ottenere la prosecuzione del rapporto, ma, nel soppesare costi e benefici, potrebbe anche essere indotto ad accettare, come si suol dire, un “uovo oggi” piuttosto che “una gallina domani”: con ogni probabilità, infatti, il lavoratore, nel corso della durata del processo perderà il contatto con l'ambiente originario, vedrà allentare le proprie relazioni sociali, rischierà di disperdere il proprio patrimonio professionale e di renderlo inutilizzabile al rientro, senza poter prevedere nella maggior parte dei casi l'esito della lite. L'incertezza è accresciuta dal fatto che il giudice, nei primi due gradi del giudizio, potrebbe essere portato ad accogliere la richiesta di risoluzione avanzata dal datore di lavoro e rendere se non impossibile per lo meno improbabile una sua futura riammissione in servizio.

## II. Il sistema di tutela collettiva (*cenni*). La reintegrazione nelle *more* del giudizio

Uno dei tratti peculiari del sistema tedesco che attira maggiormente l'interesse degli studiosi e degli operatori italiani<sup>102</sup> è costituito dalla stretta connessione che esiste tra la tutela prevista sul piano individuale dalla *KSchG*

<sup>100</sup> PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis*, in *RA*, 2003, p. 65, 69.

<sup>101</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 668-670.

<sup>102</sup> GAETA, *op. cit.*, spec. p. 600.



e la disciplina speciale di natura collettiva sulla codeterminazione (*Mitbestimmungsrecht*), che, tra l'altro, impone prima di ogni licenziamento di sottoporre ad un confronto dialettico le ragioni delle parti dinnanzi al *Betriebsrat*, l'organismo al quale in Germania è demandata la rappresentanza generale dei lavoratori<sup>103</sup>.

In Italia, l'idea di una "procedimentalizzazione" di matrice sindacale del potere di recesso era stata evocata a vari livelli nel dibattito che ha preceduto l'approvazione della legge 92. Un preciso riferimento al "modello tedesco" si rinviene in un appello formulato dal comitato direttivo di Lavoro e Diritto, nel quale si manifestava un certo interesse verso la cultura partecipativa che lo contraddistingue e si auspicava che la nuova disciplina sui licenziamenti rimettesse "al giudice la facoltà di chiedere, per i licenziamenti motivati da ragioni economiche e organizzative, un parere alle Rappresentanze sindacali unitarie, elette da tutti i lavoratori, ovvero, in mancanza di queste, alle Rsa, ovvero alle organizzazioni sindacali territoriali".

Tuttavia, il legislatore italiano si è mantenuto lontano da tale proposta, puntando ad incoraggiare una soluzione del tutto estranea alla tradizione culturale del sistema partecipativo previsto in Germania: in particolare, viene introdotta una procedura conciliativa che si svolge presso un organo di carattere amministrativo (la commissione di conciliazione costituita presso la Direzione provinciale del lavoro) e che è confinata in una prospettiva puramente individuale considerando che la presenza delle organizzazioni sindacali è rimessa alla scelta del lavoratore<sup>104</sup>.

In Germania<sup>105</sup>, al contrario, il licenziamento, qualunque ne sia la causale

<sup>103</sup> Come è noto sul piano formale i consigli d'azienda non sono legati ai sindacati da un rapporto organico in quanto ricevono un'investitura direttamente dai lavoratori presenti in azienda. Ma al di là di quanto il dato normativo formale lasci immaginare, esistono di fatto stretti legami tra sindacati e consigli di impresa, stante la capacità dei sindacati di influire sulla composizione di questi ultimi. V. tra gli altri AA.VV., *Germany: Facing new challenges*, in KERNER, HYMAN (eds), *Changing industrial relations in Europe*, Blackwell Oxford, 1998, p. 190.

<sup>104</sup> Su tale innovazione v. tra gli altri, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, relazione tenuta al convegno "La riforma del mercato del lavoro"*, 13 aprile 2012, Roma, Università Roma Tre, 2012, § 10; CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in corso di pubblicazione su ADL, p. 28 del dattiloscritto.

<sup>105</sup> Le valutazioni sottese alla scelta del legislatore italiano sono facilmente intuibili: in un ambito fortemente influenzato dal contesto socio-politico, qual è quello dei rapporti collettivi, come insegna l'analisi comparativa, sarebbe stato tutt'altro che agevole effettuare un trapianto

(e dunque non solo in caso di ragioni oggettive), è sottoposto ad un controllo assai penetrante da parte del *Betriebsrat*, il quale, se si tratta di licenziamenti collettivi, ha anche la titolarità di una serie di diritti di codeterminazione ai sensi dei §§ 111-112 del *BetrVG* con riferimento ai cosiddetti piani sociali, nei quali viene generalmente contrattata la corresponsione di compensi per la riqualificazione e la formazione dei lavoratori.

In particolare, sempre che in azienda esista un *Betriebsrat*, la partecipazione si concretizza anzitutto nell'obbligo del datore di lavoro di informarlo e di metterlo al corrente delle persone coinvolte, del tipo di licenziamento che intende adottare (ordinario o straordinario), dei motivi e del termine a partire dal quale l'atto produce effetto (§ 102 c. 1 *BetrVG*)<sup>106</sup>. Il *Betriebsrat* deve essere posto nelle condizioni di poter valutare la legittimità dei motivi e di poter sollevare obiezioni ( motivate ) contro il licenziamento senza dover svolgere accertamenti ulteriori<sup>107</sup>. Il licenziamento si intende approvato se il consiglio aziendale non esprime al datore di lavoro alcuna riserva per iscritto nell'arco di una settimana (o di tre giorni in caso di licenziamento straordinario).

Tuttavia, se ricorre uno dei motivi tassativamente indicati nel c. 3 del § 102 (per esempio, il datore, nel selezionare i lavoratori, non ha tenuto in debito conto gli "aspetti sociali" connessi alla scelta oppure il lavoratore da licenziare possa essere reimpiegato nella stessa o in un'altra unità produttiva, con o senza la necessità di un addestramento professionale) e si tratta di un licenziamento ordinario, il *Betriebsrat* può esercitare anche un diritto di opposizione contro il licenziamento ai sensi del comma 3 del § 102.

Tale opposizione ha conseguenze di non poco conto e, per quanto interessa ai nostri fini, può assumere rilevanza ai fini del riconoscimento del reintegro: infatti, qualora il lavoratore promuova un'azione in giudizio *ex* § 4 KSchG (*Kündigungsschutzklage*) ed il consiglio si opponga, il § 102 Abs. 5, del *BetrVG* obbliga il datore di lavoro a rioccupare in servizio il lavoratore a condizioni di lavoro immutate fino a che non sia intervenuta una sentenza sfavorevole a quest'ultimo<sup>108</sup>.

di norme relative ai rapporti di forza da un ordinamento ad un altro, senza scatenare reazioni di rigetto.

<sup>106</sup> DÜTZ, THÜSING, *op. cit.*, p. 214.

<sup>107</sup> BAG 15.II.1995-2 AZR 974/94 - AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 73 = NZA 1996, 419; BAG 23.6.2009, in NZA 2009, 1136.

<sup>108</sup> Sul diritto alla riammissione in azienda previsto dal § 102, Abs. 5, 2 Nr del BetrVG v. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672-680; WANK, *Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers*

La previsione è volta a garantire, anche se in via indiretta, una tutela contro il licenziamento al lavoratore che teme di vedersi preclusa la possibilità di rientrare in azienda qualora il posto di lavoro non sia più disponibile nelle more del giudizio<sup>109</sup>; in tal caso, il coinvolgimento del consiglio aziendale costituisce un filtro che lo tutela anche ai fini della decisione conclusiva: il datore di lavoro che intende “sbarazzarsi” di un proprio dipendente in cambio di una somma di denaro, di fatto potrebbe incontrare qualche difficoltà a dimostrare che la sua collaborazione non è più utile al perseguimento degli obiettivi aziendali laddove il prestatore di lavoro sia riuscito ad ottenere la riassunzione in servizio durante il processo. Tuttavia, sarebbe sbagliato enfatizzare l'importanza di questo strumento e ritenere che esso possa rappresentare la chiave di volta per risolvere il problema della stabilità<sup>110</sup>. Vediamone in sintesi le ragioni.

a) Anzitutto, va considerato che questa previsione ha avuto scarsa rilevanza sul piano pratico<sup>111</sup> e, allo stato, non trova applicazione in molte piccole e medie imprese giacché i lavoratori non prendono l'iniziativa per costituire consigli di impresa (cosa ancora abbastanza frequente nonostante la novella del 2001 ne abbia favorito la costituzione prevedendo procedure elettorali più snelle).

b) L'obiettivo principale della norma, come ha chiarito il BAG in una importante pronuncia del 1985<sup>112</sup>, è quello di rafforzare, non la posizione del singolo lavoratore licenziato sul piano della stabilità (seppure provvisoria) del

in AA.Vv., *Münchener Handbuch*, cit., p. 138-172; RIEBLE, *Entbindung von der Weitebeschäftigungspflicht nach § 102, Abs. 5, Nr. 2 BetrVG*, in *BB*, 2003, p. 844. Come rileva THÜSING, in: RICHARDI (Hrsg.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar*, C.H. Beck, 2006, Rn. 119, la giurisprudenza, facendo propria la cosiddetta *Sphärentheorie*, secondo la quale il vizio procedurale non è imputabile alla responsabilità del consiglio aziendale, valuta con particolare severità l'inosservanza dell'obbligo di ascolto sino a considerare nullo per violazione di legge (*unwirksam*) il licenziamento intimato senza ascoltare il consiglio anche nel caso in cui la fase di consultazione presenti “soltanto” qualche lacuna. Per tale motivo nella discussione che si è aperta alcuni anni fa intorno ad un possibile allentamento dei vincoli posti dalla normativa di protezione contro il licenziamento alcuni avevano proposto una riduzione dei poteri del coinvolgimento del consiglio di fabbrica in caso di licenziamento.

<sup>109</sup> RIEBLE, *op. cit.*, p. 844.

<sup>110</sup> Mette in guardia da questo rischio DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 672.

<sup>111</sup> Nell'ultima ed. del manuale più volte citato DÄUBLER fa riferimento ad una ricerca empirica, sia pure risalente, secondo cui su 10.000 lavoratori licenziati soltanto 4 vengono riassunti con questo strumento.

<sup>112</sup> BAG 27.2.1985, 7 AZR 525/83 in *BB*, 1985, 1978.

rapporto di lavoro, bensì il diritto di *Mitbestimmung* del consiglio aziendale e dunque un interesse collettivo.

Ed infatti la legge sulla costituzione aziendale subordina la richiesta di rioccupazione all'opposizione del *Betriebsrat*, il quale, essendo chiamato ad esercitare un diritto partecipativo (*Beteiligungsrcht*), non agisce in rappresentanza di singoli lavoratori, bensì nella veste di organo deputato alla tutela di interessi collettivi<sup>113</sup>.

Per usare le parole del BAG il rafforzamento della posizione individuale del lavoratore licenziato trova “la sua radice nell’ambito del diritto collettivo”<sup>114</sup>, semmai dunque è solo una conseguenza derivante dal diritto collettivo rafforzato del consiglio aziendale.

c) Ma soprattutto va tenuto conto che il § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG* concede al datore di lavoro la possibilità di liberarsi dall’obbligo di riassumere in ipotesi tutt’altro che eccezionali: a parte i casi in cui la domanda del lavoratore non abbia alcuna ragionevole *chance* di successo o sia fatta temerariamente e l’opposizione del consiglio sia palesemente priva di fondamento, la legge fa riferimento all’ipotesi in cui la prosecuzione del rapporto costituisca per lui un “peso economico insostenibile”<sup>115</sup>. Proprio la previsione di quest’ultima ipotesi pone l’ostacolo maggiore alla riassunzione: la giustificazione dell’esonero non è collegata dalla norma a motivi che attengono al licenziamento stesso o ai comportamenti del lavoratore o del consiglio aziendale, bensì ad una circostanza ben definita: il potenziale pregiudizio che la rioccupazione del lavoratore potrebbe arrecare alla posizione economica del datore di lavoro (la liquidità o la capacità di concorrenza dell’impresa). Peraltro, è opinione prevalente che per dichiarare economicamente insostenibile la riassunzione non occorra che il datore di lavoro veda minata la possibilità di continuare ad esercitare la propria attività. L’insostenibilità economica della riassunzione deve essere valutata solo in relazione a quei fattori che si ripercuotono negativamente sull’andamento economico e sul bilancio dell’im-

<sup>113</sup> V. RIEBLE, *op. cit.*, p. 844.

<sup>114</sup> BAG 27.2.1985, cit., 1980.

<sup>115</sup> Rimane aperta la questione se il parametro di riferimento per valutare l’insostenibilità economica debba essere riferito all’azienda (*Unternehmen*) oppure all’impresa (*Betrieb*). Sul punto V. RIEBLE, *op. cit.*, p. 845 secondo cui nonostante la natura giuridica del rapporto di rioccupazione come rapporto costituito sul piano individuale potrebbe suggerire il riferimento al datore di lavoro e dunque alla *Unternehmen*, il “danno economico insostenibile” deve essere valutato con riferimento alla *Betrieb*.

presa (si pensi ai costi della retribuzione oppure all'onere economico di una ristrutturazione dell'organizzazione dell'impresa nel caso in cui mancasse la possibilità di rioccupazione nel vecchio posto di lavoro)<sup>116</sup>.

Un ulteriore ostacolo alla riassunzione deriva dal fatto che, secondo l'opinione più accreditata, nell'ipotesi in cui a seguito di un licenziamento collettivo più lavoratori fanno valere simultaneamente un diritto ad essere riammessi in servizio, per poter stabilire se la riammissione è economicamente (in)sostenibile, si deve tener conto non solo del costo della riammissione del singolo lavoratore, ma anche dell'aggravio economico che il datore di lavoro dovrà sopportare allorché riammette in servizio gli altri lavoratori. Ed infatti, se tale aggravio fosse trascurato, si darebbe luogo ad un'immagine distorta della situazione economica dell'impresa e la previsione in esame opererebbe soltanto in casi del tutto residuali<sup>117</sup>.

Proprio in considerazione della scarsa rilevanza sul piano pratico dello strumento in esame, in passato si è anche posta la questione se, a parte lo specifico caso previsto dal § 102 Abs. 5, Nr. 2 *BetrVG*, vi sia un obbligo generale del datore di impiegare il lavoratore licenziato fino alla conclusione del giudizio, a prescindere dal fatto che si tratti di un licenziamento ordinario o straordinario, e a prescindere dalla ipotetica reazione del consiglio aziendale.

Inizialmente la Corte federale del lavoro aveva risposto negativamente, ritenendo che il diritto alla rioccupazione richiedesse l'esistenza attuale di un rapporto di lavoro e potesse configurarsi nei soli e limitati casi in cui il licenziamento è manifestamente inefficace<sup>118</sup>.

Questa posizione è stata superata con una sentenza del 1985, nella quale il BAG riconosce per la prima volta che se il licenziamento viene considerato illegittimo dinanzi al tribunale del lavoro di prima istanza, il lavoratore licenziato ha un diritto ad essere temporaneamente occupato fino al passaggio

<sup>116</sup> Non manca peraltro chi ritiene che l'insostenibilità del carico economico debba valutata anche in relazione a fattori legati alla persona del lavoratore e alle "prospettive di un suo reinserimento". V. STEGE, WEINSPACH, SCHIEFER, *Betriebsverfassungsgesetz: Handkommentar für die betriebliche Praxis*, Dt. Inst.-Verl., 2002, R.n. 182.

<sup>117</sup> Lo fa notare WOLFF (*Vörläufiger Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses durch Weitebeschäftigung nach des § 102 Abs. 5 BetrVG*, Diss. 2000, p. 210), il quale aggiunge che la riammissione in servizio di un singolo lavoratore potrebbe incidere in modo rilevante soltanto sull'andamento economico di una piccola impresa.

<sup>118</sup> BAG 26.5.1977, BAGE 29 S. 195 (200) = DB 1977 S. 2099.

in giudicato della pronuncia, e ciò indipendentemente dall'opposizione del *Betriebsrat*<sup>119</sup>. La sentenza suscitò a suo tempo opinioni divergenti: secondo alcuni il BAG avrebbe in tal modo rafforzato e reso più effettiva la tutela contro i licenziamenti<sup>120</sup>; ad altri la soluzione adottata è apparsa invece troppo compromissoria in quanto consente all'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione di prevalere su quello datoriale solo se la prosecuzione del rapporto non sia considerata economicamente insostenibile da una decisione in prima istanza<sup>121</sup>.

Ad ogni modo, occorre rilevare che la giurisprudenza, pur avendo ammesso in linea di principio che il lavoratore possa ottenere la provvisoria riammissione in servizio senza dover attendere la sentenza in primo grado, ove vi sia il pericolo che il licenziamento possa ledere o ostacolare alcune situazioni costituzionalmente protette (analogamente a quanto accade con riguardo al procedimento d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c.), non sempre sembra giudicare sulla base di un equo contemperamento degli interessi in gioco.

Nel concedere tale provvedimento i giudici di merito si riservano, di volta in volta, un margine di discrezionalità più o meno ampio: in alcune pronunce si ritiene necessario che il licenziamento sia "manifestamente inefficace"<sup>122</sup>, in altre ci si accontenta di una probabilità, più o meno alta, che il lavoratore possa risultare vittorioso nel giudizio<sup>123</sup>.

Peraltro, anche sotto questo profilo, si contesta, da un lato, che il pericolo del lavoratore di perdere definitivamente il posto di lavoro spesso viene in rilievo solo dopo che si è valutata la sostenibilità economica della rioccupa-

<sup>119</sup> BAG 27.2.1985, cit., 1980. È interessante constatare che nello stesso periodo la legge per la promozione per l'occupazione (*Beschäftigungsförderungsgesetz*) del 1985, per favorire la creazione di nuovi posti di lavoro, aveva previsto la possibilità di concludere contratti a termine fino a 18 mesi senza controllo giudiziale.

<sup>120</sup> Così ZACHERT, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Università degli Studi di Trento, 1995, p. 141; SCHMIDT, WEISS, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, 2008, p. 130 i quali pongono in luce che la sentenza ha segnato un cambiamento radicale, rilevando che se il lavoratore è riuscito ad ottenere dal giudice in prima istanza la possibilità di essere temporaneamente rioccupato, per il datore di lavoro che ha fatto richiesta di risoluzione sarà più difficile dimostrare l'impossibilità di una collaborazione fruttuosa con quel lavoratore.

<sup>121</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 674, il quale ritiene che il BAG avrebbe dovuto basarsi su un diverso contemperamento di interessi.

<sup>122</sup> Per esempio LAG Hamburg 15.8.1974, DB 1974, 2408.

<sup>123</sup> LAG Frankfurt/M, in *AR* 1977, 155 citata da Daubler in nota 904.

zione<sup>124</sup>, dall'altro, che la riammissione in azienda viene garantita soltanto in casi particolari come quando senza di essa viene messo gravemente in pericolo un diritto afferente alla sfera della personalità del lavoratore, quale il diritto alla formazione e alla elevazione professionale<sup>125</sup>.

## 12. Il dibattito più recente

Come in Italia, anche nella Rft, il tema della flessibilità in uscita, specie nell'ultimo decennio, ha riaperto un'accesa disputa nella quale la disciplina sui licenziamenti individuali è stata al centro di aspre polemiche<sup>126</sup>.

Il timore maggiore è che l'eccessiva rigidità di cui tale normativa è accusata possa avere l'effetto di ostacolare il dinamismo delle imprese e la creazione di posti di lavoro, aggravando il dualismo del mercato del lavoro ed il *gap* di protezione tra i lavoratori già occupati e i potenziali aspiranti del posto di lavoro<sup>127</sup>.

In particolare, la tutela attualmente garantita contro i licenziamenti, limitando la libertà di azione delle imprese nel determinare dimensioni e assetti produttivi e organizzativi, potrebbe creare una barriera all'accesso sul mercato per chi è in cerca di occupazione (*Marktzutrittsschranke*)<sup>128</sup>. Anzi, secondo alcuni una disciplina di tutela come quella attuale che tiene conto soltanto degli interessi degli *insiders* realizzerebbe una lesione intollerabile della libertà professionale, costituzionalmente tutelata, di cui è titolare chi aspira a trovare un'occupazione, e cioè gli *outsiders* (art. 12, Abs. 1 GG)<sup>129</sup>, aggravando la disparità di trattamento tra tali gruppi di lavoratori.

<sup>124</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 679.

<sup>125</sup> LAG Hamburg 15.8.1974, cit.

<sup>126</sup> Il dibattito, molto acceso agli inizi del decennio scorso, sembra affievolirsi solo negli ultimissimi anni anche in considerazione del fatto che molti studi hanno confermato che la rigidità della disciplina sui licenziamenti ha uno scarso impatto sulla crescita dell'occupazione. Ne prende atto il Parlamento Europeo (2007), Relazione su *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, 25 giugno 2007, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), p. 1 ss.

<sup>127</sup> Per la tesi che nega invece una connessione tra il tasso di rigidità della disciplina sui licenziamenti e la disoccupazione di determinati gruppi di lavoratori, in particolare i più giovani v. JANSSEN, *Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft*, in: iwttrends (Hrsg.): *Initiative Neue soziale Marktwirtschaft*, 2004, p. 16-25 il quale pone in rilievo che solo di tanto in tanto dai sondaggi empirici emerge che la normativa vigente ostacola la creazione di nuovi posti di lavoro.

<sup>128</sup> Sullo stato del dibattito v. HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 360.

<sup>129</sup> WAAS, *Kündigungsschutz*, cit., p. 99. Il timore non viene fugato dalla giurisprudenza co-

Peraltro, la disciplina sui licenziamenti, così come si è sviluppata grazie all'importante opera interpretativa svolta dalla giurisprudenza, è stata anche criticata in quanto lascia un ampio margine di incertezza giuridica in ordine alle causali che legittimano il licenziamento<sup>130</sup> ed in quanto prevede un sistema sanzionatorio eccessivamente rigido che può comportare per le imprese costi eccessivi ed imprevedibili, anche in considerazione dei tempi lunghi che il sistema giudiziario impiega nella soluzione della controversia<sup>131</sup>.

La legge di riforma del mercato del lavoro del 24 dicembre 2003 (*Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt*) non è riuscita a smorzare i toni assai aspri di queste critiche; anzi, avendo introdotto solo correttivi marginali alla attuale disciplina sui licenziamenti<sup>132</sup> (come la restrizione del suo campo di applicazione, la ridefinizione delle regole sui criteri di scelta, una modifica del termine di impugnazione giudiziale<sup>133</sup> e, soprattutto, il diritto all'indennità<sup>134</sup> a

stipuzionale che per i primi riconosce che lo Stato è obbligato a mantenere uno standard minimo di tutela in caso di licenziamenti (*Schutzpflicht*), mentre per chi è in cerca di un lavoro si astiene dal configurare un interesse al riconoscimento del diritto al lavoro garantito dall'art. 12. BVerfG 21.1.1998 AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>130</sup> Come osserva ZACHERT, *Der Arbeitsrechtsrechtsdiskurs*, cit., p. 422, oggi la normativa viene messa sotto accusa soprattutto scarsa chiarezza (*Undurchschaubarkeit*). Il tasso relativamente alto di incertezza nei rapporti giuridici viene denunciato anche in un recente studio empirico commissionato da un istituto di ricerca (EICHHORST, MARX, *Zur Reform des deutschen Kündigungsschutzes*, IZA, 2011, Report n. 38), specie con riguardo alle causali, ai criteri di selezione sociale e alla procedura.

<sup>131</sup> BAUER, *Arbeitsrechtlicher Wunschkatalog für mehr Beschäftigung*, in *NZA*, 2005, p. 1046-1051.

<sup>132</sup> In quest'occasione il legislatore non ha voluto neppure incidere sulle causali giustificative del licenziamento per ridurre l'indeterminatezza che le caratterizza come aveva auspicato invece BAUER, *op. cit.*, p. 1046-1051.

<sup>133</sup> In Germania il licenziamento va impugnato nel termine perentorio di tre settimane dalla notifica (§ 4 KSchG). Si tratta di un aspetto caratteristico del diritto tedesco rispetto ad altri ordinamenti giuridici, come quello italiano che prevede il termine più lungo di sessanta giorni (§ 4 KSchG). Al fine di garantire al datore di lavoro maggiore certezza sulla sorte del rapporto di lavoro la legge di riforma del dicembre 2003 ha previsto che il termine di impugnazione trova applicazione non solo quando manca una giustificazione sociale ma anche nelle altre ipotesi di illegittimità del licenziamento. Sul punto v., più nel dettaglio, DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 652-656.

<sup>134</sup> In particolare, in virtù di tale previsione il lavoratore in caso di licenziamento per motivi economici ha diritto a percepire un'indennità a condizione che il datore di lavoro ne offra la corresponsione nella lettera di licenziamento e il lavoratore lasci spirare il termine decadenziale di tre settimane per l'impugnazione del licenziamento.



favore del lavoratore licenziato per ragioni economiche nel nuovo § 1 a.), se ne è attirata essa stessa delle altre.

Si tratta di critiche per lo più fondate giacché essa non solo alleggerisce solo in piccola parte i vincoli presenti nel sistema, ma adotta in certi casi soluzioni non del tutto soddisfacenti che sollevano più problemi di quanti non ne risolvono oppure rivestono un valore puramente simbolico, come nel caso della previsione di un *Abfindungsanspruch* in caso di licenziamento per ragioni economiche (*KSchG* § 1a)<sup>135</sup>.

Per questa ragione, soprattutto a partire dal 2003, sono circolate varie proposte più radicali di riforma “al ribasso” della normativa sui licenziamenti, molte delle quali riecheggiano posizioni già emerse nel dibattito economico e si rifanno al pensiero liberale neoclassico, in particolare all’idea secondo cui una riduzione degli standard di tutela in materia di licenziamento farebbe aumentare la competitività delle imprese, soprattutto delle piccole e medie imprese, incentivando le stesse ad offrire il lavoro nella sua forma classica, quella del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il disegno di fondo che ha ispirato tali proposte non si allontana di molto da quello perseguito dalla riforma recentemente approvata in Italia in quanto consiste nell’introdurre nel sistema di tutela contro i licenziamenti un nuovo paradigma concettuale finora estraneo alla tradizione tedesca: si prefigura cioè il passaggio da un regime – qual è quello attuale – che riconosce un peso preponderante alla tutela di tipo reintegratorio e all’interesse alla conservazione del posto di lavoro (*Bestandsschutz*) ad un assetto più blando che si fonda su una tutela indennitaria più o meno ampia (*Abfindungslösung*)<sup>136</sup>. Coloro i quali mostrano una pur cauta apertura verso simili op-

<sup>135</sup> Essa, pur essendo valutata costituzionalmente legittima per il carattere opzionale di tale diritto, non è sembrata uno strumento adeguato rispetto all’obbiettivo che il legislatore si era con esso proposto e cioè quello di deflazionare il contenzioso e rendere contestualmente meglio calcolabili i costi dei licenziamenti per le imprese. V. tra gli altri, RAAB, *Der Abfindungsanspruch gemäß § 1a KSchG in RArbeit*, 2005, 1, p. 12.

<sup>136</sup> Le opinioni in merito divergono soprattutto con riguardo al tipo di tutela indennitaria da introdurre: una tesi più radicale sembra prefigurare un vero e proprio smantellamento della normativa sui licenziamenti in quanto sostiene che il datore di lavoro dovrebbe essere messo nelle condizioni di poter licenziare anche senza motivazione e senza selezione sociale, essendo tenuto soltanto al rispetto del periodo di preavviso. La tesi propone peraltro di potenziare la sicurezza nel mercato (*security*), imponendo al datore di finanziare l’attività post-occupazione dei servizi per l’impiego per il ricollocamento e le misure di formazione (si tratta della tesi proposta dalla Camera di commercio di Amburgo, IHK Hamburg, „*Mehr Markt für den Arbeitsmarkt*“, S.

zioni di riforma pongono in evidenza che l'ordinamento costituzionale lascia al legislatore ordinario un ampio margine di discrezionalità in merito alla scelta delle tecniche normative più idonee a sanzionare il licenziamento illegittimo, senza potersi ritenere preclusa la scelta di un regime sanzionatorio incentrato sulla corresponsione dell'indennità (fatta eccezione per alcuni casi, come quello del licenziamento per mero capriccio). Si fa notare anzitutto che la giurisprudenza costituzionale tedesca, come quella italiana, ha sempre negato che un diritto al reintegro possa ritenersi costituzionalmente imposto, ritenendo, come s'è visto, che dall'art. 12 del GG (libertà professionale) possa dedursi tutt'al più una garanzia costituzionale al solo diritto a non subire un licenziamento arbitrario<sup>137</sup>. Peraltro, si osserva che il legislatore ordinario, come si è detto, nel predisporre i vincoli limitativi del potere di recesso non possa avere riguardo solo agli interessi di chi il posto di lavoro già ce l'ha, ma debba necessariamente tener conto anche di quelli degli *outsiders*<sup>138</sup>.

22 ff., reperibile su <http://www.bda-pro-job.de>, del 17.02.2006); secondo un'altra tesi si dovrebbe puntare ad imporre una tutela di tipo indennitario per qualunque tipo di licenziamento e rendere del tutto residuale la tutela della stabilità (BUCHNER, *Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts*, in *NZA*, 2002, p. 533, 534; J.-H. BAUER, *Arbeitsrechtlicher* cit., p. 1046-1051; la tesi è stata fatta propria anche in un rapporto redatto dalla BDA in „BDApro- job.de“, S. 8 f., reperibile su <http://www.bda-pro-job.de>, del 17.02.2006 su cui v. le critiche di KAMANABROU, *op. cit.*, p. 85 e ss.); altri autori ritengono che mentre con riferimento al licenziamento per motivi economici non ha più molto senso continuare a perseguire l'obiettivo della tutela di una autentica continuità – alla quale peraltro nessuna delle parti del contratto di lavoro aspira – e dunque si potrebbe ipotizzare una tutela risarcitoria, viceversa, ciò non è vero nel caso di licenziamenti disciplinari e personali là dove dal lato del dipendente occorre soddisfare un interesse alla continuità del rapporto (tra gli altri, KAMANABROU, *op. cit.*, 83 e ss.; PREIS, *Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis in RArbeit*, 2003, p. 65); altri ancora, infine, ritengono che, nel caso in cui il licenziamento per ragioni economiche e per ragioni inerenti alla persona del lavoratore sia ingiustificato, la scelta tra la tutela di tipo indennitario e quella di tipo reintegratorio debba essere rimessa al lavoratore. HANAU, *Welche arbeits- und ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?* Deutscher Juristentag, 2000, C-90.

<sup>137</sup> Secondo HERGENRÖDER, *Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung*, in *ZA*, 2002, p. 355 “i diritti fondamentali non possono giocare un ruolo molto rilevante nelle questioni che riguardano la disciplina sui licenziamenti” in quanto “la Costituzione traccia soltanto il quadro all'interno del quale si muovono il legislatore ordinario ed il giudice. E questo stesso ambito è fluido: alla fine nessuno è nella condizione di poter individuare con chiarezza il nucleo intangibile della libertà di impresa o della garanzia del posto di lavoro. Questo può essere stabilito soltanto nel caso concreto”.

<sup>138</sup> V. sul punto WAAS, *Kündigungsschutz*, cit., p. 102, il quale ritiene inoltre che anche il diritto europeo lasci al legislatore ordinario un ampio margine di autonomia in ordine alle tecniche di limitazione del recesso del datore di lavoro. La normativa di diritto secondario (e in

Più convincenti sembrano però le ragioni di chi da tempo, manifestando una ferma contrarietà nei confronti di una riforma volta ad allentare la protezione legale contro il licenziamento (ed una modulazione della disciplina della reintegrazione), si mostra convinto fautore di una modifica *in melius* delle tutele in materia di licenziamenti.

Tale posizione si giustifica in considerazione delle finalità – ancora attuali – sottese al sistema di tutela individuale contro i licenziamenti. In particolare si deve riconoscere non solo che la tutela contro i licenziamenti garantisce un vantaggio dal punto di vista economico alle imprese – le quali, per mantenere un grado elevato di efficienza economica e produttività, hanno bisogno di avere un nucleo stabile di forza lavoro, qualificata e in grado di adattarsi ai cambiamenti strutturali – ma anche che essa ha alla base un fondamento di carattere politico nella misura in cui contribuisce ad evitare conflitti sociali e a garantire la stabilità del sistema di relazioni industriali<sup>139</sup>.

Una riforma che si proponga di ammorbidire le conseguenze sanzionatorie di un licenziamento invalido e di dare più spazio alla sanzione indennitaria (*Abfindungslösung*) potrebbe mettere in discussione la funzione di tutela preventiva (*Präventivfunktion*) che la disciplina sui licenziamenti è chiamata ad assolvere per scongiurare licenziamenti manifestamente o molto probabilmente ingiustificati, rischiando di indebolire la garanzia dei diritti fondamentali della persona del lavoratore che vengono in gioco nel licenziamento<sup>140</sup>. Come riconosce anche la nostra giurisprudenza costituzionale la disciplina in esame pone le basi per garantire al lavoratore non solo una sicurezza sul piano economico, ma soprattutto la possibilità di esercitare liberamente i diritti derivanti dal rapporto di lavoro (*Freiheitssicherung*): chi si trova in una condizione di debolezza contrattuale nei confronti della con-

particolare le direttive) regola solo aspetti marginali della tutela in caso di licenziamento. Pur avendo in linea di principio una competenza a legiferare anche mediante una normativa che preveda una tutela generale contro il licenziamento ex art. 137, paragrafo 1, CE, l'UE non ha ancora fatto uso di queste competenze.

<sup>139</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 713-719.

<sup>140</sup> FRANZEN, *Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer als Grundlage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes*, in KRAUSE, SCHWARZE (a cura di), *Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008*, p. 90. HROMADKA, *Unternehmerische*, cit., p. 383; KAMANABROU, *op. cit.*, p. 78 e ss.; REBHAIN, *op. cit.*, p. 186, secondo cui “qualsiasi tutela contro i licenziamenti, anche quella più debole, ha l'importante funzione di garantire l'effettività del diritto del lavoro nel suo complesso”.

troparte e teme di perdere il posto di lavoro potrebbe in qualche modo essere indotto a non far valere i propri diritti.

Fondato sembra infine il pericolo che in un contesto di economia globale ed altamente competitiva un allentamento dei vincoli legali al licenziamento – ammesso (e non concesso) che serva realmente ad attrarre gli investimenti da parte di imprenditori stranieri – possa incoraggiare il fenomeno del *dumping* sociale o della “concorrenza tra regole”. È infatti indubitabile che in un simile contesto le imprese multinazionali siano più inclini a sfruttare le divergenze esistenti nelle legislazioni nazionali e selezionare la legislazione del lavoro più favorevole: come mostra una sentenza dell'*Arbeitsgericht* di Düsseldorf<sup>141</sup> tali imprese spesso decidono di chiudere le sedi in Germania, e non in altri Paesi, approfittando del fatto che in questo paese raramente rischiano di dover accollarsi, sulla base di un *Sozialplan*, gli ingenti premi di fine rapporto che sarebbero tenute a corrispondere altrove<sup>142</sup>.

Forse il nostro legislatore, nel pianificare la recente riforma della disciplina dei licenziamenti in Italia, avrebbe potuto valutare più attentamente questi argomenti ed evitare di introdurre un apparato sanzionatorio disomogeneo che rende assai incerta l'aspettativa del lavoratore di conservazione del posto di lavoro, anche quando è in gioco la lesione della sua personalità.

Del resto, è significativo che in Germania anche chi si dichiara in linea di principio a favore di un nuovo assetto della disciplina che sostituisca in parte la tutela alla stabilità (*Bestandsschutz*) con una tutela indennitaria (*Abfindungsschutz*)<sup>143</sup> e propone, in certi casi, una graduazione della sanzione risarcitoria in base al presupposto del licenziamento<sup>144</sup>, evidenzia la necessità di tenere nettamente distinte e separate le ipotesi in cui la causale del licenziamento tocca il diritto della personalità ancorato nell'art. 2 del GG e dun-

<sup>141</sup> Sentenza del 11 febbraio 2004 – 10 Ca 19769/03 di cui dà notizia GOTTHARDT, *Standortvergleich bei Betriebsschließungen*, in *NZA*, 2005, p. 739.

<sup>142</sup> DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht*, cit., p. 717.

<sup>143</sup> Si è anche discusso sulla possibilità delle parti di prevedere deroghe contrattuali alla disciplina di tutela contro i licenziamenti e sulla inderogabilità della normativa in questione. Accordi in deroga sono considerati ammissibili solo se sussiste una ragione oggettiva (si pensi ai casi particolari di un tossicodipendente o di un alcolista).

<sup>144</sup> HERGENRÖDER, *op. cit.*, p. 355, il quale sostiene che una tutela di questo tipo possa fungere da deterrente e consentire di evitare le conseguenze di un processo dagli esiti assai incerti. Secondo tale a. anche la Corte costituzionale avrebbe in qualche misura riconosciuto che una tutela di tipo indennitario ha un'efficacia in via preventiva. BVerfG 27 gennaio 1998, Nr 18, AR Blattei ES 830 con nota di DIETERICH, 1020 Nr. 346.

que la dignità, l'onorabilità e la libertà morale del lavoratore da quelle in cui è in gioco soltanto un suo interesse economico e professionale. Nel primo caso ci sono buone ragioni persino per ritenere che il diritto al reintegro (*Wiedereinstellungsanspruch*) sia costituzionalmente imposto dal momento che la lesione dell'onore e del decoro che il lavoratore illegittimamente licenziato potrebbe subire – si pensi al licenziamento emesso sulla base del sospetto che il lavoratore ha compiuto un reato o una grave violazione dei suoi obblighi (c.d. *Verdachtskündigung*) – difficilmente sarebbe compensata in modo adeguato mediante la corresponsione di una somma di denaro.



## Alessia Giurini

### Benessere del lavoratore e organizzazione aziendale: spunti di riflessione del caso Fiat

**Sommario:** **1.** Il modello WCM nell'organizzazione produttiva della Fiat. **2.** Il sistema Ergo-UAS. **3.** La nuova disciplina in ordine all'orario di lavoro, alle pause e al lavoro straordinario. **4.** Le principali criticità del modello WCM e del sistema Ergo-UAS in termini di benessere del lavoratore: il problema del lavoro monotono. **4.1.** La valutazione dei rischi fisici: ulteriori criticità del sistema Ergo-UAS. **4.2.** Il rilievo dei concetti di "salute" e di "ambiente di lavoro". **5.** Considerazioni conclusive.

#### 1. *Il modello WCM nell'organizzazione produttiva della Fiat*

La contrattazione che ha caratterizzato i rapporti tra Fiat e sigle sindacali dell'ultimo periodo, non solo ha portato a interrogarsi sulla creazione di un nuovo sistema di relazioni industriali<sup>1</sup> e sui suoi riflessi sul diritto del lavoro in generale<sup>2</sup>, ma presenta rilevanti risvolti anche in ordine all'organizzazione del lavoro e alle inevitabili ripercussioni in materia di salute dei lavoratori.

La questione emerge con riferimento, da un lato, all'adozione, da parte della Fiat, del modello WCM e del sistema ERGO-UAS e, dall'altro, alle nuove indicazioni del contratto collettivo specifico di primo livello (d'ora innanzi CCSL) in tema di orario di lavoro, pause e straordinario<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> In questo senso si vedano DE SIMONE, *Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti. Lezioni del caso Fiat*, GOTTARDI, *La Fiat, una multinazionale all'assalto delle regole del proprio Paese*, LAS-SANDARI, *La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema*, MARIUCCI, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, e ROCCELLA, *Dalla scala mobile a Pomigliano: i sindacati servono ancora?*, tutti in *LD*, 2011, n. 2, risp. p. 287 ss., 381 ss., 321 ss., 240 ss. e 421 ss.; TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *ADL*, 2011, p. 1089 ss.

<sup>2</sup> Sul punto si vedano ALES, *Dal "caso FIAT" al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 134, 2011; CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Ipsoa, 2011.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla stesura definita del CCSL di 1° livello del 13 dicembre 2011, che ha

Per quanto attiene al primo aspetto, è opportuno rilevare come sia il modello WCM (World Class Manufacturing), sia il sistema Ergo-UAS, tendono a una riduzione della tempistica per l'esecuzione delle singole operazioni di lavoro.

Il WCM è un sistema integrato di organizzazione della produzione, nato negli anni Ottanta, sviluppatosi negli Stati Uniti negli anni Novanta e giunto in Italia attorno al 2005 all'interno del gruppo Fiat<sup>4</sup>. In particolare, il WCM, al fine di ottimizzare i risultati attraverso un adattamento della produzione alle richieste di mercato, tende alla riduzione al minimo degli sprechi, intesi, non solo come scorte di magazzino, ma anche e soprattutto come spreco della forza lavoro. Infatti, nel modello in questione, nemmeno un secondo del tempo retribuito del lavoratore deve trascorrere senza produzione. In quest'ottica si assiste a una ristrutturazione del posto di lavoro, affinché i pezzi e il materiale siano il più vicino possibile al lavoratore, evitando i "tempi morti" della fase di produzione.

Entrando più nello specifico, gli obiettivi del WCM si sintetizzano nello slogan: zero incidenti, zero sprechi, zero guasti e zero magazzino. Per raggiungere questi idealistici traguardi, il sistema adotta due strategie fondamentali che caratterizzano l'intera organizzazione produttiva.

Si tratta, in primo luogo, del cosiddetto "*just in time*", che si basa su quattro principi fondamentali: adattare la produzione alle richieste del mercato; produrre sulla stessa linea veicoli diversi; ridurre le scorte di magazzino; sopprimere gli sprechi<sup>5</sup>. Come è evidente, si tratta di strategie fondate sull'ottimizzazione dei tempi e sulla riduzione al minimo degli sprechi in termini di lavoro e tempo.

In secondo luogo, il WCM fa ricorso al principio di auto-attivazione e coinvolgimento del lavoratore, in virtù del quale ogni singolo prestatore si attiva direttamente per risolvere i problemi nelle singole postazioni di lavoro.

trovato applicazione, a partire dal 1° gennaio 2012, a tutti i lavoratori della società dei Gruppi Fiat e Fiat Industrial. Ovviamente si tratta di disposizioni presenti già originariamente negli accordi di Pomigliano del 15 giugno 2010 e Mirafiori del 23 dicembre 2010. Il CCSL è costituito da quattro titoli, più sette allegati. Nell'ottica del presente discorso, l'interesse sarà rivolto principalmente al Titolo Secondo, relativo alla "*Organizzazione del Lavoro*" e all'allegato tecnico n. 2 sulla "*Descrizione del Sistema Ergo-UAS*".

<sup>4</sup> Sui fattori primari di cambiamento all'origine del WCM v. GRAZIADEI, *Lean Manufacturing*, Hoepli, 2006, p. 1 e ss.

<sup>5</sup> Cfr. SCHONBERGER R.J., *World-Class Manufacturing*, Milano, 1986, p. 14 ss. e BLACK J., *La produzione World class*, Milano, 2001, p. 16 ss.



Anche in questo caso, l'idea è quella di ridurre al minimo il dispendio di tempo e utilizzare al massimo la forza lavoro in rapporto all'orario lavorativo. La partecipazione dei lavoratori si realizza attraverso la possibilità di avanzare proposte, non solo per la risoluzione di eventuali problematiche nel posto di lavoro, ma anche per il miglioramento del lavoro in termini di produttività e tempistica. Il prestatore riceve, quale contropartita a una proposta effettivamente valida, un premio che varia secondo la qualità della stessa<sup>6</sup>.

È evidente, pertanto, come le risorse umane rappresentino un elemento di particolare rilievo e interesse nell'ottica del WCM, fondato: «sull'immagine della "fabbrica degli individui" responsabili e talentuosi»<sup>7</sup>.

Da un punto di vista più strettamente tecnologico, il WCM si basa su dieci pilastri tecnici e dieci pilastri manageriali<sup>8</sup>. Rimane, invece, esclusa qualsiasi considerazione sui tempi e sui ritmi del lavoro, regolati dal sistema Ergo-UAS<sup>9</sup>.

Ogni pilastro è soggetto a un percorso di evoluzione caratterizzato da sette *step* e a continue verifiche interne. Accanto a queste ultime, sono previsti anche degli *audit* esterni, mediante i quali è valutato il grado di applicazione dello *standard* raggiunto dallo stabilimento che in tal modo si vedrà attribuito un punteggio, tradotto nel riconoscimento di una specifica certificazione<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Può trattarsi di gadget dei Gruppi Fiat e Fiat Industrial, fino ad arrivare a un premio di carattere economico percepito all'interno della busta paga.

<sup>7</sup> In questo senso si veda CALAFÀ, *Cartoline da Detroit*, in *LD*, 2011, n. 2, p. 368.

<sup>8</sup> I pilastri tecnici sono: SA (Safety - Sicurezza del posto di lavoro); CD (Cost Deployment); FI (Focus Improvement - Miglioramento focalizzato di uno specifico problema); AM + WO (Autonomous Maintenance - Workplace Organization); PM (Professional Maintenance - Manutenzione professionale); QC (Quality Control - Controllo qualitativo); LO (Logistic/Customer Services); EEM (Early Equipment Management - Strategia di acquisizione dei mezzi di lavoro/processi); EN (Environment - Ambiente e sfruttamento servomezzi energetici); PD (People Development - Sviluppo delle competenze del personale). I pilastri manageriali (fra i quali: la qualità, il posto di lavoro, la sicurezza e la logistica) invece, devono operare affinché il sistema e lo stabilimento siano adeguati a sostenere le attività dei pilastri tecnici. Nell'economia del nostro discorso, il pilastro tecnico che più ci interessa è quello denominato *Safety*, su cui aspetti più specifici si veda MIRANDA, *Organizzazione del lavoro e sicurezza negli accordi del Gruppo Fiat-Chrysler. Verso un comune modello di rappresentanza paritetica per la sicurezza?*, in *questa Rivista*, 2012, n. 1, pp. 97-102.

<sup>9</sup> Sul punto si veda il successivo paragrafo.

<sup>10</sup> In particolare, sono previste quattro certificazioni progressive: bronzo, argento, oro e world class.

## 2. Il sistema Ergo-UAS

Il gruppo Fiat prevede, accanto al sistema WCM, l'utilizzazione della metodologia denominata Ergo-UAS<sup>11</sup>.

Quest'ultima calcola i tempi di riposo e di conseguenza quelli di lavoro, basandosi sull'indice di rischio relativo alle patologie muscolo-scheletriche<sup>12</sup>.

Ciò implica che se un lavoratore in una postazione di lavoro è costretto a compiere dei movimenti dannosi per la salute, quali per esempio piegare la schiena, sollevare pesi o movimenti ripetitivi delle braccia, il sistema Ergo-UAS gli assegna un fattore di riposo più elevato. Qualora, invece, i movimenti a rischio siano poco significativi, il medesimo sistema prevede una riduzione del fattore di riposo.

Sul punto è, però, opportuno precisare che la funzione del sistema Ergo-UAS è e resta essenzialmente ergonomica; il calcolo della tempistica di lavoro è solo incidentale e, tra l'altro, non è dettato esclusivamente da una valutazione ergonomica, poiché entrano in gioco considerazioni di tipo manageriale<sup>13</sup>.

Il sistema Ergo-UAS si traduce in una consequenzialità di fasi<sup>14</sup>. In primo luogo è necessario procedere all'individuazione, per ogni singola postazione di lavoro, degli indici di rischio relativi al corpo intero e agli arti superiori. Successivamente si procede al confronto dei valori così individuati con una valutazione semaforica di origine comunitaria<sup>15</sup>. A seguito di questa comparazione, il valore numerico più alto è assunto quale Indice di Rischio EAWS (European Assembly Work-Sheet).

<sup>11</sup> La prima adozione del sistema Ergo-UAS da parte della Fiat si è avuta nel settembre del 2008 presso lo stabilimento di Mirafiori, per poi estendersi agli altri complessi siti nel territorio italiano.

<sup>12</sup> In particolare, è attuata la valutazione ergonomica del sovraccarico biomeccanico relativo a tutto il corpo, considerando il carico statico, il carico dinamico, le applicazioni di forza, le vibrazioni, la movimentazione manuale dei carichi e conseguentemente, le condizioni di lavoro in relazione alle operazioni/cicli di lavoro e alle posture degli addetti.

<sup>13</sup> In questo senso si vedano ACOCELLA e LEONI, *Se Marchionne studiasse alla London School*, in [www.eguaglianzaeliberata.it](http://www.eguaglianzaeliberata.it); CALAFÀ, *op. cit.*, p. 368; PERO, *Tempi postmoderni*, in [www.mondooperaio.it](http://www.mondooperaio.it).

<sup>14</sup> Così come descritte nell'allegato tecnico n. 2 del CCSL.

<sup>15</sup> Il riferimento è, in particolare, alla direttiva 2006/42/CE, pubblicata in G.U.C.E. del 9 giugno 2006 n. 157, detta "direttiva macchine", che ha modificato la precedente direttiva 96/16/CE. Relativamente all'aspetto che più ci interessa, la normativa in questione attribuisce a ogni indice di rischio individuato il colore verde, giallo o rosso a seconda del maggiore o minore impatto sulla salute dei lavoratori.

L'obiettivo è di far sì che un simile indice abbia un punteggio non superiore al valore di cinquanta. Qualora ciò non accada, è necessario procedere a un'ulteriore e più specifica valutazione ergonomica. Se, nonostante questa ulteriore valutazione, il rischio continua ad avere una valutazione semaforica "rossa", il sistema Ergo-UAS prevede l'adozione di misure correttive di prevenzione di carattere tecnico-organizzativo, quali: la rivisitazione degli elementi costitutivi della postazione lavorativa; la rotazione dei lavoratori; la ridistribuzione tra più postazioni delle operazioni necessarie per l'attività lavorativa; il riesame complessivo dell'indice di rischio ergonomico relativo al posto di lavoro<sup>16</sup>.

Dall'analisi proposta, è evidente come il sistema Ergo-UAS ponga l'accento esclusivamente sui rischi di carattere fisico che possono in qualche modo interessare l'apparato muscolo-scheletrico; mentre, non trova assolutamente spazio una valutazione dei rischi psico-sociali per la salute dei lavoratori che, invece, nell'ottica dell'attuale impianto legislativo, assumono una posizione centrale<sup>17</sup>.

### 3. *La nuova disciplina in ordine all'orario di lavoro, alle pause e al lavoro straordinario*

Dall'analisi della nuova organizzazione dell'orario di lavoro e soprattutto del lavoro straordinario derivante dal CCSL, è evidente il riconoscimento all'azienda di un ampio potere di modifica unilaterale dei tempi di lavoro.

In particolare, l'orario di lavoro ha subito delle modifiche che lo hanno reso più flessibile, grazie alla nuova articolazione del lavoro a turni<sup>18</sup>.

Ferme restando le 40 ore settimanali di lavoro per ciascun lavoratore, infatti, è prevista la possibilità di un utilizzo continuo degli impianti di produzione, per 24 ore giornaliere e per 6 giorni la settimana, con uno schema di turnazione articolato a 18 turni settimanali<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Per ragioni di completezza è il caso di precisare che la nuova metodologia di lavoro, frutto di questa ulteriore valutazione, dovrà essere oggetto di informazione e formazione nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, dei capi Ute, dei team leader, dei tecnologi e infine, di tutti i lavoratori.

<sup>17</sup> Sul punto si tornerà in modo più approfondito nei paragrafi 4 e successivi.

<sup>18</sup> Sul punto si veda BROLLO, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *ADL*, 2011, pp. 1100-1103.

<sup>19</sup> L'art. 4, Titolo II, del CCSL, prevede diversi sistemi di orario, individuati nelle varie

In questo caso, l'attività lavorativa sarà suddivisa in tre turni giornalieri di 8 ore ciascuno a rotazione<sup>20</sup>. In realtà, il 18° turno, che cade tra le ore 22.00 del sabato e le ore 6.00 della domenica, non sarà lavorativo ma sarà coperto dai permessi annui retribuiti (i cosiddetti P.A.R.)<sup>21</sup>; dalle retribuzioni per alcune festività<sup>22</sup>; oppure dagli ulteriori permessi maturati dai lavoratori del terzo turno<sup>23</sup>. Pertanto, se pur la settimana lavorativa comprende il periodo dalle ore 6.00 del lunedì alle 6:00 della domenica, l'attività lavorativa terminerà alle 22.00 del sabato.

Sempre nell'ipotesi dell'adozione di un sistema articolato in 18 turni settimanali, lo schema orario individuale sarà caratterizzato dall'alternanza di settimane lunghe di 6 giorni lavorativi (per un totale di 48 ore) con settimane corte di 4 giorni lavorativi (per un totale di 32 ore)<sup>24</sup>.

unità produttive. Si tratta degli schemi di turnazione a 10, 15, 17 e 18 turni. Inoltre, è prevista la possibilità per l'azienda di modificare il sistema di orario adottato al verificarsi di esigenze tecnico, organizzative e produttive. In tal caso, però, l'azienda, prima di applicare il nuovo schema di turnazione, dovrà avviare un esame con le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto e/o con la rappresentanza sindacale aziendale dei lavoratori. Si tratta, evidentemente, di un esame di carattere preventivo, volto a illustrare da un lato le motivazioni alla base della modifica del sistema di orario e dall'altro i tempi, le modalità di attuazione e gli eventuali impatti di carattere organizzativo. In questa sede, le parti potranno eventualmente valutare il ricorso al lavoro straordinario quale alternativa alla modifica dei sistemi di orario di lavoro. È altresì evidente, che non sussiste alcun vincolo per l'azienda di tener conto delle eventuali proposte alternative delle controparti, né alcuna preclusione nell'adozione della nuova articolazione dei turni in caso di parere contrario delle organizzazioni sindacali. Ciò si evince dal tenore letterario dell'art. 4, in virtù del quale la procedura su esposta: «*dovrà esaurirsi entro un periodo massimo di 15 giorni di calendario dalla data di comunicazione dell'Azienda, al termine del quale si applicherà lo schema di orario indicato dall'Azienda*».

<sup>20</sup> In particolare, il primo turno dalle ore 6.00 alle 14.00; il secondo dalle 14.00 alle 22.00 e il terzo dalle 22.00 alle 06.00, con lo spostamento della mezz'ora retribuita per il pasto a fine turno. L'articolazione dei turni, poi, si basa sul seguente ordine: terzo, secondo e primo turno.

<sup>21</sup> Si tratta di 13 permessi annui retribuiti di 8 ore, per un totale di 104 ore. Di questi 13 permessi, 7 sono utilizzabili per la fruizione collettiva e 6 per quella individuale, oltre, ovviamente, per la copertura del 18° turno, così come stabilito all'art. 4 del CCSL.

<sup>22</sup> Sul punto si veda l'art. 7 del CCSL, che fa riferimento, tra le altre, alla festività del 4 novembre e alle festività cadenti di domenica, secondo il calendario annuo.

<sup>23</sup> Sono i permessi maturati in relazione all'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa durante il terzo turno.

<sup>24</sup> Si tratta di un orario multiperiodale, ammissibile ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 66 del 2003. Nella settimana a 4 giorni di lavoro, ogni lavoratore fruirà di 2 giorni consecutivi di riposo, secondo lo schema: lunedì e martedì; mercoledì e giovedì; venerdì e sabato, così come stabilito dall'art. 4 del CCSL.

Si tratta, ovviamente, di uno schema di turnazione che deroga a quanto previsto dal d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 e successive modifiche e integrazioni, ma che, a nostro avviso, proprio per quanto detto circa le ore non lavorate del 18° turno, è comunque in linea non solo con la suddetta normativa nazionale in materia di riposi giornalieri e settimanali, ma anche con la relativa disciplina comunitaria<sup>25</sup>.

Per motivi di completezza, è opportuno rilevare che l'art. 4 del CCSL prevede una diversa disciplina per gli addetti alle attività di manutenzione e del turno centrale. Con riferimento alla prima fattispecie, l'attività sarà svolta per 24 ore giornaliere nell'arco di 7 giorni alla settimana, per un totale di 21 turni settimanali<sup>26</sup>. Per quanto attiene agli addetti al turno centrale, l'orario di lavoro andrà dalle ore 8.00 alle ore 17.00, con un'ora di intervallo non retribuita.

Circa le articolazioni del lavoro a turni così esposte, è interessante rilevare che il CCSL presenta una notevole differenza rispetto agli accordi di Pomigliano del 15 giugno 2010 e Mirafiori del 23 dicembre 2010, nei quali, infatti, lo schema orario caratterizzato dall'alternanza di una settimana lunga e una corta era considerato esclusivamente come alternativa al sistema orario classico di 18 turni settimanali e 6 giorni lavorativi a settimana. Il ricorso a questo orario di lavoro alternativo era subordinato, inoltre, a una richiesta presentata dalle organizzazioni sindacali.

Mentre la nuova articolazione del lavoro a turni ha reso l'orario più flessibile, la disciplina in materia di lavoro straordinario e pause fisiologiche ha contribuito all'elasticità dello stesso.

Per quanto attiene al lavoro straordinario, l'art. 5 del CCSL ne delinea due tipologie.

Da un lato, per esigenze produttive di avviamento, recuperi e punte di mercato, l'azienda potrà far ricorso a 120 ore annue *pro capite* di lavoro straordinario, da effettuare a turni interi. In queste ipotesi non è previsto alcun

<sup>25</sup> Si tratta della originaria direttiva 93/104/CE, ampliata dalla direttiva n. 2000/34/CE e sostituita poi dalla direttiva 2003/88/CE. Per una riflessione approfondita e critica della questione relativa alla derogabilità della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 66/03 da parte della contrattazione collettiva si veda LECCESE, *Orario di lavoro, pause e riposi*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., pp. 166-171, il quale sostiene un'opinione contraria a quella espressa nel testo.

<sup>26</sup> Il lavoro, pertanto, sarà articolato su 3 turni di 8 ore ciascuno, con la collocazione della mezz'ora per la pausa pranzo nell'arco del turno di lavoro.

accordo sindacale preventivo, ma l'azienda dovrà semplicemente comunicare al lavoratore interessato la necessità di ricorso al lavoro straordinario con 4 giorni di anticipo. Un simile preavviso consentirà al prestatore di comunicare all'azienda l'eventuale impossibilità di svolgere il lavoro straordinario a causa di esigenze personali, legittimando, in tale ipotesi il datore a sostituire il lavoratore impossibilitato, ma esclusivamente ricorrendo a prestatori volontari e nel limite del 20%.

L'art. 5 indica anche la collocazione temporale di questo lavoro straordinario definito "comandato". In particolare, esso dovrà essere svolto a turni interi o, qualora l'organizzazione dell'orario di lavoro preveda i 18 turni, durante il giorno di riposo, oppure nel 18° turno (quindi la notte tra domenica e lunedì). È evidente che nel primo caso, il lavoratore si troverà a prestare l'attività lavorativa per un monte ore pari a 48 settimanali; mentre, nella seconda ipotesi, il numero delle ore sarà di 40, quindi l'orario di lavoro resterà ordinario<sup>27</sup>.

Si assiste, dunque, a una triplicazione del monte ore di lavoro straordinario "comandato", che passa dalle 40 ore previste nel CCNL del 2008<sup>28</sup> alle 120 indicate nell'art. 5 del CCSL.

Dall'altro lato, sempre l'art. 5 prevede la possibilità, per l'azienda, a fronte di imprecise esigenze produttive, di richiedere ulteriore lavoro straordinario al lavoratore, oltre le 120 ore suddette, ma entro il limite delle 200 ore annue *pro capite*. Anche per questa tipologia di straordinario è indicata la collocazione temporale: sarà svolto durante la mezz'ora di pausa a fine lavoro<sup>29</sup>.

Qualora l'azienda faccia ricorso a queste ulteriori ore di straordinario, sussiste un doppio obbligo informativo: uno alle rappresentanze sindacali aziendali e l'altro ai lavoratori interessati. Non c'è alcun riferimento a un'eventuale possibilità di rifiuto da parte del prestatore di lavoro.

Pertanto, riassumendo, le due tipologie di straordinario si differenziano: per le esigenze poste a fondamento della richiesta datoriale; per il momento temporale nel quale si svolgerà il lavoro straordinario; sotto il profilo dei soggetti e della tempistica di preavviso e infine, per la possibilità di rifiuto riconosciuta al lavoratore solo con riferimento allo straordinario "comandato".

<sup>27</sup> Cfr. BROLLO, *op. cit.*, pp. 1102-1103.

<sup>28</sup> Le 40 ore di straordinario per lavoratore erano previste all'art. 7, sezione IV, Titolo III del CCNL dei metalmeccanici del 2008.

<sup>29</sup> Come già accennato, infatti, l'art. 4 del CCSL prevede la possibilità, per i lavoratori turnisti addetti alla produzione, di collocare la mezz'ora retribuita per la refezione a fine turno.

L'ultimo profilo da analizzare, sempre nell'ottica dell'elasticità dell'orario di lavoro, è quello delle pause.

Sul punto è necessario precisare che il CCSL mantiene gli attuali regimi: «sino all'introduzione di un diverso sistema di pause collegato al miglioramento ergonomico del livello di prestazione lavorativa»<sup>30</sup>.

Il riferimento è al sistema di pause delineato negli Accordi di Mirafiori e Pomigliano<sup>31</sup>, in virtù del quale è prevista la riduzione delle pause di 10 minuti: le originarie 2 pause di 20 minuti saranno, infatti, sostituite da 3 pause di 10 minuti ciascuna<sup>32</sup>.

È evidente che questa nuova articolazione delle pause comporterà un incremento dell'orario effettivo di lavoro, che, come tale, sarà retribuito sotto forma di «*indennità di prestazione collegata alla presenza*»<sup>33</sup>.

Per espressa previsione del CCSL, l'indennità di prestazione collegata alla presenza è esclusa dalla base del calcolo per il TFR<sup>34</sup>.

Parte della dottrina, però, ha ipotizzato un probabile danno patrimoniale al lavoratore, essendo l'aumento della prestazione lavorativa retribuito non in regime ordinario, bensì mediante un'indennità esclusa dalla base di calcolo del TFR<sup>35</sup>. In tal modo, infatti, il lavoratore beneficerà di un TFR che non è esattamente corrispondente all'effettiva prestazione resa durante il rapporto di lavoro.

#### 4. *Le principali criticità del modello WCM e del sistema Ergo-UAS in termini di benessere del lavoratore: il problema del lavoro monotono*

Alla luce dell'analisi svolta nei paragrafi precedenti, è evidente che tanto il modello WCM quanto il sistema Ergo-UAS, tendono a delineare le singole

<sup>30</sup> Così come stabilito nel paragrafo *Organizzazione del lavoro*, Titolo II del CCSL.

<sup>31</sup> Il riferimento è, in particolare, al Punto 1 dell'Accordo di Mirafiori e al Punto 5 dell'Accordo di Pomigliano.

<sup>32</sup> Una simile variazione, però, è prevista esclusivamente per le linee a trazione meccanizzata con scocche in movimento continuo e per le linee meccanizzate denominate «*passo-passo*», in cui l'avanzamento è determinato dai lavoratori mediante il pulsante di consenso.

<sup>33</sup> Cfr. art. 13, Titolo III, CCSL, nel quale, appunto, si parla di un processo di «*monetizzazione*» delle pause, pari a 0,1813 euro lordi/ora, onnicomprensivo di tutti gli istituti legali e contrattuali.

<sup>34</sup> Esclusione che trova la sua espressa legittimazione nell'art. 2120, II comma, del cod. civ., così come modificato dall'art. 1, legge 29 maggio 1982 n. 297.

<sup>35</sup> Si veda, in questo senso, BROLLO, *op. cit.*, p. 1108.

prestazioni di lavoro come esecuzione e ripetizione di gesti sempre identici, in un'ottica di razionalizzazione dei tempi di lavoro e quindi, di massimizzazione delle relative prestazioni.

Una simile circostanza porta a diverse riflessioni, qualora si sposti il punto di interesse del tema nell'ambito della salute e sicurezza dei lavoratori.

In primo luogo, un'attività lavorativa caratterizzata da una gestualità costante e sempre uguale porta il prestatore a svolgere un lavoro ripetitivo e conseguentemente monotono, con inevitabili ripercussioni in termini di rischio da stress lavoro-correlato<sup>36</sup>.

Si tratta di uno dei rischi psicosociali che ha trovato espresso riconoscimento nell'art. 28 del d.lgs. n. 81 del 2008, norma cardine del sistema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro<sup>37</sup>.

In questo contesto è solo il caso di soffermarsi brevemente sulle cause dello stress, che possono derivare o da fattori materiali o da fattori immateriali<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Per un approfondimento del rischio da stress lavoro-correlato si vedano, tra gli altri, BALDASSARRE A., *Commento all'accordo interconfederale di recepimento dell'accordo quadro europeo su stress lavoro-correlato*, in *Working Paper Adapt*, 7 luglio 2008, n. 24, pp. 1-3; GOTTARDI, *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell'accordo quadro europeo*, in *Guida al lavoro. Il Sole 24 ore*, 2008, n. 26, p. 20 ss.; LEPORE M. e ANTONUCCIA A., *Il rischio da stress lavoro-correlato: rilievi critici e prospettive future*, in *Working Paper Adapt*, 10 novembre 2009, Bollettino Speciale Adapt, pp. 1-3; MALZANI, *Ambiente di lavoro e nuovi rischi per la salute: non solo mobbing*, in GUAGLIANONE e MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Giuffrè, 2007, pp. 86-91; NUNIN, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, EUT, Trieste, 2012; PASQUARELLA, *La disciplina dello stress lavoro-correlato tra fonti europee e nazionali: limiti e criticità*, in *Working Paper Olympus*, 2012, n. 6; PERUZZI, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008*, in *Working Paper Olympus*, 2011, n. 2; TORIELLO, *Lo stress lavoro-correlato: lineamenti e problematiche di valutazione*, in *Working Paper Adapt*, 18 dicembre 2006.

<sup>37</sup> L'art. 28 è rubricato "Oggetto della valutazione dei rischi" e oltre a costituire l'obbligo principale del datore di lavoro, rappresenta la trasposizione, nella realtà dell'azienda, dei principi normativi in materia di salute e sicurezza. Ai sensi dell'art. 28, il datore di lavoro ha l'obbligo di valutare tutti i rischi lavorativi che possono attenersi, tanto all'ambiente di lavoro, tanto all'attività produttiva, tanto, infine, alle caratteristiche del singolo lavoratore. In particolare, la valutazione: "deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro".

<sup>38</sup> Cfr. LOY G., *Al principio, sta il principio della fatalità*, in GUAGLIANONE e MALZANI (a cura di), *op. cit.*, pp. 65-66.



Rientrano nella prima categoria condizioni quali: gli ambienti di lavoro molto rumorosi, con molteplici vibrazioni o ancora caratterizzati da sbalzi di temperatura.

I fattori immateriali, invece, si dividono a loro volta in due gruppi. In primo luogo, si parla di fattori organizzativi e il riferimento è, in particolare, alle questioni relative all'orario di lavoro, al ritmo lavorativo, ai turni, al lavoro notturno, alla ripetitività, ecc. In secondo luogo, si attribuisce rilievo ai cosiddetti fattori psicosociali, caratterizzati da una connotazione fortemente personale, poiché tali da comprendere, da un lato, i rapporti interpersonali tra il lavoratore e l'ambiente di lavoro inteso come colleghi e datore e, dall'altro, come il prestatore stesso valuta la propria attività e il contenuto del proprio lavoro<sup>39</sup>.

È evidente, dunque, che sia il modello WCM sia il sistema Ergo-UAS, proprio perché responsabili di una determinata organizzazione dell'attività lavorativa, possono essere ricondotti, almeno potenzialmente, nei suddetti fattori immateriali e, pertanto, possibili fonti di stress lavoro-correlato.

Sul punto è opportuno precisare che la questione dei rischi collegati all'organizzazione del lavoro già da tempo ha assunto rilievo, tanto in ambito comunitario quanto in ambito nazionale, con particolare riferimento alla ripetitività, alla monotonia, all'eccesso di carichi lavorativi e ai ritmi intensi.

In particolare, il legislatore comunitario, sin dalla direttiva del 1989<sup>40</sup>, era ben consapevole dei suddetti rischi e, non a caso, fra i principi generali in materia di prevenzione, individuava appunto quello di adeguare il lavoro all'uomo, sia nella fase della strutturazione dei posti di lavoro, sia nel momento della scelta delle attrezzature, dei metodi di lavoro e di produzione, al fine, principalmente di: “*attenuare il lavoro monotono e il lavoro ripetitivo e per ridurre gli effetti di questi lavori sulla salute*” (art. 6, paragrafo 2, lettera d).

<sup>39</sup> Sui diversi fattori di stress da lavoro si vedano, in particolare, FERRUA e GIOVANNONE, *Gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari e tipologie di lavoro flessibile: la valutazione del rischio*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove leggi civili. Il Testo Unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81*, Giuffrè, 2008, pp. 417-418.

<sup>40</sup> Si tratta della cosiddetta direttiva quadro n. 391 del 12 giugno 1989, riguardante “*L'attuazione di misure per la salute e sicurezza*” e finalizzata principalmente alla prevenzione degli infortuni dei lavoratori. Per un'analisi dei principi innovativi introdotti dalla direttiva 89/391 si vedano ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, in BUSNELLI F. D. (a cura di), *Il Codice Civile. Commentario fondato da SCHLESINGER*, Giuffrè, 2008, pp. 93-102; ARRIGO, *La tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori nell'ordinamento comunitario*, in RUSCIANO e NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da CARINCI F., Utet, 2007, p. 5 e ss.

Inoltre, l'organizzazione del lavoro era indicata quale aspetto da tener in conto in sede di programmazione della prevenzione, assieme ad altre dimensioni, quali le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro<sup>41</sup>.

Come noto, le indicazioni comunitarie in questione furono recepite nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 626 del 1994<sup>42</sup> e sono oggi confluite nel Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81<sup>43</sup>.

In particolare, nell'art. 15, comma I, del d.lgs. n. 81 del 2008, fra le misure generali di tutela, troviamo: “*la programmazione della prevenzione, mirata a un complesso che integri in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive dell'azienda nonché l'influenza dei fattori ambientali e dell'organizzazione del lavoro*” (lettera b) e: “*il rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro, nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo*” (lettera d).

È, quindi, evidente che sia il legislatore nazionale, sia quello comunitario

<sup>41</sup> Il riferimento è sempre all'art. 6, paragrafo 2, della direttiva 89/391, ma questa volta si tratta della lettera g, in virtù della quale il datore di lavoro deve: “*programmare la prevenzione, mirando ad un complesso coerente che integri nella medesima la tecnica, l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro*”.

<sup>42</sup> In particolare, in conformità a quanto stabilito nella direttiva 89/391, all'art. 3 del d.lgs. n. 626 del 1994, tra le misure generali di tutela, c'era un doppio riferimento all'organizzazione del lavoro. In primo luogo alla lettera d nella quale si parlava di una: “*programmazione della prevenzione mirando ad un complesso che integra in modo coerente nella prevenzione le condizioni tecniche produttive ed organizzative dell'azienda nonché l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro*”. Inoltre, alla lettera f, sempre dell'art. 3, si affermava il “*rispetto dei principi ergonomici nella concezione dei posti di lavoro, nelle scelte delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, anche per attenuare il lavoro monotono e quello ripetitivo*”. L'interesse da parte del legislatore del 1994 sul rilievo dell'organizzazione del lavoro nella sfera della salute dei lavoratori è stato evidenziato, fra gli altri, da SMURAGLIA, *Quadro normativo ed esperienze attuative in tema di sicurezza e igiene del lavoro: nuove prospettive di coordinamento e di interventi urgenti*, in RGL, 2007, supplemento al n. 2, pp. 10-15.

<sup>43</sup> Per un approfondimento del d.lgs. n. 81/2008 si vedano, CARINCI F. e GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza del lavoro*, Utet, 2010; GALANTINO, *Il T.U. in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Il d.lg. n. 81/2008 e il d.lg. n. 106/2009*, Utet, 2009; SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*, Ipsos, 2008; TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove leggi civili.*, cit.; ZOPPOLI L., PASCUCCI e NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, Ipsos, 2008.

hanno individuato nell'organizzazione del lavoro un possibile fattore di rischio per la salute dei lavoratori, limitando, però, l'interesse al problema del lavoro monotono<sup>44</sup>.

In particolare, è stato evidenziato uno stretto legame tra fattore organizzativo, monotonia del lavoro e stato di salute del prestatore di lavoro. Al fine di evitare che il legame virtuoso si trasformi in un circolo vizioso, è necessario ricorrere, soprattutto, a principi ergonomici innovativi nella fase della scelta sia delle attrezzature sia dei metodi di lavoro, in una parola nella complessiva strutturazione del posto di lavoro<sup>45</sup>.

Per ragioni di completezza è opportuno evidenziare che la ripetitività non è il solo fattore di rischio che può derivare dall'elemento organizzativo.

Ciò in quanto il concetto stesso di organizzazione è talmente ampio da investire una molteplicità di aspetti. Il riferimento, infatti, non è più solo ai macchinari, alle attrezzature, all'attività svolta dal lavoratore, ma l'elemento organizzativo riguarda anche l'orario di lavoro, la rigidità e la gestione dei tempi, l'aspetto motivazionale, la responsabilizzazione del dipendente, ecc.

Per non dire degli aspetti relazionali, che, pure, sono notevolmente influenzati dal fattore organizzativo e del malessere, del disagio e dell'insoddisfazione che una certa organizzazione del lavoro può provocare nei lavoratori.

Si tratta di quelli che, una parte della dottrina, definisce “*fattori trasversali*” dell'organizzazione<sup>46</sup>.

#### 4.1. La valutazione dei rischi fisici: ulteriori criticità del sistema Ergo-UAS

In virtù delle considerazioni su espone, è palese che un primo limite dei sistemi adottati dal gruppo Fiat attiene al problema dei rischi psicosociali per la salute dei lavoratori, che sembrerebbero non assumere alcun rilievo.

In realtà, anche relativamente ai rischi fisici sorgono alcune perplessità, con particolare riferimento al sistema Ergo-UAS.

<sup>44</sup> Per un approfondimento sulla correlazione tra organizzazione del lavoro e rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori si rinvia al paragrafo 4.2.

<sup>45</sup> Sotto questo punto di vista si è già avuto modo di rilevare come il sistema Ergo-UAS si basi solo parzialmente su una valutazione ergonomica, entrando in gioco nel calcolo della tempistica del lavoro anche fattori di carattere diverso. In questo senso si veda il precedente paragrafo 2.

<sup>46</sup> Cfr. MALZANI, *Ambiente di lavoro*, cit., p. 85.

Come si è avuto modo di evidenziare, la metodologia in questione fa riferimento all'indice di rischio relativo alle patologie muscolo-scheletriche per calcolare i tempi di riposo e di lavoro<sup>47</sup> e, conseguentemente, assumono particolare rilievo i rischi di natura fisica. Dallo studio dell'allegato tecnico n. 2 del CCSL, relativo appunto al sistema Ergo-UAS, sembrerebbe emergere, però, un limite fondamentale.

Il calcolo delle tempistiche della prestazione lavorativa è effettuato utilizzando parametri del tutto neutri, considerando, cioè, un lavoratore medio senza alcun riferimento o rilievo alle singole condizioni di ogni individuo che, invece, possono essere determinanti come, ad esempio, l'età o il genere<sup>48</sup>.

L'irrilevanza degli elementi suddetti è in netta contrapposizione con le indicazioni del d.lgs. n. 81/08, in cui, invece, fattori quali l'età, la nazionalità, il genere e la tipologia contrattuale impongono specifiche valutazioni di rischio da parte del datore di lavoro.

L'art. 28 del d.lgs. n. 81/08, infatti, evidenzia la necessità di una valutazione generale di tutti i rischi del lavoro e tra questi anche quelli specifici, relativi cioè a determinati gruppi di lavoratori. In realtà, già nel d.lgs. 626/1994 era presente questo generico riferimento alle categorie di lavoratori esposti a rischi particolari, ma mancavano ulteriori indicazioni<sup>49</sup>.

Sul punto è poi intervenuto il Ministero del lavoro e della previdenza sociale con un'apposita circolare, nella quale si specificava che: *“nella nozione di gruppi particolari sono comprese quelle categorie di lavoratori per i quali, rispetto alla media dei lavoratori, i rischi relativi ad uno stesso pericolo sono comparativamente maggiori per cause soggettive dipendenti dai lavoratori medesimi e evidenziate a seguito della valutazione dei rischi”*<sup>50</sup>.

I gruppi di lavoratori esposti a rischi specifici sono oggi espressamente individuati dal legislatore sia mediante un criterio oggettivo, cioè la tipologia contrattuale, sia attraverso criteri soggettivi, relativi cioè alle condizioni in-

<sup>47</sup> Sul punto si veda il paragrafo 2.

<sup>48</sup> Sulle principali criticità del sistema Ergo-UAS si veda LASSANDARI, *Modello organizzativo: il sistema Ergo-UAS*, in CARINCI F. (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori*, cit., p. 156 ss.

<sup>49</sup> L'art. 4, comma I, del d.lgs. n. 626 del 1994 si limitava, infatti, a sancire che: *“Il datore di lavoro, in relazione alla natura dell'attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, valuta tutti i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro”*.

<sup>50</sup> Si tratta della circolare n. 102 del 7 agosto 1995.

dividuali dei lavoratori, che sono tali da rendere gli stessi maggiormente esposti a un dato pericolo, rispetto ad altri prestatori di lavoro che non presentano quella determinata caratteristica. Questa “diversità” può essere tanto temporanea, quanto permanente e necessita di una particolare valutazione da parte del datore di lavoro, proprio per le implicazioni in materia di salute e sicurezza.

A tal fine, l’art. 28 del d.lgs. 81/08 contiene un’elencazione dei gruppi esposti ai rischi particolari; si tratta comunque di un elenco meramente esemplificativo.

In particolare, il legislatore individua quattro tipologie di rischi specifici: quello relativo allo stress lavoro-correlato; quelli riguardanti le lavoratrici in gravidanza; quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale e l’ultima categoria che racchiude tre differenti fattori soggettivi di rischio specifico: il genere, l’età e la provenienza che sconta il fattore linguistico<sup>51</sup>.

Sono appunto questi ultimi i fattori che assumono particolare rilievo nell’ottica del nostro discorso, con riferimento all’età e al genere. Un sistema di calcolo dei tempi di riposo e di lavoro che non tenga conto dei fattori in questione, quale appunto l’Ergo-UAS, infatti, non solo non è conforme a quanto prescritto dall’art. 28, ma non garantisce quel benessere del lavoratore che oggi più che mai rappresenta il concetto cardine del sistema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro<sup>52</sup>.

#### 4.2. Il rilievo dei concetti di “salute” e di “ambiente di lavoro”

Le perplessità suscitate tanto dal modello WCM quanto dal sistema Ergo-UAS relativamente ai riflessi sulla salute del lavoratore, assumono un

<sup>51</sup> È opportuno evidenziare che, mentre per lo stress lavoro-correlato e la gravidanza è presente un’indicazione normativa della quale tener conto, nulla dice l’art. 28 sulle restanti fattispecie. In particolare, relativamente allo stress lavoro-correlato, l’art. 28 fa riferimento all’*Accordo europeo sullo stress sul lavoro* dell’8 ottobre 2004; circa i rischi della lavoratrice in gravidanza, il legislatore indica il d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 “*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*”.

Relativamente allo stress lavoro-correlato, è opportuno evidenziare che il recente Decreto correttivo n. 106 del 2009 ha introdotto, all’art. 28, il comma 1 bis, in virtù del quale: “*La valutazione dello stress lavoro-correlato di cui al comma 1 è effettuata nel rispetto delle indicazioni di cui all’articolo 6, comma 8, lettera m quater), e il relativo obbligo decorre dalla elaborazione delle predette indicazioni e comunque, anche in difetto di tale elaborazione, a far data dal 1° agosto 2010*”.

<sup>52</sup> Sul punto di veda il paragrafo successivo.

ulteriore e più specifico rilievo qualora si prendano in considerazione due concetti, oggi fondamentali, in termini di sicurezza nei luoghi di lavoro. Si tratta delle nozioni di “*salute del lavoratore*” e di “*ambiente di lavoro*”, fondamentali per comprendere appieno l’incidenza dell’aspetto organizzativo e che, quindi, rivestono un ruolo essenziale proprio con riferimento ai sistemi adottati dal gruppo Fiat.

Per quanto attiene al concetto di salute, è opportuno rilevare come con il d.lgs. n. 81 del 2008 si è assistito a un fondamentale cambiamento di ottica in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.

In particolare, quasi tutti gli interventi legislativi precedenti si erano concentrati sull’aspetto della *sicurezza* dei lavoratori, concepita quale situazione, dei luoghi e delle condizioni di lavoro, tale da garantire l’assenza di eventi come l’infortunio o la malattia professionale<sup>53</sup>. Una simile scelta era in linea con l’interpretazione tradizionale del concetto di integrità psico-fisica di cui all’art. 2087 cod. civ., ma non approcciava in maniera soddisfacente l’esigenza di tutela.

In questa prospettiva, ha iniziato ad affermarsi l’interesse per il secondo dei concetti da sempre coinvolti nel settore in questione: quello della salute del lavoratore. Sicurezza e salute, infatti, rappresentano due aspetti, per certi versi autonomi, ma inevitabilmente complementari in un’ottica di tutela dei lavoratori.

Questo nuovo approccio, evidente già negli ultimi interventi comunitari<sup>54</sup>, ha portato il legislatore italiano a elaborare, per la prima volta, una definizione di salute.

Ai sensi dell’art. 2, comma I, lettera o del Testo Unico, la salute è uno: “*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattia o d’infermità*”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> In particolare, il termine sicurezza deriva dal latino “*sine cura*” e sta a significare, in generale, la consapevolezza che una data situazione è priva di pericoli e danni. Quindi, non solo una condizione oggettiva di sicurezza, ma anche una percezione della suddetta assenza di rischi da parte dei soggetti interessati.

<sup>54</sup> Il riferimento è, in particolare, a due delle “*Strategie comunitarie per la salute e la sicurezza sul lavoro*”. Si tratta della strategia Commissione della Comunità europea, Bruxelles, 11.03.2002 COM. (2002) 118 definitivo, *Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e dalla società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006* e della strategia Commissione della Comunità europea, Bruxelles, 21.02.2007 COM. (2007) 62 definitivo, *Migliorare la qualità e la produttività sul luogo di lavoro: strategia comunitaria 2007-2012 per la salute e la sicurezza sul luogo di lavoro*.

<sup>55</sup> È solo il caso di precisare che la nozione di salute non ha subito alcuna modifica a se-

La suddetta definizione è frutto degli spunti provenienti dal contesto internazionale e in particolare, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che, nell'ambito del preambolo dell'atto costitutivo, definisce la salute come: *“lo stato dinamico di totale benessere fisico, mentale, spirituale e sociale e non semplicemente l'essenza di malattie o infermità”*.

Entrambe le definizioni respingono l'equiparazione della salute con la mera essenza di malattia e infermità e la identificano con qualcosa di ulteriore, cioè con il concetto di *“benessere”* che assume un triplice rilievo: quale benessere fisico, mentale e sociale.

Si realizza così quella che Caruso definisce: *“una nozione “integrale” di salute comprensiva cioè sia del benessere fisico che psichico, con connessa lotta allo stress, alla monotonia e alla ripetitività del lavoro”*<sup>56</sup>.

La salute del lavoratore s'identifica con il concetto ben più ampio e onnicomprensivo di *“benessere del lavoratore”*, con tutte le inevitabili conseguenze che ciò comporta, quali, *in primis*, il rilievo di una molteplicità di fattori che possono incidere tanto sul versante fisico, quanto su quello mentale o, infine, su quello sociale.

Con riferimento al primo aspetto, si è già avuto modo di rilevare come il sistema Ergo-UAS, per le sue stesse caratteristiche, non garantisce la salute intesa quale benessere fisico *ex art. 2, comma I, lettera o* del d.lgs. n. 81/08<sup>57</sup>.

Anche per quanto attiene al profilo mentale e sociale, sono rinvenibili delle perplessità circa i modelli organizzativi Fiat, che non sembrano essere in grado di assicurare il benessere dei lavoratori nel senso qui esaminato. In particolare, come è stato rilevato, l'incidenza del modello WCM e del sistema Ergo-UAS sulla configurabilità di una prestazione ripetitiva e monotona rappresenta, potenzialmente, una fonte di stress lavoro-correlato<sup>58</sup>.

Sul punto è opportuno precisare che oggi i maggiori rischi per la salute sono principalmente di natura psicosociale, cioè rischi che derivano dell'interazione tra prestazione lavorativa, condizioni ambientali e aspetti organiz-

guito dell'approvazione del d.lgs. correttivo n. 106 del 2009, come, invece, è accaduto, per esempio, per la definizione di lavoratore, contenuta all'art. 2, comma I, lettera *a*. Sul decreto correttivo si veda PASCUCCI, *Delega delle funzioni su doppio binario. Cambia la responsabilità dei “vertici”*, in *Guida al Diritto. Il Sole 24 Ore, Speciale “Sicurezza Lavoro”*, settembre 2009, p. 24 ss.

<sup>56</sup> CARUSO, *L'Europa, il diritto alla salute e l'ambiente di lavoro*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 4

<sup>57</sup> Sul punto si veda il paragrafo 4.1.

<sup>58</sup> Cfr. paragrafo 4.

zativi da un lato ed esigenze e competenze dei lavoratori dall'altro, riflettendosi così in primo luogo sull'aspetto mentale e sociale e solo successivamente potendo sfociare in un malessere fisico.

Pertanto, la struttura organizzativa derivante dai sistemi adottati dal gruppo Fiat sembra non aderire a quell'approccio globale al benessere sul lavoro che traspare dall'attuale normativa, in virtù del quale, non è sufficiente intervenire solo al fine di ridurre il numero degli infortuni e delle malattie professionali, ma è fondamentale anche prevenire i cosiddetti rischi sociali, quali lo stress, la depressione, l'ansia, le molestie nei luoghi di lavoro, il mobbing e le discriminazioni<sup>59</sup>.

Si tratta di fenomeni patologici complessi, che inevitabilmente contrastano il benessere inteso: *“come ricerca di equilibrio positivo tra dimensione fisica e psichica della persona che lavora”*<sup>60</sup>.

A questo punto entra in gioco l'altro dei concetti cardine in tema di salute e sicurezza e cioè l'ambiente di lavoro<sup>61</sup>.

Il legislatore rifiuta di considerare la salute come mera assenza di malattia o d'infermità proprio perché non si tratta di un concetto assoluto, astratto e identico per ciascun lavoratore, ma è una nozione dinamica e relativa, che dipende dalla percezione, dall'esperienza di ciascun individuo e dall'interazione con l'ambiente nel quale presta la propria attività lavorativa. Conseguentemente, affinché si possa affermare che il prestatore operi in un clima di benessere fisico, psichico e sociale, è necessario guardare all'ambiente di lavoro.

La stretta correlazione tra ambiente da un lato e salute e sicurezza dall'altro è tema ormai risaputo, che affonda le sue origini nell'art. 118 A del Trattato (già art. 137 del Trattato di Nizza e oggi art. 153 del TFUE), introdotto, nella sua originaria formulazione, dall'Atto Unico del 1987<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Sul rilievo della nozione globale di salute si veda, fra gli altri, TULLINI, *Sicurezza sul lavoro e modello sociale europeo: un'ipotesi di sviluppo*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Tomo II, Cacucci, 2008, pp. 1264-1275.

<sup>60</sup> Cfr. CALAFÀ, *Dal genere al benessere: presentazione di un laboratorio di ricerca e didattica su benessere e prevenzione dei fenomeni complessi (discriminazioni, molestie, mobbing)*, in GUAGLIANONE e MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro*, cit., p. 301.

<sup>61</sup> Cfr. FERRUA e GIOVANNONE, *op. cit.*, pp. 415-429.

<sup>62</sup> La norma, proprio nella sua originaria formulazione, affermava che: *“Gli Stati membri si adoperano per promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori”*. Oggi, l'art. 153 TFUE, al comma I, lettera a, individua, fra i settori di intervento dell'Unione, proprio il *“miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori”*.



Preliminarmente è necessario comprendere cosa s'intenda per ambiente di lavoro. La questione è particolarmente complessa, poiché, contrariamente a quanto avviene per la salute, non ci sono definizioni normative esplicite, ma solo apporti anche molto diversi, della dottrina sul tema.

Sotto questo punto di vista, sicuramente sono da respingere le interpretazioni restrittive.

Si tratta, in primo luogo, dell'idea che per ambiente si debba intendere esclusivamente il luogo di lavoro, cioè lo spazio fisico nel quale effettivamente il lavoratore presta la propria attività<sup>63</sup>.

Così come non è ammissibile vincolare la nozione di ambiente esclusivamente agli aspetti igienistico-sanitari<sup>64</sup>. Infatti, una simile equiparazione tra ambiente di lavoro e igiene poteva avere un senso se riferita a un concetto di salute inteso esclusivamente come assenza di malattie professionali e di infortuni.

Alla luce, però, del rilievo attribuito oggi alla salute quale benessere nel luogo di lavoro, è ovvio che l'ambiente vada inteso in un'accezione più ampia, che attenga da un lato agli aspetti organizzativi del luogo di lavoro e dall'altro ai rapporti relazionali con il datore e i colleghi.

Pertanto, quando si parla di ambiente si fa riferimento a una molteplicità di aspetti legati ai diritti e agli interessi dei lavoratori che trascende la sola salute e sicurezza, per investire anche l'organizzazione e la situazione del posto di lavoro<sup>65</sup>.

In particolare, si supera il limite materiale e fisico del luogo di lavoro per abbracciare una definizione immateriale che comprende anche gli aspetti organizzativi e tutte le condizioni lavorative. Ed è questo il profilo che più rileva ai fini del nostro discorso, stante appunto l'incidenza dei modelli adottati dal gruppo Fiat nella struttura organizzativa e produttiva dei propri stabilimenti.

Tra l'altro, come ampiamente noto, un riferimento così generale alla salute e sicurezza sul lavoro ha consentito alle Istituzioni Comunitarie di ricondurre nell'ambito dell'ambiente di lavoro la tematica dell'orario<sup>66</sup>. Proprio

<sup>63</sup> Sul punto si veda LOY G., *op. cit.*, pp. 60-61.

<sup>64</sup> Cfr. LO FARO, *Azione collettiva e tutela dell'ambiente di lavoro in Europa*, in *DLRI*, 1991, n. 49, pp. 157-161.

<sup>65</sup> Cfr. NATULLO, *La tutela dell'ambiente di lavoro*, Utet, 1995, p. 213.

<sup>66</sup> In base a questa considerazione, l'Unione Europea ha emanato la direttiva 93/104 sull'orario di lavoro con base giuridica proprio l'art. 118A del Trattato, sollevando critiche princi-

con riferimento a questo aspetto, l'analisi della disciplina relativa all'orario di lavoro, allo straordinario e alle pause adottata negli stabilimenti Fiat, è tale da suscitare non poche perplessità in termini di rapporto con la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Si è, infatti, evidenziato come, in virtù di quanto disposto dal CCSL, è stato notevolmente ampliato il potere del datore di variare in modo unilaterale l'orario di lavoro, mediante il riconoscimento di una doppia tipologia di straordinario; così come è prevista una riduzione complessiva delle pause<sup>67</sup>. A ciò si aggiunga lo spostamento a fine turno della mezz'ora retribuita per la refezione, così come stabilito all'art. 4, Titolo II del CCSL. In particolare, la collocazione della mezz'ora per la pausa pranzo a fine turno appare non idonea a consentire ai lavoratori quel recupero delle energie psico-fisiche delle quali si parla nella suddetta disposizione del d.lgs. n. 66/2003, con conseguente incremento di rischi per la loro salute<sup>68</sup>. Infine, è evidente come le previsioni del CCSL su tematiche quali le pause e lo straordinario comportano un aumento dei tempi di lavoro, con inevitabili effetti sul benessere del lavoratore, proprio in riferimento ai tre profili su delineati (fisico, mentale e sociale).

Sul punto sono dunque necessarie alcune precisazioni. Come si già affermato, si è dell'opinione che le modifiche previste dal CCSL in tema di turni e riposi non collidano con la normativa nazionale e comunitaria sull'orario di lavoro<sup>69</sup>. Una simile affermazione non esclude, però, che possano sorgere problemi circa la conformità dell'organizzazione oraria prevista nel CCSL con la disciplina tesa appunto a garantire l'integrità psico-fisica del lavoratore. In realtà, non si può non tener conto della necessità di una rivisitazione della disciplina in materia di orario di lavoro, proprio alla luce dei

palmente del Regno Unito. La questione fu presentata dinnanzi la Corte di Giustizia che, con la sentenza 12 novembre 1996 Causa C-84/94, ha invece sostenuto un'interpretazione più ampia di ambiente di lavoro, che non sia limitata alle condizioni e ai rischi fisici sul luogo di lavoro. La Corte, infatti, ha fornito un'interpretazione di ambiente: "*comprensiva di tutti i fattori, fisici e di altra natura, in grado di incidere sulla salute e sulla sicurezza del lavoratore nel suo ambiente di lavoro e, in particolare, taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro*". Sul punto si vedano CARUSO, *op. cit.*, p. 6-7; LOY G., *op. cit.*, pp. 63-64 e ALESSI, *Orario di lavoro e tutela della salute innanzi alla Corte di Giustizia*, in *DRI*, 1997, p. 125 e ss.

<sup>67</sup> Sul punto si veda il paragrafo 3.

<sup>68</sup> Sul punto si veda LECCESE, *op. cit.*, pp. 173-174.

<sup>69</sup> Di segno opposto è l'opinione di LECCESE, *op. cit.*, p. 180 ss., che solleva numerose questioni circa la compatibilità delle disposizioni del CCSL con le deroghe ammesse dal d.lgs. n. 66/03.

principi espressi dal d.lgs. n. 81/08 e soprattutto, con riferimento alla necessità di garantire un completo benessere del lavoratore. Sotto questo punto di vista è, infatti, evidente che un incremento dell'attività lavorativa, a causa degli straordinari o delle riduzioni di pause, può incidere fortemente sulla salute del lavoratore, poiché idoneo a costituire una potenziale fonte di stress lavoro-correlato<sup>70</sup>.

Alla luce delle considerazioni su esposte, è evidente che il concetto di ambiente di lavoro abbraccia l'intero rapporto lavorativo, comprendendo qualsiasi aspetto che trovi le sue origini proprio in quella relazione giuridica che si realizza tra datore di lavoro e lavoratore<sup>71</sup>.

Si è consolidata, così, una nozione di ambiente: “*diversa e più ampia rispetto a quella tradizionale, adottando una interpretazione estensiva che supera gli aspetti meramente igienistico-sanitari, per investire la stessa organizzazione del lavoro umano nel suo complesso*”<sup>72</sup>, con la conseguenza che tematiche quali l'orario di lavoro, la mobilità, la flessibilità, le molestie, il mobbing, lo stress sono tutte riconducibili nell'ambito della sicurezza e della salute nell'ambiente di lavoro<sup>73</sup>.

Nella definizione che si è così ricavata, assume, pertanto, un ruolo essenziale l'elemento organizzativo, tanto da pensare allo stesso quale sinonimo dell'ambiente di lavoro<sup>74</sup>. In particolare, l'organizzazione del lavoro assume un duplice rilievo con riferimento alla tematica della salute e sicurezza: quello più tradizionale di potenziale fattore di rischio per il lavoratore e quello, invece, più recente che evidenzia il ruolo propulsivo dell'elemento organizza-

<sup>70</sup> L'incidenza dell'orario di lavoro in generale e dello straordinario in particolare sullo stress lavoro-correlato si evince, tra l'altro, nel questionario proposto dall'Inail e somministrato dai datori ai propri lavoratori per conformarsi all'obbligo *ex art. 28, d.lgs. n. 81/08* di valutare, tra i rischi per la salute e la sicurezza, anche quello legato allo stress lavoro-correlato. In particolare, il questionario dedica una serie di domande all'orario di lavoro, poiché il ricorso frequente allo straordinario è considerato un “evento sentinella”, una sorta di possibile indice di stress lavoro-correlato. Sul sito è scaricabile un apposito manuale per la valutazione dello stress lavoro-correlato che contiene, tra l'altro, anche il questionario suddetto.

<sup>71</sup> La tesi della coincidenza tra ambiente di lavoro e rapporto di lavoro è sostenuta, fra gli altri, da LOY G., *op. cit.*, p. 49 e ss.

<sup>72</sup> Cfr. LO FARO, *op. cit.*, p. 158.

<sup>73</sup> In questo senso si vedano ORTEGA G., *La seguridad e higiene en el trabajo en la constitucion*, in RPS, 1979, p. 199 ss.; BALANDI, *Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto*, in LD, 1990, p. 219 ss.

<sup>74</sup> In questo senso si veda NATULLO, “Nuovi” contenuti della contrattazione collettiva, organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, in *Working Paper Olympus*, 2012, n. 5, p. 7.

tivo nella fase di prevenzione in azienda. Dunque, da un lato l'organizzazione dell'ambiente di lavoro è l'ambito nel quale si sviluppano i rischi per la salute e la sicurezza, ma dall'altro rappresenta anche il campo sul quale il datore e gli altri soggetti coinvolti dovranno operare per prevenirli<sup>75</sup>. Il rilievo dell'elemento organizzativo si evince, tra l'altro, dal tenore letterale del d.lgs. n. 81/08, che presenta numerosi richiami a tale componente già nelle definizioni contenute all'art. 2, quali quelle di lavoratore<sup>76</sup>, datore di lavoro<sup>77</sup>, azienda<sup>78</sup> e valutazione dei rischi<sup>79</sup>. In realtà, l'incidenza dell'organizzazione sulla salute e sicurezza è una tematica da sempre rilevante; ciò che è mutato, come traspare dalle stesse intenzioni del legislatore, è la consapevolezza, nuova, di riconoscere nell'elemento organizzativo la base portante sulla quale intervenire in sede di valutazione e prevenzione dei rischi<sup>80</sup>.

Una simile sinergia è particolarmente evidente nella definizione di “*valutazione dei rischi*” che, tra le altre cose, si caratterizza per la sua portata innovativa, stante l'assenza di un'esplicita nozione nella precedente normativa del 1994.

Con riferimento, quindi, all'art. 2, comma I, lettera *q*, il legislatore pone l'accento sulla circostanza che i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori

<sup>75</sup> Sul punto si vedano RUSCIANO, “Retorica”, “cultura” ed “effettività” della sicurezza del lavoro, in PASCUCCI (a cura di), *Il Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, Atti del Convegno di Urbino (4 maggio 2007), Roma, 2007, p. 152 ss.; LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, in *Working Paper Olympus*, 2012, n. 7, p. 26 e ss.

<sup>76</sup> «Persona che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale, svolge un'attività lavorativa nell'ambito dell'organizzazione di un datore di lavoro pubblico o privato, con o senza retribuzione, anche al solo fine di apprendere un mestiere, un'arte o una professione, esclusi gli addetti ai servizi domestici e familiari» (art. 2, comma I, lettera *a*).

<sup>77</sup> «Il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa» (art. 2, comma I, lettera *b*).

<sup>78</sup> «Il complesso della struttura organizzata dal datore di lavoro pubblico o privato» (art. 2, comma I, lettera *c*).

<sup>79</sup> «Valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza» (art. 2, comma I, lettera *q*).

<sup>80</sup> In questo senso si vedano NATULLO, “Nuovi” contenuti della contrattazione collettiva, cit., p. 7 e LAZZARI, *Datore di lavoro e obbligo di sicurezza*, cit., p. 19 ss.; PASCUCCI, *La nuova disciplina della sicurezza sul lavoro del 2008/2009: una rapsodia su novità e conferme*, in *Working Paper Olympus*, 2011, n. 1, p. 7 ss.

emergono proprio “*nell’ambito dell’organizzazione*”, quale fonte primaria, quindi, di intervento nella prevenzione<sup>81</sup>.

Tutte queste riflessioni portano a ipotizzare un passaggio dalla tutela della salute e sicurezza dei luoghi di lavoro, intensi in senso fisico e materiale, alla tutela dell’ambiente di lavoro, con la necessità, pertanto, di intervenire sull’aspetto organizzativo nella duplice eccezione di fonte di rischio e strumento di prevenzione. Conseguentemente emergono nuovi rischi legati all’ambiente che, più che attinenti alla sfera della sicurezza dei lavoratori, sono tali da incidere nell’ambito della loro salute, nel senso individuato che si è sopra indicato e che non sembrano essere presi in considerazione dai modelli organizzativi Fiat.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

Dalle argomentazioni sviluppate, si evince un cambiamento di prospettiva in tema di salute e sicurezza, che si riflette inevitabilmente sulla libertà del datore di lavoro di organizzare la propria attività produttiva.

Se, infatti, l’ottica della tutela dell’integrità psico-fisica del lavoratore si sposta dalla semplice assenza di infortuni all’obiettivo, ben più rilevante, di garantire il benessere del prestatore e se conseguentemente, si abbracciano definizioni più ampie di salute e ambiente di lavoro, è evidente che si arriva a incidere in modo molto più consistente sull’organizzazione aziendale.

Da sempre il settore della sicurezza dell’ambiente di lavoro è stato caratterizzato proprio dalla difficoltà di trovare un equilibrio tra due interessi ugualmente tutelati: la salute del lavoratore in quanto persona, da un lato, e la libertà che connota l’organizzazione aziendale del datore, dall’altro. Fino a quando è prevalso l’aspetto della sicurezza su quello della salute, sicurezza tra l’altro intesa in senso restrittivo, quale mera assenza di eventi infortunistici, la compressione della libertà del datore era limitata, poiché era suo onere garantire esclusivamente un luogo di lavoro nel quale i lavoratori potessero

<sup>81</sup> Parte della dottrina, inoltre, ricava da una simile nozione anche l’idea dell’organizzazione del lavoro non semplicemente intesa come cicli produttivi e luogo di lavoro, ma anche quale «*insieme delle regole del processo*» del lavoro. In questo senso di veda PASCUCCI, *La prevenzione primaria nel decreto legislativo 81/2008, tra ombre e luci*, in MAGGI B. E RULLI G. (a cura di), *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, in <http://amsacta.cib.unibo.it>, Bologna, TAO Digital Library, 2011, p. 32.

disporre di strumenti e mezzi idonei a evitare gli infortuni e le malattie professionali. Nel momento in cui, però, si passa a un livello superiore di tutela, che deve garantire un completo benessere del lavoratore nel senso che si è visto, è ovvio che gli obblighi datoriali diventano molto più gravosi e si traducono in necessari cambiamenti e adattamenti dell'assetto organizzativo.

Conseguentemente, la salute e sicurezza non possono più occupare una posizione marginale nell'esercizio dell'impresa, ma devono assumere le sembianze di elementi essenziali e costitutivi dell'organizzazione del lavoro, dei quali il datore, non può non tenerne conto<sup>82</sup>.

Proprio in considerazione di ciò, il modello WCM e il sistema Ergo-UAS presentano notevoli limiti, poiché non tengono nella debita considerazione la nuova concezione della salute e sicurezza degli ambienti di lavoro emersa negli ultimi anni. Il WCM e l'Ergo-UAS sono pensati al solo fine di una maggiore e ottimale produzione e il profilo del benessere del lavoratore è davvero marginale. Lo stesso può dirsi per il nuovo regime orario applicato in Fiat, la cui compatibilità formale con la disciplina nazionale e comunitaria vigente non esclude dubbi sistemici nel suo rapporto con la garanzia del benessere del lavoratore.

L'aspetto che più colpisce è che si tratta di modelli relativamente recenti, per quanto attiene alla loro applicazione negli stabilimenti Fiat e dunque, sorprende che non siano stati presi in considerazione profili che oggi dovrebbero risultare di primaria importanza per le imprese, anche solo per le conseguenze sanzionatorie che un eventuale non allineamento con la concezione attuale di salute e sicurezza del lavoratore comporterebbe.

### **Abstract**

Obiettivo del saggio è quello di fornire un contributo allo studio del complesso rapporto tra organizzazione del lavoro e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Questo tema ha assunto recentemente una nuova rilevanza alla luce dell'adozione negli stabilimenti Fiat del modello WCM e del sistema Ergo-UAS che hanno realizzato una modifica delle forme e dei metodi di organizzazione del lavoro, con inevitabili ripercussioni in termini di salute e sicurezza dei lavoratori. A tal fine, il saggio, si concentra sulle interazioni sussistenti tra i concetti di "salute" e "ambiente di lavoro" del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e la nuova organizzazione del lavoro. In particolare, l'analisi si riferisce alle tematiche del lavoro monotono e della valutazione dei rischi.

<sup>82</sup> Cfr. MONTUSCHI, *Diritto alla salute*, cit.; NATULLO, *La tutela dell'ambiente*, cit.; PASCUCCI, *La nuova disciplina*, cit., p. 5.

Aim of the essay is to give a contribution to the study of the relationship between work organization and health and safety at work. That subject has recently assumed new importance because the WCM model and Ergo-UAS system realize a definite revision of forms and methods of work organization, with potential repercussions on the health and safety of the workers.

Therefore, the paper focuses on the interactions among the concepts of health and working environment established in the Legislative Decree 9th April 2008, n. 81 and the work organization that characterizes the Fiat model. In particular, the analysis refers to the issues of monotonous work and the risks assessment.





## M<sup>a</sup> Cristina Aguilar González

### Fondamenti e proiezione della contrattazione collettiva europea\*

Sommario: **1.** Considerazioni generali. **2.** Fondamenti giuridici della contrattazione collettiva europea. **3.** Quadro normativo della contrattazione collettiva europea. **4.** Funzionalità dell'intervento delle parti sociali attraverso la contrattazione collettiva europea. **5.** Risultati e prospettive future. **6.** Conclusioni.

#### 1. *Considerazioni generali*

L'oggetto del nostro studio è la contrattazione collettiva sviluppata nell'ambito di applicazione del Diritto Comunitario, che nasce dal dialogo sociale e ne diventa il risultato più evoluto. Esso è presente nel Trattato della Comunità Economica Europea dal 1986, sebbene solo menzionato (art. 118 B, introdotto con l'Atto Unico Europeo); viene poi regolato dall'Accordo sulla Politica Sociale allegato al Trattato di Maastricht (APS, 1992) e fortemente promosso nel Trattato di Lisbona sia mediante l'inserimento di un nuovo articolo (art. 152 Trattato per il Funzionamento dell'Unione Europea, TFUE), sia dotando di forza vincolante la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (articolo 6.1 Trattato UE)<sup>1</sup>.

Ci addentreremo, pertanto, nella progettazione e nella rilevazione, a livello giuridico e nella pratica, di uno strumento che si caratterizza per dinamismo e versatilità, che incarna una forma di “buona *governance*” e si distingue

\* Il testo riproduce, con qualche integrazione e l'aggiunta di note, la comunicazione al Congresso Europeo di Diritto del lavoro tenutosi a Siviglia nel settembre 2011.

<sup>1</sup> Cfr. AGUILAR GONZÁLEZ, *La negociación colectiva en el sistema normativo*, Lex Nova, 2006; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (diretto da), *La negociación colectiva europea*, Consejo General del poder judicial, 2005; BAYLOS GRAU (a cura di), *La dimensión europea y trasnacional de la autonomía colectiva*, Editorial Bomarzo, 2004; MOLINA GARCÍA, *La negociación colectiva europea: entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Tirant lo Blanch “colección laboral”, n. 130, 2002.

per la vicinanza alla realtà che necessita di interventi in cui il ruolo delle parti sociali presenta il vantaggio di garantire un maggior grado di attuazione e di successo.

Dal concetto di dialogo sociale che dà la Commissione europea nel 1996 (“discussioni tra le parti sociali europee, azioni comuni e possibili trattative e scambi tra le parti sociali e le istituzioni dell’Unione europea”) si deduce il suo carattere ampio: sia per quanto riguarda i protagonisti dello stesso – in particolare, le parti sociali insieme (dialogo bidirezionale/bilaterale)<sup>2</sup> o di queste con le istituzioni (dialogo trilaterale, vale a dire concertazione sociale), così come istituzionalizzato nel Vertice Sociale Trilaterale per la Crescita e l’Occupazione –, sia perché il dialogo sociale sembra non essere limitato ad un mero strumento, ma è cresciuto alla stregua di un obiettivo dell’UE e degli Stati membri (articolo 151 TFUE) fino ad essere considerato un diritto sociale fondamentale per l’Unione europea (articolo 28 Carta).

Del dialogo sociale va sottolineata la decisa attuazione, nell’ottica del raggiungimento dei risultati molto diversi che lo stesso è in grado di generare, in base al suo impatto sul settore della politica occupazionale e sociale interna al panorama normativo comunitario. Risultati che presentano, come nota comune, la capacità di adattarsi molto bene alle diverse esigenze, articolandosi in una gamma che va dalle molteplici tecniche di *soft law* alle norme imperative contenute nelle direttive comunitarie. Insomma, si tratta di uno strumento che non ha smesso di funzionare e che conferma una presenza attiva e costante<sup>3</sup>.

Tra i diversi prodotti che promanano dal dialogo sociale, ci concentreremo sugli accordi tra le parti sociali europee, mettendone in evidenza la tipologia più evoluta, ovvero gli accordi autonomi.

<sup>2</sup> Cfr. gli allegati alle Comm. UE, Comunicazioni sul dialogo sociale, dove l’elenco viene aggiornato in risposta ai nuovi comitati settoriali di dialogo sociale che si stanno formando. Si consiglia di consultare i siti *web* delle parti sociali interprofessionali: [www.etuc.org](http://www.etuc.org), [www.business-europe.eu](http://www.business-europe.eu), [www.ceep.eu](http://www.ceep.eu). OJEDA AVILÉS, *Convergencia descendente y aplicación de los acuerdos colectivos europeos*, in *RL*, n. 23-24, 2009, p. 52, secondo cui aumenta la difficoltà di utilizzo dello strumento del dialogo sociale nella nuova Unione Europea orientale, dove la presenza sindacale è frammentaria o addirittura assente. DUE AS HERRERA, *Los interlocutores sociales europeos*, Tirant lo Blanch, 2002.

<sup>3</sup> La classificazione è fornita dalla Comm. UE, *Comunicazione Partenariato per il cambiamento in un’Europa allargata. Rafforzare il contributo del dialogo sociale europeo*, COM (2004) 557 definitivo, 12.8.2004, che individua tra i “testi di nuova generazione”: gli accordi europei, i testi comuni, verifiche congiunte, testi procedurali comuni e rapporti di monitoraggio.

## 2. *Fondamenti giuridici della contrattazione collettiva europea*

Il diritto alla contrattazione collettiva in ambito comunitario è riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 2000, con forza vincolante dal Trattato di Lisbona del 2007), all'articolo 28: nel caso in cui la legislazione dell'Unione lo preveda, si considera adeguato il livello europeo di contrattazione. Dal canto suo, il Trattato per il Funzionamento dell'Unione europea (2010) disciplina le procedure di contrattazione collettiva agli articoli 154 e 155. Questo quadro normativo si è tradotto nella proliferazione di diversi tipi di accordi europei che vengono applicati in vari campi e dimostrano la loro efficacia differenziata.

L'autonomia collettiva è l'elemento da cui partire per creare un sistema di contrattazione collettiva autonomo che funzioni come fonte del diritto; da essa e dai diritti collettivi fondamentali, vale a dire, di associazione, di organizzazione e di sciopero, almeno nella prospettiva dei diritti nazionali, è possibile articolare un sistema di contrattazione collettiva in cui l'autonomia collettiva si collega, in rapporto di causalità, da un lato, con l'attività sindacale e, dall'altro, con la contrattazione collettiva stessa, che ne costituisce uno dei risultati principali.

Si può dire che l'autonomia collettiva è presente nell'ambito comunitario sin da quando essa è stata implicitamente riconosciuta dall'Accordo sulla Politica Sociale, che nel 1992 ne offrì la prima regolamentazione che si è conservata a livello comunitario fino alla proclamazione del Trattato di Lisbona, che, timidamente, nell'art. 152 TFUE, dispone che l'Unione faciliterà il dialogo tra le parti sociali "nel rispetto della loro autonomia"<sup>4</sup>.

Occorre, però, chiarire se le parti sociali godano pienamente dell'autonomia collettiva, come soggetti liberi di determinare i contenuti degli accordi che negoziano, chi siano i destinatari degli accordi e quale sia la loro efficacia (in ogni caso, senza necessità di un rafforzamento). Dunque, si tratta dei diversi aspetti di autonomia collettiva: un diritto che si materializza come potere di stabilire relazioni di negoziazione, di concludere accordi e di agire per sé. La massima espressione di questa autonomia viene rappresentata dagli

<sup>4</sup> Cfr. CES, *Risoluzione adottata dal Comitato Esecutivo su "contrattazione collettiva: priorità e il programma di lavoro della CES"*, marzo 2012, p. 2: Contratto Sociale promosso a livello europeo che, tra le altre cose, garantisce l'autonomia delle parti sociali e dei diritti di contrattazione collettiva, il loro effettivo coinvolgimento nella governance economica europea e nazionale di riforma per una distribuzione equa degli sforzi per rendere le modifiche quando siano necessarie.

accordi europei autonomi: vale a dire, quelli che sono applicati dalle parti sociali nazionali affiliate con i firmatari europei, anche se la loro efficacia giuridica è limitata.

Completa il riconoscimento dell'autonomia collettiva, a livello costituzionale, la "buona *governance*"<sup>5</sup>, che a sua volta si collega al principio di sussidiarietà orizzontale come uno dei fondamenti della contrattazione collettiva. In relazione alla dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà, la preferenza per le norme concordate ispirò nell'APS l'attuale art. 153.1 TFUE collocando l'intervento normativo comunitario delle istituzioni dell'UE in posizione subordinata rispetto ai risultati del dialogo sociale a quel livello<sup>6</sup>. La sussidiarietà orizzontale, quindi, gode di piena legittimità grazie all'inclusione della libertà di associazione nel catalogo dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e grazie alla regolazione che il Titolo della Politica Sociale TFUE<sup>7</sup> fa della negoziazione collettiva in ambito europeo.

### 3. *Quadro normativo della contrattazione collettiva europea*

Il quadro normativo dal quale si sviluppa la contrattazione collettiva comunitaria parte dall'articolo 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che riconosce il diritto di negoziazione collettiva a livello europeo, e si riconduce alle disposizioni di alcuni articoli del Titolo della Politica Sociale del TFUE (art. 151-156)<sup>8</sup>. Inoltre, non è da trascurare il quadro

<sup>5</sup> Comm. UE, *Libro bianco sulla governance europea: approfondimento della democrazia nell'Unione europea*, SEC (2000) 1547/def., 11.10.2000.

<sup>6</sup> Sulla doppia sussidiarietà, cfr. Comm. UE, Comunicazione sull'attuazione del Protocollo sulla Politica Sociale, COM (93) 600 def, 14.12.1993, p. 6: "l'opzione, a livello comunitario, tra legislazione e la via delle convenzioni". In dottrina, cfr. CRUZ VILLALON, *La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria*, in *RL*, 1994-II, p. 26; OJEDA AVILES, *Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario*, in *RL*, 1994-I, p. 1379; GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario ed autonomia collettiva: il dialogo sociale*, FrancoAngeli, 1994, p. 141; Casas Baamonde, *Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social*, in *RL*, 1993, p. 58.

<sup>7</sup> GUUE 14/12/2007, il Trattato di Lisbona fa diventare vincolante la Carta proclamata a Nizza nel 2000 (Trattato in vigore dal 1° Dicembre 2009).

<sup>8</sup> ALES, *La negociación colectiva transnacional y la necesidad de una norma de la Unión Europea*, in *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 128, 2009, n. 1-2, p. 171, 172 e 176, chiede l'adozione di un quadro giuridico europeo che disciplini la contrattazione collettiva autonoma, tramite Regolamento comunitario, adottato all'unanimità, per evitare i problemi dovuti ai ritardi nel re-

generale complementare che è stato sviluppato nel corso del tempo, che potrebbe qualificarsi come buona prassi, ed ha consentito la firma e l'applicazione di numerosi accordi.

Confermano questo quadro di sostegno una serie di documenti rilevanti, quali le comunicazioni che la Commissione Europea ha dedicato al dialogo sociale (1993, 1996, 1998, 2002, 2004, 2010 sul dialogo sociale settoriale), l'Agenda Sociale Europea (2005-2010), che attribuiva un ruolo centrale al dialogo sociale, i Programmi comuni di lavoro delle parti sociali europee (il primo per gli anni 2003-2005, il secondo 2005-2008, il terzo per il 2009-2010, il quarto per il periodo 2012-2014) e le linee di bilancio annuali per sostenere le iniziative di dialogo sociale convocate dalla Direzione Generale per l'Occupazione, gli Affari Sociali e l'Inclusione<sup>9</sup>.

Oggi il dialogo sociale non risponde unicamente al ruolo con il quale nasce e si inserisce nel Diritto Primario, vale a dire come strumento di regolamentazione, bensì figura come obiettivo sia dell'UE che degli Stati membri nell'art. 151 TFUE, dove si profilano due forme di sviluppo dello stesso. Si tratta del dialogo sociale nella procedura di doppia consultazione obbligatoria della Commissione alle parti sociali all'inizio di ogni *iter* legislativo in materia di politica sociale (art.153 TFUE) e del dialogo sociale come preludio agli accordi comunitari collettivi. Questi, a loro volta, possono essere suddivisi in due tipi a seconda della loro origine: gli accordi regolati, che si producono a seguito di tale consultazione della Commissione, cioè collegati ad una procedura legislativa (articolo 154,4 TFUE), e quelli risultanti da una libera contrattazione collettiva, che emanano *motu proprio* dalle parti sociali, a prescindere da una procedura legislativa (articolo 155 TFUE).

In ragione della modalità di applicazione, gli accordi europei si distinguono tra quelli rafforzati da una Direttiva del Consiglio (noti anche come accordi forti, vincolanti, di regolamentazione, di efficacia pubblica)<sup>10</sup> e quelli

cepimento di una Direttiva, e altresì di chiarire gli effetti diretti di tali accordi sui rapporti di lavoro. Questa regola istituisce un sistema di contrattazione collettiva transnazionale complementare ai sistemi nazionali di contrattazione collettiva. Come contenuto indicheranno la definizione degli agenti contrattuali e del processo negoziale, i requisiti formali e sostanziali che devono essere soddisfatti dagli accordi e le procedure di monitoraggio e d'interpretazione.

<sup>9</sup> Current calls for proposals:VP/2012/001, *Industrial Relations and Social Dialogue*.

<sup>10</sup> Così denominati dagli autori, rispettivamente, BAYLOS GRAU (a cura di), *op. cit.*; LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, 1999, p. 165 ss.; DUE AS HERRERO, *op. cit.*, 2002; AGUILAR GONZÁLEZ, *op. cit.* Costituiscono legislazione negoziata secondo PÉREZ DE LOS COBOS ORI-

che vengono applicati dalle parti sociali nazionali, che chiameremo autonomi. Sono i firmatari europei che decidono quale tra i due metodi sarà applicato.

Indipendentemente dalla tipologia, entrambe le modalità diventano sostitutive dell'iniziativa legislativa della Commissione, anche se la mancata attuazione di un accordo regolato potrebbe legittimare un'azione comunitaria in materia. Potrebbe succedere, ad esempio, dopo il recente fallimento (Dicembre 2012) della trattativa sulla direttiva del tempo di lavoro<sup>11</sup>.

La Dichiarazione 27 del Trattato di Amsterdam ha chiarito che gli accordi autonomi non sono direttamente vincolanti per gli Stati membri, ma devono essere implementati dal sistema di contrattazione collettiva nazionale, il che a sua volta pone il problema dell'eterogeneità di tali sistemi nazionali nell'attuazione degli accordi e nell'efficacia degli stessi<sup>12</sup>.

L'efficacia vincolante è quindi limitata alle organizzazioni nazionali affiliate ai firmatari europei, tra i quali si trovano le organizzazioni sindacali e le associazioni datoriali maggiormente rappresentative nella maggior parte degli Stati membri; in caso contrario il problema di fondo è che laddove il datore di lavoro non sia affiliato alle organizzazioni nazionali appartenenti al BusinessEurope o CEEP, oppure quando i sindacati - o i rappresentanti legali - non siano affiliati con il CES, l'accordo non avrà efficacia vincolante.

HUEL, *Aporías de la negociación colectiva europea*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 68, 2007. La Corte di Giustizia Comunitaria nella sentenza sul caso *Zentralbetriebsrat der Landeskrankehäuser Tirols contro Land Tirol*, C-486/2010, 22.4.2010, ha statuito sull'interpretazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e sull'articolo 14.1.C) Dir. 2006/54/CE: nel paragrafo 23 definisce questi accordi come "nati da un dialogo tra le parti sociali a livello dell'Unione Europea ed attuati in conformità con la sua base giuridica corrispondente, attraverso una Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea, della quale, quindi, fanno parte".

<sup>11</sup> AGUILAR GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 241. EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, 24/1/2013.

<sup>12</sup> Altre opinioni: GALLARDO MOYA, *La metamorfosis de la negociación colectiva europea*, in *RL*, n. 18, 2008, pp. 81-83, e LAHERA FORTEZA, *La negociación colectiva no es fuente de derecho en el ordenamiento laboral español*, in *RL*, n. 1, 2008, p. 23: siccome non è fonte di Diritto Comunitario (e quindi non è menzionato nell'art. 249 del Trattato CE), ma solo genera un vincolo obbligatorio tra le parti sociali. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (diretto da), *La negociación colectiva europea*, cit., p. 51, significa che gli Stati membri non sono tenuti a sviluppare *standard* per l'attuazione di tali accordi liberi. Per quanto riguarda "l'interazione difficile dei sistemi nazionali di contrattazione collettiva", cf. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Aporías de la negociación colectiva europea*, cit.: afferma che non sono leggi nazionali dei paesi membri.

Alcuni studiosi, tuttavia, ritengono che il suo valore non possa essere diverso da una raccomandazione alle parti sociali nazionali, che lo renderanno vincolante o meno a seconda del sistema di contrattazione collettiva vigente in ciascuno Stato membro, in conformità con le leggi, o tramite la firma di altri accordi di pari livello che lo mettano in pratica, rafforzando in questo modo, senza dover ricorrere ad una disposizione del Consiglio, la sua efficacia<sup>13</sup>.

Ma dal testo del Trattato (“l’attuazione degli accordi sarà ...”, art. 155), così come dal principio *pacta sunt servanda* che governa il Diritto Civile privato degli Stati membri dell’Unione Europea, si può desumere l’impegno necessario per l’esecuzione dell’accordo. A ciò si aggiungono le relazioni endoassociative tra firmatari europei e parti sociali nazionali, che dovrebbero generare una efficacia vincolante degli accordi<sup>14</sup>.

#### 4. *Funzionalità dell’intervento delle parti sociali attraverso la contrattazione collettiva europea*

Spinto dall’obiettivo finale di analizzare la proiezione che la contrattazione collettiva può raggiungere nell’immediato futuro nel quadro di un mercato globale<sup>15</sup>, è interessante valutare la funzionalità che questa fonte ha dapprima fornito al sistema di regolamentazione, e da cui discende che la negoziazione collettiva è considerata un diritto fondamentale dell’Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona.

In origine la partecipazione delle parti sociali attraverso la negoziazione

<sup>13</sup> Gli attribuisce un valore di raccomandazione: MOLINA GARCÍA, *op. cit.*, 2002 (copia ciclostilata, 2000, p. 156); SALA FRANCO, *La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español*, in AA.VV., *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, Franco Angeli, 2001, p. 98; LO FARO, *op. cit.*, p. 167; LAHERA FORTEZA, *op. cit.*, p. 23, ritiene che non è garantita la vincolatività del contenuto del contratto collettivo nel contratto di lavoro, né la sua inderogabilità attraverso accordi individuali o decisioni unilaterali dei datori di lavoro; quindi non hanno una vera efficacia vincolante.

<sup>14</sup> Comm. EU, Working paper *Report on the implementation of the European social partners’ Framework Agreement on Telework*, SEC (2008) 2178, Bruxelles 2.7.2008, p. 8, all’interno della voce sulla “responsabilità per la sua attuazione”.

<sup>15</sup> Cfr. GUARRIELLO, *I Diritti Gestiti di Contrattazione Collettiva in un’economia globalizzata collettiva*, Relazione presentata al Congresso Europeo di Diritto del Lavoro, Siviglia, settembre 2011.

collettiva completò i lavori di rafforzamento della dimensione sociale del mercato unico. Se torniamo per un attimo al contesto normativo dei primi anni Novanta e analizziamo gli aspetti sociali di quel mercato, notiamo che essi non si erano sviluppati in modo naturale come conseguenza del funzionamento del mercato economico e che, contemporaneamente, si soffriva una situazione di stallo legislativo in materia “sociale” in ambito comunitario. È per questo che, per realizzare l’integrazione tra la dimensione sociale ed economica nel mercato unico, ricercando soluzioni alternative al metodo tradizionale di armonizzazione legislativa che aveva portato a tale stallo, si consentì l’intervento delle parti sociali che, attraverso i loro accordi, avrebbero rafforzato la dimensione sociale<sup>16</sup>.

Oltre all’apporto sociale, bisogna evidenziare la legittimità democratica che assicurano le parti sociali. Sullo sfondo dell’esigenza del riconoscimento di rappresentatività agli interlocutori sociali comunitari, c’è la questione del non intervento del Parlamento Europeo nella regolamentazione di una materia sociale già disciplinata tramite accordo collettivo comunitario; quindi se il Parlamento non interviene, in alternativa/in forma sostitutiva lo faranno le parti sociali. In questo modo, la rappresentatività delle parti sociali che hanno firmato gli accordi conclusi nell’ambito del processo legislativo assume grande rilevanza. Gli obblighi di controllo sugli accordi da parte della Commissione e del Consiglio, applicati con decisione del Consiglio, sono conseguenza, tra l’altro, del principio democratico fondamentale<sup>17</sup>.

Pur avendone riconosciuto la funzione di veicolo per lo sblocco legislativo, sono emersi anche gli svantaggi che il dialogo sociale potrebbe portare se si condizionasse lo sviluppo legislativo in materia di politica sociale alla conclusione degli accordi. Tuttavia il problema esisterebbe tanto se si subordinasse l’approvazione della legislazione sociale comunitaria allo sviluppo di

<sup>16</sup> LANDA ZAPIRAIN, *En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: Desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea*, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 10, 2010, p. 87.

<sup>17</sup> Nel senso sopra indicato, CASAS BAAMONDE, *La negociación colectiva comunitaria como institución democrática*, in *RL*, 1998, p. 12. Sulla dichiarazione del principio di legittimità democratica, LO FARO, *op. cit.*, p. 267; BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente*, in *DRI*, 1999, pp. 306-307. Nel settore specifico della contrattazione collettiva comunitaria inserita nel processo legislativo, il principio della legittimità democratica è stato affermato nella sentenza del Tribunale di Primo Grado, caso UEAPME, 17.6.1998 (causa T-135/96).



un dialogo fruttuoso, quanto se l'accezione di dialogo sociale fosse limitata ad attività preparatorie all'esercizio della funzione normativa comunitaria senza potenziarne il risultato: si pone così la prospettiva della negoziazione collettiva come fonte autonoma di diritto, alternativa ad una regolazione eteonomica da parte delle istituzioni dell'UE<sup>18</sup>. In ogni caso, le consultazioni che la Commissione Europea è tenuta a fare con le parti sociali prima di avviare una procedura legislativa potrebbero generare un processo di negoziazione; e nel caso in cui le parti sociali si impegnassero in negoziati che non vanno a termine o nel caso in cui le stesse decidessero di non stipulare un accordo, la Commissione può riprendere "iniziativa ed evitare la deregolazione sulle questioni sollevate, in modo che non si produca un effetto negativo per la politica sociale.

Non c'è dubbio che si riconosce alla autonomia collettiva un ambito proprio di attività, che si riflette nel carattere sostitutivo della proposta della Commissione attribuito all'accordo raggiunto nella fase del processo legislativo, nonché nel rispetto del negoziato da parte del potere pubblico comunitario. Ma dovremmo chiederci il motivo per cui si decide di riconoscere agli interlocutori sociali un proprio ambito di intervento: e, se la risposta non fosse che i protagonisti dei rapporti di lavoro non sono in grado di regolare se stessi, ma che vi è invece la necessità delle istituzioni comunitarie di decongestionare i loro stalli legislativi, con il limite che esse stesse pongono per non perdere il loro potere di iniziativa legislativa, la conclusione sarebbe che la contrattazione collettiva europea è funzionalizzata a questo bisogno ed intesa come tecnica di regolamentazione, non come un diritto sociale quale è<sup>19</sup>.

Ciò significa che il dialogo sociale nasce con una funzione strumentale,

<sup>18</sup> LANDA ZAPIRAIN, *op. cit.*, p. 101: il dialogo sociale comunitario ha una funzione di consulenza più che normativa. MTAS, *El futuro del diálogo social*, in *Boletín de Información sociolaboral internacional*, n. 83, 2002, p. 102, in cui si afferma che il processo negoziale di nove mesi ottimizza il processo legislativo. PEREZ MONEREO, *Concertación y diálogo social*, Lex Nova, 1999, pp. 128-130: "Il dialogo sociale prima, paradossalmente, poteva rappresentare il rischio di essere più un freno che motore che aziona l'avanzamento del sociale comunitario". RUIZ CASTILLO, *El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea*, in *Civitas*, n. 85, 1997, p. 716. In contrario, APARCIO TOVAR, *Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho Comunitario*, *Civitas*, in *REDT*, n. 68, 1994, pp. 917-946.

<sup>19</sup> LO FARO, *The Social Manifesto: demystifying the spectre haunting Europe*, *European Law Journal*, vol. 3, 3, 1997: in caso contrario il dialogo sociale europeo non si svilupperà al di là di una mera tecnica regolativa. La Costituzione Sociale Europea, proposta nel Manifesto, è un pre-requisito.

segnata dal fine ultimo verso il quale tendono tutte le politiche dell'UE: garantire il funzionamento del mercato unico. In questo contesto, la contrattazione collettiva si presenta non tanto come canale alternativo di regolamentazione, ma come un canale complementare, come tecnica di *soft law*<sup>20</sup>. E finché non verrà trattata come esercizio di un diritto sociale non diventerà fonte del sistema normativo comunitario.

### 5. Risultati e prospettive future

Come già detto, una delle origini degli accordi europei è la procedura di doppia consultazione della Commissione alle parti sociali europee all'inizio di una procedura legislativa introdotta come metodo alternativo di regolamentazione, integrando in tal modo la contrattazione collettiva come fonte di diritto, benché legata alla procedura legislativa<sup>21</sup>.

La prima cosa da notare è la grande varietà di materie oggetto di con-

<sup>20</sup> LO FARO, *Funzioni e finzioni*, cit., p. 266 e ss. La contrattazione collettiva “come una risorsa” è l'approccio che l'autore dà alla sua opera fin dal titolo. GRANDI, *Le parti sociali e l'autonomia contrattuale di fronte all'unione economica e monetaria*, in *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, Franco Angeli, 2001, p. 473. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario*, cit., p. 133, nota come dagli anni Settanta il contratto collettivo non è più un atto legislativo, e passa al metodo della contrattazione collettiva come processo. Comm. EU, Comunicazione *Un progetto per l'Unione Europea*, COM (2002) 247 def., 22.5.2002, p. 22, afferma che “la via legislativa può anche essere combinata con altri metodi non vincolanti, quali raccomandazioni, orientamenti, persino autoregolamentazione all'interno di un quadro stabilito in comune”. ROMAGNOLI, *I profili istituzionali della contrattazione collettiva europea*, in *La Contrattazione Collettiva in Europa* di LETTIERI e ROMAGNOLI, Ediesse, 1998, p. 21. Riflessione in SCIARRA, *European Social Policy and Labour Law. Challenges and perspectives*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV, libro I, Accademia di Diritto Europeo, 1995, p. 338. Sulle funzioni tradizionali di contrattazione collettiva, NEAL, *We love you social dialogue – but who exactly are you?*, *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, Franco Angeli, 2001, p. 119. Per quanto riguarda il loro sviluppo, CASAS BAA-MONDE, *Nuevas tendencias de la negociación colectiva de la Unión Europea*, Estudios e informes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, giugno 1998, p. 87-89.

<sup>21</sup> COMM. EU, Comunicazione *Modernizzare l'organizzazione del lavoro. Un approccio positivo al cambiamento*, COM (98) 592, 1998, p. 4: si valorizza l'autonomia normativa delle parti sociali che si manifesta nel rispetto degli accordi negoziati; Comunicazione *sull'attuazione del Protocollo di Politica Sociale*, cit., p. 12; Comunicazione *sullo Sviluppo del dialogo sociale a livello europeo*, cit., p. 12; Comunicazione che “adequa e promuove il dialogo sociale a livello comunitario”, COM (1998) 322 def., 20 maggio, p. 7; Rapporto *Il dialogo sociale per il successo: il ruolo delle parti sociali dell'UE*, www.europa.eu.int, 1999, p. 26, dove si afferma che l'APS aumenta i poteri e le responsabilità delle parti sociali attraverso il diritto di consultazione, che apre uno spazio di negoziazione.

sultazione: quelle sottoposte dalla Commissione negli ultimi anni si sono concentrate sugli accordi transnazionali (settembre 2012)<sup>22</sup>, sulla revisione della Direttiva sullo statuto della Società Europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (2011), sulla Direttiva sull'orario di lavoro<sup>23</sup>, sulla protezione dei lavoratori dai rischi derivanti dall'esposizione ai campi elettromagnetici sul luogo di lavoro, sui principali risultati della consultazione pubblica sulla strategia europea sulla disabilità 2010-2020, sull'orario di lavoro dei medici in formazione, e sulla protezione dei lavoratori dai rischi derivanti da esposizione al fumo di tabacco sul luogo di lavoro<sup>24</sup>.

Si dovrà vedere il programma legislativo della Commissione di ogni anno per conoscere su cosa si consulteranno le parti sociali e che accordi regolamentati potranno essere conclusi, ma è anche interessante seguire i programmi di lavoro delle parti sociali per vedere quali materie possono essere il contenuto di accordi *motu proprio*; a volte gli interessi istituzionali e collettivi coincideranno<sup>25</sup>.

Volendoci occupare delle modalità di applicazione degli accordi, previste dall'art. 155.2 TFUE, avremo accordi "rafforzati" da una Direttiva del Con-

<sup>22</sup> La Comm. UE è interessata all'attuazione degli accordi aziendali transnazionali, nella ricerca di una maggiore certezza giuridica. I progressi nell'attuazione e per trovare modi migliori per stabilire legami con gli altri livelli di dialogo sociale portano al confronto con le parti sociali. CES, Risoluzione *La contrattazione collettiva: priorità e il programma di lavoro del CES*, marzo 2012, p. 5, osserva che i suoi sindacati affiliati a livello transfrontaliero e nei paesi dell'Europa centrale e orientale richiedono il rafforzamento della cooperazione e del coordinamento dei negoziati nell'ambito delle multinazionali, al fine di prevenire il *dumping* sociale e di realizzare un progressivo allineamento delle condizioni di lavoro nella stessa azienda. SCIARRA, *Formas de avanzar en la negociación colectiva transnacional y europea*, in *RL*, n. 12, 2011, pp. 67-68, discute l'introduzione di nuove misure a sostegno di accordi collettivi transnazionali, in particolare nelle vicende di ristrutturazione aziendale, con un superamento delle disposizioni della Direttiva sui comitati aziendali europei sull'informazione e consultazione dei lavoratori. Nel suo articolo analizza i testi congiunti transnazionali e segnala il ruolo dell'interesse collettivo come elemento di parenza per la contrattazione collettiva transnazionale, p. 78.

<sup>23</sup> EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, nel mese di agosto 2012, la Comm. UE nell'ambito della procedura di negoziazione di cui agli art. 154,4 TFUE (durata iniziale: nove mesi), ha prorogato, fino al 31 dicembre, il termine ultimo per gli accordi inter-professionali sulla revisione della Direttiva sull'orario di lavoro per fissare una scadenza finale. Il risultato è stato il fallimento della trattativa sulla direttiva del tempo di lavoro.

<sup>24</sup> Banca dati sul dialogo sociale nel sito della Commissione europea.

<sup>25</sup> Comm. EU, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni *Programma di lavoro della Commissione per il 2013*, COM (2012) 629 def. Programma di lavoro delle parti sociali europee 2012-2014, [www.etuc.org](http://www.etuc.org).

siglio, o accordi “autonomi” se applicati “secondo le procedure e le pratiche delle parti sociali”. I firmatari decideranno le modalità per applicare l’accordo, nell’esercizio della loro autonomia collettiva; naturalmente, la scelta ne determinerà la relativa efficacia.

Ci sono stati esempi dei diversi tipi di accordi, compresi quelli che godono di efficacia limitata, e ci siamo concentrati su questi perché innovativi.

Ad oggi ci sono quattro accordi interprofessionali autonomi applicati dalle parti sociali nazionali: sul telelavoro (2002), sullo stress c.d. lavoro correlato (2004), sulla violenza e sulle molestie sul luogo di lavoro (2007)<sup>26</sup> e sui mercati del lavoro inclusivi (2010)<sup>27</sup>. Questo tipo di accordi, i più avanzati per essere “coraggiosi” nella loro efficacia e che portano alle estreme conseguenze il presupposto della autonomia collettiva, si occupano di questioni che non erano disciplinate a livello comunitario e che dimostrano di essere innovative nell’ambito delle relazioni industriali, come nel caso del telelavoro che attiene a nuove forme di organizzazione del lavoro e, quindi, il relativo accordo si adegua al cambiamento delle esigenze; vi sono i rischi psicosociali che sempre più interessano i lavoratori, come lo stress da lavoro e le molestie e la violenza sul luogo di lavoro<sup>28</sup>; l’inclusione sociale e l’occupazione, riguardano invece problemi relativi alla crisi.

Tali accordi possono essere sviluppati o integrati nello stesso livello comunitario, come è successo per quanto riguarda le molestie e la violenza sul posto di lavoro (2007): si è stipulato nel corso del 2010 un altro accordo, in questo caso multisetoriale (cinque settori: ospedali, governi locali e regionali, commercio, sicurezza privata e istruzione) contenente linee guida per affrontare la violenza e le molestie da parte di terzi relativi al lavoro<sup>29</sup>.

Sono stati adottati anche a livello settoriale accordi autonomi: sul tele-

<sup>26</sup> Relazione di attuazione del 24 febbraio 2011. Sulle altre relazioni di attuazione: sul telelavoro, 11 ottobre 2006; in materia di stress da lavoro, 28 giugno 2008.

<sup>27</sup> Cfr. [www.etuc.org](http://www.etuc.org), *Policies and activities, an etuc interpretation guide*, 2012. Sul telelavoro, SERANO GARCÍA, *Tratamiento del teletrabajo en el acuerdo-marco europeo de 16 de julio de 2002*, n. 2, 2002, pp. 441-462; sull’accordo sullo stress, MARTINEZ BARROSO, *Reflexiones en torno al acuerdo marco europeo sobre el estrés en el trabajo*, in *Aranzadi social*, n. 22, 2005, pp. 71-96. Sull’accordo sulla violenza nei luoghi di lavoro, ROMERO RODENAS Y BOGONI, *La negociación colectiva europea a través del acuerdo marco europeo contra la violencia en el trabajo*, in *Revista de Derecho Social*, n. 47, pp. 209-230.

<sup>28</sup> EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, il primo accordo quadro firmato nel gruppo francese BNP, nel luglio 2012, si occupa dell’impiego e gestione dei cambiamenti, sottolineando i rischi psicosociali e le pari opportunità come questioni future.

<sup>29</sup> Accordo concluso dal FSESE, UNI-Europa, CSEE, HOSPEEM, CCRE EFEE, Euro-Commerce, CoESS, del 16 luglio 2010.

lavoro nel settore delle telecomunicazioni e del commercio (2001), nel settore energetico e nelle amministrazioni locali e regionali (2004), sulla licenza europea per i macchinisti che effettuano servizi interoperativi transfrontalieri (2004), sulla riduzione dell'esposizione dei lavoratori al rischio di disturbi muscolo-scheletrici di origine professionale nel settore agricolo (2005), sulla protezione della salute dei lavoratori per la corretta manipolazione e il corretto utilizzo della silice cristallina e dei prodotti che la contengono (2006)<sup>30</sup>, sull'applicazione dei certificati europei per l'acconciatura dei capelli (2009), un accordo quadro per l'assunzione e la permanenza nel settore della sanità (dicembre 2010), il primo accordo quadro sulla formazione e le competenze professionali nel settore chimico (aprile 2011), l'accordo sui requisiti minimi per i contratti dei giocatori standard nel settore del calcio professionistico nell'Unione europea e nel resto del territorio UEFA (aprile 2012) e l'accordo sul lavoro nel settore della pesca (2012).

Inoltre, dal 1998 la Commissione Europea ha creato più di 40 comitati di dialogo sociale settoriale in settori di notevole rilievo, quali i trasporti, l'energia, l'agricoltura, la pesca, la politica marittima, i servizi pubblici, l'istruzione, il commercio, il metallo, i prodotti chimici, ecc. Sono stati prodotti oltre 500 testi di diverso impatto giuridico, come pareri comuni, dichiarazioni, risposte a quesiti, strumenti come siti *web*, linee guida e accordi di efficacia generale o limitata<sup>31</sup>. Va a favore del dialogo sociale il fatto che continuino a costituirsi comitati di dialogo sociale settoriale; tra i più recenti, le industrie di metallo, ingegneria e tecnologia (gennaio 2010), in materia di istruzione (giugno 2010), nel settore delle amministrazioni centrali pubbliche (dicembre 2010), nel settore dell'industria alimentare e delle bevande (gennaio 2012); inoltre, prosegue la costituzione di nuovi comitati, come dimostrano gli interventi nel settore portuale e dello sport<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> *Accordo sulla protezione della salute dei lavoratori per la corretta manipolazione e il corretto utilizzo della silice cristallina e dei prodotti che lo contengono*, GU C 279 del 17/11/2006 (2006/C 279/02).

<sup>31</sup> La Federazione Europea della funzione pubblica ha in programma una conferenza di dialogo sociale e contrattazione collettiva, *Evoluzione del dialogo sociale settoriale europeo e misurare l'impatto di austerità sulla contrattazione collettiva nel settore pubblico*, nel mese di dicembre 2012. Le parti sociali sviluppano i loro programmi di lavoro, per esempio, UNI Global Union e EUROCOMMERCE hanno presentato il loro programma di lavoro 2010-2011 per il dialogo sociale europeo nel commercio. Cfr. KÖHLER Y GONZÁLEZ BEGEGA, *Diálogo social y negociación colectiva a escala sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas*, in *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25, n. 2, 2007.

<sup>32</sup> COMM. EU, *Documento di lavoro della Commissione sul funzionamento e le potenzialità del dialogo sociale settoriale europeo*, Bruxelles, 22.07.2010, SEC (2010) 964 def.

Come esempio recente di un altro tipo di accordo europeo, attuato attraverso un atto del Consiglio, la prima revisione della Direttiva che disciplina il congedo parentale, con la firma, il 18 giugno 2009, di un accordo che modifica quello originariamente adottato nel 1995, e che diventa la Direttiva 2010/18/UE dell'8 marzo, che applica l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale e abroga la Direttiva 96/34/CE. Come abbiamo indicato, si tratta di una prima ipotesi di modifica di un accordo originariamente adottato in questo modo, dimostrando che è modificabile solo da coloro che lo negoziarono e firmarono; la modifica, quindi, deve essere fatta dagli stessi partner sociali (BUSINESSEUROPE/UEAPME, CEEP e CES)<sup>33</sup>. Per quanto riguarda le questioni discusse a livello di settore, la formazione rimane un aspetto importante per il dialogo sociale europeo<sup>34</sup>. Analogamente è avvenuto per la salute e la sicurezza sul lavoro che hanno generato accordi come quello sulla protezione contro le lesioni gravi provocate da oggetti medici appuntiti<sup>35</sup>.

Un altro tema su cui il dialogo sociale darà i suoi frutti è la libera circolazione. Il Comitato di Dialogo Sociale Settoriale ha pubblicato un lavoro comune sugli effetti delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Viking, Laval, Rüffert e Commissione/Lussemburgo, sulle libertà economiche e i diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Allo stesso modo sono sorti dibattiti in comitati settoriali in cui la mano d'opera si caratterizza per la sua mobilità<sup>36</sup>.

Le parti sociali europee e nazionali, settoriali e interprofessionali, hanno partecipato alla consultazione pubblica sulla Strategia Europa 2020. La Commissione Europea le prende in considerazione nelle questioni come, ad esempio, definire e attuare la seconda fase del programma di flessisicurezza, essendosi impegnata a proseguire congiuntamente l'applicazione dei suoi

<sup>33</sup> Dir. 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE (GU L68/13, 18.3.2010).

<sup>34</sup> Comitati di dialogo sociale nel settore dei servizi personali, settore alberghiero, agricoltura.

<sup>35</sup> Guida per il recepimento dell'accordo quadro europeo, la direttiva del Consiglio e la legislazione nazionale associata, redatto dall'European Biosafety Network, un'organizzazione che è nata in seguito all'adozione finale della nuova Direttiva europea. Racchiude l'Accordo quadro europeo sulle ferite da taglio o da punta, concluso tra i partner sociali europei EPSU e HO-SPEEM. Anche il Comitato per il dialogo sociale nel 2010, servizi personali, ha avviato i negoziati su un accordo quadro sulla prevenzione dei rischi per la salute nel settore dell'acconciatura.

<sup>36</sup> Comitati settoriali di vie navigabili interne, l'edilizia, gli ospedali, l'agricoltura, la sicurezza privata e le agenzie di collocamento. EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, La Comm. UE propone nuove norme per i lavoratori distaccati, [www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/04](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/04).

principi, valutando il ruolo e la partecipazione delle parti sociali e traendo conclusioni comuni<sup>37</sup>.

## 6. Conclusioni

Le relazioni industriali europee seguono una linea di continuità che si manifesta nella riduzione della densità sindacale, gli alti livelli di organizzazione dei datori di lavoro, il decentramento della contrattazione collettiva e della sua copertura, la maggiore partecipazione dei lavoratori nell'impresa e il ruolo meno attivo del governo nelle relazioni industriali<sup>38</sup>.

La diversità e la transnazionalità continuano a caratterizzare i sistemi di relazioni industriali in Europa<sup>39</sup>; se la tendenza è il decentramento sembra logico che diventi più flessibile l'utilizzo delle risorse di regolamentazione, così come l'attenzione ai principi che da anni governano il modello sociale europeo ("buona *governance*", sussidiarietà orizzontale). In una situazione di crisi, anche questa è una sfida.

I processi di dialogo sociale svolgono un ruolo importante per l'impatto della crisi, per cui sarà fondamentale il livello di coinvolgimento delle parti sociali. Ma perché tale partecipazione sia efficace, gli attori collettivi devono essere ben organizzati a livello sovranazionale e con la volontà di raggiungere accordi, devono conoscere il nuovo contesto globalizzato in cui si devono muovere al fine di raggiungere i loro obiettivi.

Come mezzo di partecipazione organizzata, le parti sociali intersettoriali progettano il proprio piano d'azione attraverso programmi di lavoro per determinati periodi. Allo stesso modo, data l'importanza del dialogo sociale che si svolge in ambito settoriale, le parti sociali settoriali di questo livello organizzano il loro piano d'azione.

Per quanto riguarda le questioni trattate dal dialogo sociale, si osserva

<sup>37</sup> Comitati settoriali di vie navigabili interne, la costruzione, gli ospedali, l'agricoltura, la sicurezza privata e le agenzie di lavoro temporale. EUROPEAN INDUSTRIAL RELATIONS OBSERVATORY ON-LINE, *Commission proposes new rules for posted worker*, [www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/04](http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2012/04).

<sup>38</sup> COMM. EU, *Rapporto Relazioni Industriali 2010*, p. 4.

<sup>39</sup> SCIARRA, *Formas de avanzar*, cit., p. 79: Le parti sociali ed i legislatori nazionali dovrebbero tendere verso un quadro europeo per lo sviluppo di tutte le iniziative esistenti, sulla base di una contrattazione collettiva transnazionale, mettendo da parte i timori di interferenze reciproche. Nel frattempo, tutti gli attori, siano pubblici che privati, non possono che riconoscere che la transnazionalità è parte del diritto europeo in azione.

una chiara e predominante estensione verso la politica comunitaria dell'occupazione, che si collega con le preoccupazioni per la situazione economica, concentrandosi su temi quali l'occupazione, la competitività e la coesione sociale, nel rispetto della Strategia Europa 2020, e con il progresso nel dialogo sociale tripartito, specialmente dall'istituzione del Vertice Sociale Trilaterale per la Crescita e l'Occupazione.

È stato affermato che si va verso un indebolimento del sistema normativo perché gli accordi autonomi evitano o sostituiscono l'alternativa istituzionale, lasciando l'attuazione ai sistemi nazionali di contrattazione collettiva; ciò può aprire la strada verso un progresso nello sviluppo dell'autonomia collettiva portata alle sue estreme conseguenze. Più che restringersi a un esercizio di catalogazione e a criteri di gerarchia normativa, dovremo occuparci dei risultati pratici, della loro efficacia in concreto, e del raggiungimento o meno degli obiettivi espressi e negoziati in tali accordi.

Con riguardo ai diversi tipi di accordi europei, non vi è dubbio che non è comparabile l'efficacia di un accordo autonomo e di accordo rafforzato; ma questa distinzione può servire a sua volta per attivare i diversi bisogni regolativi con riguardo alle materie e agli obiettivi da raggiungere.

Anche se si attribuisce agli accordi autonomi un'efficacia limitata, obbligatoria ed incerta, la rilevanza delle misure di *soft law*, purché siano analizzate da un altro punto di vista diverso da quello degli accordi rafforzati, non è trascurabile. Allo stesso modo, non c'è bisogno di un'applicazione uniforme degli accordi in tutti gli Stati membri, ma che la stessa sia plasmata sui bisogni interni e che il contenuto degli accordi sia utile per la realtà pratica che necessita di essere regolata.

Dal momento in cui la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ha assunto carattere vincolante e riconosce i diritti sociali e collettivi di riunione e di associazione, in particolare negli ambiti politico e sindacale (art. 12); il diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nelle imprese (art. 27); il diritto di negoziazione e azione collettiva, ai livelli appropriati, e il diritto di sciopero (art. 28), la possibilità di sviluppo normativo del sistema comunitario di negoziazione collettiva non è più limitato, se questa fosse la direzione verso cui si intende procedere, oltre a salvare l'esclusione della competenza comunitaria nelle materie dell'art. 153.5 TFUE<sup>40</sup>, in modo

<sup>40</sup> Interessante interpretazione dell'esclusione, MIRANDA BOTO, *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, in *Anzadi*, 2009, p. 305. Cfr. LANDA ZAPIRAIN, *op. cit.*, pp. 97-99.



più coerente, gli artefici dello sviluppo del sistema articolato di contrattazione collettiva dovranno essere le parti sociali europee.

A questo si aggiunge l'argomento secondo cui la Corte di Giustizia ha risolto i problemi di rappresentatività delle parti sociali europee coniato l'espressione della "rappresentatività cumulativa sufficiente", per cui, rispetto al mandato per negoziare, le relazioni tra le organizzazioni europee e le loro affiliate sono risultate essere fluide, senza che abbiano causato finora conflitti<sup>41</sup>.

Occorre sottolineare due presupposti necessari per convertire la contrattazione collettiva in fonte normativa rilevante in ambito comunitario: da una parte, il riconoscimento che le istituzioni comunitarie decidono di concederle; dall'altra, l'intenzionalità e la competenza delle parti sociali, la frequenza nell'avvalersi della possibilità di trattativa che offre il processo di doppia consultazione, e l'impulso che decidono di dare alla conclusione di altri accordi al di fuori di quelli istituzionali. Entrambi i presupposti si influenzano: l'atteggiamento favorevole nei confronti dei vari strumenti del dialogo sociale e dei suoi risultati da parte della Commissione Europea, incentiverà le parti sociali a definire i tavoli di dialogo; allo stesso modo, l'atteggiamento risoluto e determinato di regolamentare e applicare quello che è stato elaborato, ingenererà fiducia nella Commissione e il conseguente riconoscimento dell'attività normativa delle parti sociali. La conclusione è la complementarità dei due soggetti, il pubblico e il collettivo, e anche l'alternanza dal momento che l'intervento delle parti sociali può sostituire quello delle istituzioni comunitarie.

Una condizione assolutamente necessaria per promuovere la contrattazione collettiva è quella di monitorare i risultati, verificare l'idoneità di questo strumento, migliorarne l'applicazione. In questo senso, la Commissione Europea ha proposto nella Strategia Europa 2020 di promuovere e monitorare l'effettiva attuazione dei risultati del dialogo sociale. Allo stesso modo le parti sociali interprofessionali nel loro programma di lavoro comune per il biennio 2009-2010 si erano prefissate l'obiettivo di sviluppare azioni di controllo, di analisi e di valutazione dell'attuazione degli accordi quadro e dei campi di applicazione del dialogo sociale europeo. Si dovrà anche sanzionare la mancata attuazione degli accordi nei termini prefissati.

<sup>41</sup> CES, *Analisi della traccia congiunta sulle sfide del mercato del lavoro - mandato per un accordo su un mercato del lavoro in favore del inserimento*. Comitato Esecutivo, Bruxelles 24-25/6/2008; *Mandato per la revisione del accordo sul congedo parentale*. Comitato Esecutivo, Bruxelles 24-25/6/2008.

In breve, la pratica ha dimostrato come da un riconoscimento a livello costituzionale della contrattazione collettiva, anche se solo come mezzo di regolazione, si stanno concludendo accordi che vengono applicati negli Stati membri. Se si aggiunge il rispetto per l'autonomia collettiva nell'art. 152 TFUE e il riconoscimento della libertà di associazione e il diritto alla contrattazione collettiva nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, le parti sociali hanno il diritto di regolare le relazioni industriali, diventando così la contrattazione collettiva fonte di produzione di norme giuridiche e abbandonando la sua funzione iniziale relegata nell'ambito della complementarità.

Gli articoli 152, 154 e 155 TFUE costituiscono uno spoglio quadro giuridico per la contrattazione collettiva, che però si è dimostrato sufficiente per la pratica corrente. È per questo che manca la volontà di disciplinare un sistema europeo di negoziazione collettiva: il vantaggio di un "limbo" giuridico. Fino a quando le parti sociali e la Commissione europea non riterranno opportuno regolarlo.

### **Abstract**

La contrattazione collettiva a livello UE rimane "il grande sconosciuto", nonostante che lo sviluppo iniziato nei primi anni Novanta abbia prodotto numerosi tipi di accordi. Ciò fa pensare che si tratti di un fenomeno difficile da inquadrare, che genera dubbi circa la sua efficacia e al quale non si vuole riconoscere il ruolo che potrebbe rivestire. I vantaggi della negoziazione collettiva come strumento di regolamentazione sono tuttavia evidenti, come è evidente che si tratti di una fonte del sistema normativo comunitario. Pur rilevando lacune relative al mancato riconoscimento della sua piena portata, la negoziazione collettiva produce frutti, non arresta il suo cammino, al massimo rallenta la corsa. Pertanto, nel saggio si sostengono le sue potenzialità e la capacità di assumere le molteplici funzioni alle quali è chiamata.

Collective bargaining at EU level remains "the great unknown", despite the fact that the development, started in the early Nineties, has produced numerous types of agreements. This suggests that it is a difficult phenomenon to identify, which leads to doubts about its effectiveness and to which it is not fully recognize the role it could play. The benefits of collective bargaining as a regulatory tool, however, are obvious, as well as it is evident that it is a source of the EU regulatory system. While noting gaps related to non-recognition of its full capacity, collective bargaining is productive, does not stop on its way, at best slows down the race. Therefore, the potential of the EU collective bargaining and its ability to take on many functions are dealt with in the article.

**Corte di Giustizia delle Comunità europee (Ottava Sezione) - 22 novembre 2012 - C- 385/11 - Pres. Toader -Est. Prechal - Avv. Gen. Sharpston - Isabel Elbal Moreno c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Tesoreria General de la Seguridad Social (TGSS)**

**Articolo 157 TFUE - Direttiva 79/7/CEE - Direttiva 97/81/CE - Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale - Direttiva 2006/54/CE - Pensione di vecchiaia contributiva - Parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile - Discriminazione indiretta fondata sul sesso.**

*È discriminatoria la normativa spagnola in tema di pensioni di vecchiaia contributiva dei prestatori di lavoro a tempo parziale; ciò in quanto tale disciplina esige dagli stessi, costituiti in grande maggioranza da donne, una durata di contribuzione proporzionalmente superiore rispetto ai lavoratori a tempo pieno, così determinando una disparità nel trattamento.*

★ ★ ★

**Paola Bozzao**

**Part-time, genere e accesso al *welfare*: una lettura del caso *Elbal Moreno* nell'ottica dell'ordinamento italiano**

**Sommario:** **1.** La questione e il quadro normativo di riferimento. **2.** Discriminazione indiretta di genere e previdenza: un passo in avanti della giurisprudenza europea. **3.** Part-time e accesso al *welfare* in Italia. **4.** (Segue). Part-time e accesso al *welfare*, tra impulsi giurisprudenziali e resistenze legislative.

1. *La questione e il quadro normativo di riferimento*

Con piglio deciso la Corte di Giustizia, evidentemente ritenendo pacifico il principio di diritto affermato<sup>1</sup>, entra a gamba tesa nel campo della sicurezza sociale e, attraverso la porta dei lavori flessibili, riconosce senza riserve il diritto delle donne a non essere discriminate nell'accesso al *welfare*. Il rafforzamento del principio di parità di trattamento nella materia previdenziale viene operato, con la pronuncia in esame, attraverso la chiarificazione della portata del divieto di discriminazioni indirette tra uomini e donne sancito dalla dir. 79/7/CEE del 19 dicembre 1978<sup>2</sup>, che si verifica – secondo il suo costante orientamento<sup>3</sup> – quando l'applicazione di un provvedimento nazionale, pur formulato in modo neutro, di fatto sfavorisce un numero molto più alto di donne che di uomini<sup>4</sup> (c.d. *disparate impact*). Il profilo discriminatorio della normativa previdenziale nazionale, e pensionistica in particolare, si combina alle problematiche connesse alla tutela dei lavoratori non standard<sup>5</sup>, nella specie assunti con contratto di lavoro a tempo parziale; un *mix*,

<sup>1</sup> Difatti, la Corte ha giudicato senza le conclusioni dell'avvocato generale; procedura questa che, in base all'art. 20, par. 5, dello Statuto della Corte di Giustizia, il giudice europeo può utilizzare "ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto".

<sup>2</sup> Relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale.

<sup>3</sup> V., tra le più recenti, C. Giust. 20 ottobre 2011, causa C-123/10, *Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt*, non ancora pubblicata in Raccolta, punto 56; C. Giust. 16 luglio 2009, causa C-537/07, *Gómez-Limón Sánchez-Camacho c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) e Alcampo SA*, in *Racc.*, 2009, p. I-6525, punto 54. Il ruolo fondamentale svolto dalla Corte di giustizia nell'enucleazione della nozione di discriminazione indiretta è sottolineato da GUAGLIANONE, *Le discriminazioni basate sul genere*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007, p. 267 ss. e, più di recente, da QUESADA, *The principle of gender equality and non-discrimination in the European legal system and jurisprudence*, in QUESADA, BORTONE, PERÀN (a cura di), *Gender equality in the European Union. Comparative study of Spain and Italy*, Aranzadi, 2012, p. 27 ss. Sulla rilevanza della nozione di discriminazione in campo previdenziale v. BONARDI, *Sistemi di welfare e principio di eguaglianza*, Giappichelli, 2012, spec. cap. I, e RENGA, *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *LD*, 2012, p. 122, la quale evidenzia il carattere obsoleto dello stesso concetto di discriminazione indiretta posto dalla direttiva 79/7/CEE, rispetto a quello contenuto nelle direttive 2006/54/Ce e 2004/113/Ce.

<sup>4</sup> A meno che non sia giustificato da fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione basata sul sesso: cfr., *infra*, par. 2.

<sup>5</sup> La delicata funzione svolta dai principi di non discriminazione nella disciplina del lavoro non standard è evidenziata da BORELLI, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, 2007, spec. p. 167 ss.

questo, che rischia di rivelarsi esplosivo, soprattutto alla luce del ricco contenzioso giurisprudenziale, nazionale ed europeo, che sta interessando proprio la disciplina previdenziale riconosciuta, nel nostro Paese, al lavoratore a tempo parziale.

La necessità di adattare i sistemi di protezione sociale ai nuovi tipi di lavoro, seppure da lungo tempo avvertita a livello europeo<sup>6</sup>, sconta del resto i noti limiti di intervento sovranazionale nell'area della sicurezza sociale, area in cui i sistemi nazionali mantengono la competenza regolativa esclusiva, residuando le politiche europee nell'uso di strumenti di *soft law*. Se si considera poi la prevalenza della componente femminile negli impieghi c.d. flessibili, specie a tempo parziale<sup>7</sup>, alla prima esigenza si aggiunge la del pari stringente necessità – ribadita con enfasi anche in recentissimi documenti europei – di rafforzare la normativa in materia di parità di genere proprio nei settori, quale quello della sicurezza sociale, in cui essa si presenta maggiormente lacunosa<sup>8</sup>. Un'esigenza, questa, rafforzata dalla crisi economica in atto<sup>9</sup>: col risultato di contributi pensionistici incompleti, difficoltà di accesso ai trattamenti previdenziali e una maggiore percentuale di donne a rischio di esclusione sociale.

In tale contesto si comprende la portata innovativa della pronuncia qui analizzata, con cui la Corte rimuove gli ostacoli posti dalla normativa spagnola al godimento dei diritti previdenziali da parte delle lavoratrici occupate a tempo parziale. La questione sottoposta al suo giudizio riguarda, infatti, l'accesso al trattamento pensionistico da parte di una lavoratrice part-time, occupata per 18 anni in ragione di 4 ore settimanali (corrispondenti al 10%

<sup>6</sup>V. già, in tal senso, la Dichiarazione sull'occupazione del Consiglio europeo di Dublino, 1996.

<sup>7</sup> Sovente utilizzato dalle donne, in funzione conciliativa tra tempi di lavoro e di cura: v. SANTUCCI, *Part time e conciliazione fra tempo di lavoro e di vita*, in ZOPPOLI, DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele. Il lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, 2008, p. 163 ss. Dati Eurostat di settembre 2011 evidenziano come, nel 2010, poco meno di un terzo (31,9 %) delle donne occupate nell'UE-27 lavorasse a tempo parziale, una quota molto superiore a quella registrata per gli uomini (8,7 %).

<sup>8</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione europea. L'esigenza di colmare le disparità tra i sessi nel campo delle pensioni, derivanti da differenze in termini di occupazione, di retribuzione, di contributi nonché di interruzione della carriera o del lavoro a tempo parziale è ben sottolineata dalla Commissione Europea nel Libro Bianco su *Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, 16 febbraio 2012, spec. 3.1.4.

<sup>9</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'impatto della crisi economica sull'uguaglianza di genere e i diritti della donna.

dell'orario di lavoro legale vigente in Spagna); la pensione le è stata negata in quanto non risultava soddisfatto il requisito minimo di contribuzione di 15 anni, richiesto ai fini dell'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia. Per maturare tale requisito, la normativa spagnola tiene conto, in via esclusiva, delle ore effettivamente lavorate<sup>10</sup> e non dei periodi di contribuzione, con previsione, invero, di un meccanismo correttivo, finalizzato a facilitare l'accesso alla pensione da parte dei lavoratori a tempo parziale<sup>11</sup>; e tuttavia, anche a seguito dell'applicazione di tale fattore, i contributi versati dalla lavoratrice – a fronte di un ben più ampio periodo lavorato – sono risultati equivalenti ad un'anzianità contributiva, nel complesso, inferiore ai tre anni<sup>12</sup>. Ad avviso del giudice rimettente, tale normativa esigerebbe un periodo contributivo più elevato per i lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli occupati a tempo pieno, così implicando una doppia applicazione – ancorché con correttivi – del principio del *pro rata temporis*: ciò in quanto per i primi lavoratori è richiesto un periodo contributivo proporzionalmente maggiore perché accedano, a loro volta, a una pensione di vecchiaia di importo parimenti ridotto in proporzione alla minore durata dell'orario di lavoro. Da ciò discenderebbe una discriminazione indiretta fondata sul sesso, essendo statisticamente incontestabile che le donne sono le principali utilizzatrici di tale tipologia contrattuale.

Il Juzgado de lo Social de Barcelona pone dunque al vaglio della Corte di giustizia una serie di questioni pregiudiziali, concernenti il corretto inquadramento della normativa pensionistica spagnola nella sfera di applicazione della clausola 4 della direttiva 97/81/CE del 15 dicembre 1997<sup>13</sup>, ovvero degli art. 157 Tratt. FUE e 4 della direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006<sup>14</sup> o, ancora, del divieto di discriminazione diretta o indiretta basata sul sesso, di cui all'art. 4 della direttiva 79/7/CEE. La Corte risolve linearmente la que-

<sup>10</sup> La cui equivalenza è poi calcolata in giorni "teorici" di contribuzione, ognuno equivalente a cinque ore quotidiane di lavoro effettivo.

<sup>11</sup> Si prevede, cioè, un coefficiente moltiplicatore pari a 1,5, che viene applicato ai richiamati giorni teorici di contribuzione.

<sup>12</sup> Secondo quanto precisato dal giudice rimettente, la ricorrente avrebbe dovuto lavorare 100 anni per poter maturare il requisito minimo di 15 anni richiesto per l'accesso alla pensione di vecchiaia.

<sup>13</sup> Relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.

<sup>14</sup> Riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

stione e, escluse le prime due prospettazioni<sup>15</sup>, inquadra correttamente il trattamento pensionistico *de quo* nella direttiva da ultimo richiamata, attesa la sua riconducibilità in un regime legale di previdenza sociale<sup>16</sup>. Richiamati, ai fini di tale valutazione, i tre criteri “classici” costantemente utilizzati dalla giurisprudenza<sup>17</sup>, la Corte pone a fondamento di tale conclusione la constatazione che la pensione in esame, pur se di tipo contributivo<sup>18</sup> – e dunque direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e con un importo calcolato in base all’ultima retribuzione<sup>19</sup> – non interessa solamente una categoria particolare di lavoratori ma costituisce, piuttosto, la pensione più generale tra quelle disciplinate dal diritto spagnolo (punto 22).

<sup>15</sup> Tenuto conto della giurisprudenza relativa all’articolo 157 Tratt. FUE, rientrano nella nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro, le pensioni che dipendono da un rapporto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro, ad esclusione delle pensioni legali di previdenza sociale, meno dipendenti da un rapporto siffatto che da considerazioni di ordine sociale. Un trattamento pensionistico rientra dunque nel campo di applicazione degli accordi quadro se soddisfa le tre condizioni seguenti: la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati ed il suo importo è calcolato in base all’ultima retribuzione.

<sup>16</sup> Secondo costante orientamento della Corte le pensioni legali di previdenza sociale restano escluse sia dalla nozione di “retribuzione” ai sensi dell’art. 157, par. 2, Tratt. FUE, sia dalla nozione di “condizione di impiego” ai sensi della clausola 4 della direttiva 97/81: nel primo senso cfr. *ex plurimis*, C. Giust. 3 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Becker c. Land Hessen*, punti 56-64, in *DPCE*, 2004, 411, con nota di CIAMMARICONI, e C. Giust. 10 giugno 2010, cause riunite C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini c. INPS*, punto 41, in questa rivista, 2010, 486, con nota di SANTUCCI; nel secondo senso, C. Giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*, *Racc.*, 2008, p. I-2483, punto 132; C. Giust. 10 giugno 2010, *Bruno e Pettini*, *cit.*, punto 42.

<sup>17</sup> *V. supra*, nota 15; per una lettura critica dell’uso, talora tratatizio, di tali criteri ai fini dell’identificazione dell’ambito di applicazione della prestazione pensionistica, v. BOZZAO, *La Corte di Giustizia coglie nel segno sbagliando la mira: paradossi della previdenza nel pubblico impiego*, in questa rivista, 2009, p. 147.

<sup>18</sup> L’importo della prestazione è, infatti, determinato in base ai contributi, funzionali alle retribuzioni, e in base al numero di anni di contribuzione.

<sup>19</sup> Nel caso di specie, la base di calcolo del trattamento corrisponde al risultato della divisione per 210 delle retribuzioni soggette a contributi durante i 180 mesi precedenti la pensione; i 24 mesi immediatamente precedenti la pensione sono considerati con il loro valore effettivo, mentre gli altri importi sono rivalutati secondo l’indice dei prezzi al consumo.

2. *Discriminazione indiretta di genere e previdenza: un passo in avanti della giurisprudenza europea*

Così inquadrata la sfera di applicazione entro cui ricondurre la normativa spagnola, la Corte ne rinviene agevolmente il contrasto con il divieto di discriminazione indiretta basata sul sesso, enunciato nell'art. 4 della dir. 79/7/CEE, risultando l'accesso alla pensione più sfavorevole per i lavoratori a tempo parziale, costituiti – come risulta statisticamente provato – nella stragrande maggioranza (quantomeno l'80%) da donne. La Corte si allinea, in tal modo, al consolidato orientamento giurisprudenziale – per lo più enunciato nel diverso campo di applicazione dell'art. 141 Tratt. CE (oggi, 157 TRATT. FUE)<sup>20</sup> – che, ai fini dell'identificazione degli effetti “più sfavorevoli” prodotti nei confronti delle donne, ha operato attraverso la valorizzazione del rilievo del dato statistico. Ciò secondo un complesso esercizio di valutazione che il giudice europeo, nell'esercizio della sua competenza interpretativa, è chiamato a svolgere di volta in volta, in assenza di un “limite obbligatorio” o di specifiche percentuali di differenza, a partire dalle quali si deve concludere per l'esistenza di una disparità di trattamento illegittima nei confronti delle donne<sup>21</sup>.

Una disparità, quest'ultima, che la Corte non ritiene giustificata in ragione del perseguimento, da parte del legislatore nazionale, di una finalità legittima di politica sociale<sup>22</sup>, individuata invece dal governo spagnolo nella necessità – sottesa al compimento di un determinato periodo contributivo ai fini dell'accesso al trattamento pensionistico – di garantire l'equilibrio fi-

<sup>20</sup> Si veda, in particolare, C. Giust. 17 giugno 1998, causa C-243/95, *Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners e Department of Finance*, Racc., 1998, I-3739; C. Giust. 6 dicembre 2007, causa C-300/06, *Vöß c. Land Berlin*, Racc., 2007, I-10573; C. Giust. 31 marzo 2011, *Schröder c. Finanzamt Hameln*, Racc. 2011, I-2497; Sent. *Schönheit e Becker*, cit. L'unico precedente, a quanto consta, dedicato alla materia della sicurezza sociale è rinvenibile in C. Giust. 20 ottobre 2011, causa C-123/10, *Brachner c. Pensionsversicherungsanstalt*, non ancora pubblicata, su cui v. alcuni spunti in AIMO, IZZI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. prat. lav. (inserto)*, n. 29/2012, X.

<sup>21</sup> La Corte è giunta a considerare sufficienti anche dati statistici che rivelavano uno scarto meno significativo, ma persistente, tra lavoratori e lavoratrici: cfr. C. Giust. 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Seymour-Smith e Perez*, Racc. 1999, p. I-623, in *LG*, 1999, 928, con nota di MATTACE RASO.

<sup>22</sup> Come noto, infatti, una volta accertato il carattere discriminatorio della disposizione, è necessario valutare se essa sia giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.



nanziario del sistema previdenziale di tipo contributivo. Sulla scia di un – invero recente<sup>23</sup> – atteggiamento di maggior rigore nella valutazione delle motivazioni, anche di esclusiva indole economica, adottate dagli Stati membri per giustificare siffatte normative nazionali<sup>24</sup>, la Corte non accoglie la difesa prospettata dal governo spagnolo, ritenendo che l'esclusione dei lavoratori a tempo parziale dalla possibilità di ottenere una pensione di vecchiaia non costituisca una misura necessaria per salvaguardare la sostenibilità del regime pensionistico di tipo contributivo; essendo peraltro pacifico che, qualora ricevessero il trattamento, questo risulterebbe proporzionalmente ridotto in funzione del tempo di lavoro effettivamente prestato e dei contributi versati<sup>25</sup>. Ne discende che nell'opera di bilanciamento tra diritti ed altri fattori, potenzialmente legittimanti la misura discriminatoria, la Corte opta per il rafforzamento dei primi rispetto ai secondi: la garanzia del diritto alla maturazione del trattamento pensionistico, nel suo momento genetico, è valore in sé da salvaguardare, che non può soccombere di fronte ad esigenze di equilibrio di bilancio degli enti previdenziali, non risultando a tal fine idoneo, né tanto meno necessario.

### 3. *Part-time e accesso al welfare in Italia*

A questo punto, se si guarda alla prevalente composizione femminile del lavoro a tempo parziale nel nostro Paese<sup>26</sup>, si comprende l'impatto dei

<sup>23</sup> L'atteggiamento di notevole indulgenza a lungo seguito dalla Corte nella valutazione delle giustificazioni adottate dagli Stati membri a sostegno della legittimità dei loro provvedimenti, soprattutto in presenza di regimi pensionistici contributivi, è sottolineato da BONARDI, *op. cit.*, 52 ss., e già da RENGA, *op. cit.*, p. 122.

<sup>24</sup> Per un significativo precedente, v. la sent. *Brachner*, cit. spec. punti 69 e ss.; relativamente alla parità di trattamento retributivo tra uomini e donne (in una fattispecie riguardante il regime pensionistico dei pubblici funzionari tedeschi), v. già la sent. *Schönheit e Becker*, cit., punti 84 ss.

<sup>25</sup> La Corte ha, del resto, già dichiarato che il diritto dell'Unione non osta al calcolo di una pensione effettuato secondo la regola del *pro rata temporis* in caso di lavoro ad orario ridotto; la considerazione della quantità di lavoro effettivamente svolta da un lavoratore a tempo parziale durante la sua carriera, paragonata a quella di un lavoratore che abbia svolto durante tutta la sua carriera la propria attività a tempo pieno, costituisce infatti un criterio obiettivo che consente una riduzione proporzionata delle sue spettanze pensionistiche (v., in tal senso, le citate sent. *Schönheit e Becker*, punti 90 e 91, nonché *Gómez-Limón Sánchez-Camacho*, punto 59).

<sup>26</sup> Si vedano a tal fine, tra gli altri, i dati contenuti nel Terzo Rapporto sulla Coesione sociale, anno 2012, 12 secondo cui nelle tre forme di part-time – orizzontale, verticale e misto –

principi enunciati dalla Corte anche nel nostro ordinamento. E del resto, tra le tipologie lavorative c.d. non standard, particolarmente problematico si è rivelato proprio l'assetto previdenziale predisposto a tutela dei lavoratori a tempo parziale. A fronte di un impianto normativo contenuto nell'art. 9, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 e rimasto, da allora, immutato<sup>27</sup>, si è registrato, negli ultimi anni, un elevato contenzioso giurisprudenziale, sia nazionale sia di matrice europea, che ha interessato anche la problematica connessa alla maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche; profilo, questo, al quale ben possono confarsi le conclusioni cui è pervenuto il giudice europeo nella pronuncia in esame.

L'impatto possibile di quei principi va letto, oggi, nel quadro generale del sistema pensionistico italiano, così come innovato dalla recente manovra di fine 2011<sup>28</sup>. Essa, come è noto, ha portato a compimento il processo riformatore avviato dalla l. n. 335/1995, accelerando l'entrata a regime di un sistema di calcolo, quello contributivo, troppo timidamente all'epoca introdotto<sup>29</sup>; ed ha operato, nel contempo, la rimodulazione in senso restrittivo delle condizioni di accesso richieste per la maturazione del diritto ai

la componente femminile nel 2012 rappresenta rispettivamente il 73,4%, il 69,6% e il 76,2%; v. anche il Rapporto Istat *Noi Italia 2012*, spec. 98 ss.; e il Research Paper Isfol su *La variante italiana della flessibilità*, ottobre 2012, 6 ss. Peraltro non va dimenticato che l'accesso al lavoro a tempo parziale è spesso involontario; sul rilievo della volontarietà nel ricorso a tale tipologia contrattuale, sia nella fase genetica che nella "gestione interna" del rapporto, v. DELFINO, *La volontarietà nel part time come essenza della flexicurity*, in ZOPPOLI, DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele*, cit., spec. p. 35 ss. Per una più ampia analisi della complessità sottesa al trinomio donne-lavoro-previdenza, v. BOZZAO, *Le questioni di genere nella protezione sociale del lavoro discontinuo*, in LD, 2010, p. 399 ss.; BALANDI, *La pensione delle donne*, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fronte alla crisi economica*, 2009, p. 179; OLIVELLI P., *Donne e previdenza*, in RDSS, 2008, p. 367.

<sup>27</sup> Tale articolo ha sostanzialmente confermato quanto previsto dalle precedenti disposizioni esistenti in materia (art. 5 del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, conv. con mod. in l. 19 dicembre 1984, n. 863), novando la fonte ed operando un mero coordinamento della normativa previgente. Per un'analisi di tale disciplina v. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, 2005, 50 ss.

<sup>28</sup> D.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con mod. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, su cui v. PANDOLFO, *Le pensioni post-riforma*, Roma, 2012; SANDULLI, *Il sistema pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in RDSS, 2012, I ss.; CINELLI, *La riforma delle pensioni del «Governo tecnico». Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in RIDL, 2012, 385 ss.

<sup>29</sup> Realizzato attraverso la generalizzazione di tale meccanismo per le anzianità contributive acquisite da tutti i lavoratori, successivamente al 1 gennaio 2012: art. 24, comma 2, d.l. n. 201/2011.

trattamenti pensionistici (di vecchiaia ed anticipata), con un inasprimento di regole che si rivela penalizzante per i lavoratori flessibili, soprattutto se di giovane età<sup>30</sup>. Così, accanto alla generalizzata elevazione ed armonizzazione “per genere” dell’età anagrafica di accesso alla pensione di vecchiaia<sup>31</sup>, per essi sono stati ridefiniti i requisiti di accesso alla pensione di vecchiaia contributiva<sup>32</sup>, in primo luogo elevando l’anzianità contributiva minima da cinque a venti anni. Un requisito, quest’ultimo, oggi parificato a quello già in vigore per i lavoratori del sistema di calcolo misto, che potrà essere raggiunto con maggiore difficoltà da parte di tutti i lavoratori flessibili, proprio in ragione della discontinuità lavorativa che caratterizza il loro percorso occupazionale. Inoltre, è stato inasprito il requisito economico di accesso alla pensione, introdotto dalla legge del 1995, richiedendosi ora che l’importo del trattamento risulti almeno pari ad un (oggi più elevato) importo minimo di pensione (pari ad almeno 1,5 volte l’importo dell’assegno sociale). Anche tale condizione di accesso si prospetta difficilmente raggiungibile da parte dei lavoratori privi di un’occupazione regolare e continuativa, se si considera che il sistema di calcolo contributivo è tutto imperniato sulla costruzione del montante contributivo individuale, riflesso della storia lavorativa del singolo<sup>33</sup>. A ciò si aggiunga che la previsione di una soglia economica minima

<sup>30</sup> Si tratta, cioè, dei lavoratori rientranti nel sistema di calcolo contributivo puro, il cui primo accredito contributivo decorre dal 1 gennaio 1996.

<sup>31</sup> Innovazione che, invero, ha interessato tutti i lavoratori, con introduzione di coefficienti di trasformazione fino all’età dei 70 anni (in luogo dei precedenti 65 anni) ed adeguamento automatico delle età pensionabili alla crescita della speranza di vita. Il prolungamento dell’età pensionabile costituisce, del resto, il principale strumento per favorire l’accumulo della contribuzione e, conseguentemente, per conseguire trattamenti pensionistici più adeguati, come da diversi anni chiede l’Unione europea: v., da ultimo, il Libro Bianco su *Un’agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, cit.; e già il Libro Verde dal titolo *Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri in Europa*, 7 luglio 2010.

<sup>32</sup> Si tralasciano, in questa sede, le innovazioni apportate alla pensione anticipata, prestazione che poco impatta sui lavoratori flessibili, così come sul genere femminile, in ragione del consistente requisito contributivo (ulteriormente inasprito dalla riforma del 2011) richiesto per accedervi.

<sup>33</sup> Si tratta, come è evidente, di una forte penalizzazione, soprattutto se si considera che nel sistema di calcolo contributivo è venuta meno la garanzia dell’integrazione al trattamento minimo di pensione, istituto caratterizzante il sistema di calcolo retributivo (oggi, misto), che si esplica – attraverso l’intervento solidaristico generale realizzato a carico della collettività – nella garanzia di un trattamento pensionistico minimo del tipo *means tested*, riconosciuto a coloro che, pur se provvisti di un’anzianità contributiva appena sufficiente, non maturano un importo di prestazione pensionistica adeguato alle esigenze di vita.

di pensione (pari, per il 2013, a 663 €), quale condizione di accesso al *welfare*, rischia di produrre effetti discriminatori indiretti di genere, nella misura in cui le donne sono destinatarie di importi pensionistici di gran lunga inferiori a quelli degli uomini<sup>34</sup>.

4. (*Segue*). *Part-time e accesso al welfare, tra impulsi giurisprudenziali e resistenze legislative*

Le difficoltà nell'accesso alle misure di *welfare* risultano, per il lavoratore flessibile, ulteriormente aggravate in ragione della operatività del «primo principio informatore della tutela sociale del lavoro non standard»<sup>35</sup> rinvenibile nel c.d. riproporzionamento del trattamento previdenziale alla quantità del lavoro svolto. In base a tale principio, introdotto con portata applicativa generalizzata dall'art. 7 del d.l. 12 settembre 1983, n. 463, conv. in l. 11 novembre 1983, n. 638, il numero dei contributi settimanali accreditabile nel corso dell'anno solare (ai fini dell'accesso alle prestazioni previdenziali per le quali è richiesto un requisiti contributivo minimo) è pari a quello delle settimane in cui il lavoratore ha prestato la sua attività, a condizione che per ogni settimana sia stata erogata una retribuzione non inferiore al 40% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del Fondo pensione lavoratori dipendenti. La norma stabilisce, in sostanza, una soglia fissa di accesso alle prestazioni previdenziali, valevole per tutti i lavoratori; di modo che, per coloro che non soddisfano tale requisito reddituale, il numero dei contributi settimanali accreditato risulterà proporzionalmente ridotto, con conseguente allungamento del periodo di tempo necessario per il soddisfacimento delle

<sup>34</sup> Se si osservano in un ottica di genere i dati relativi alle pensioni in pagamento al 31.12.2011, emergono profonde differenziazioni tra i sessi, che rimandano alle note disparità presenti nel mercato del lavoro anche in termini di differenziali retributivi, nonché alla già richiamata necessità, ancora prevalentemente femminile, di conciliare lavoro extradomestico e lavoro di cura e familiare. In particolare, il valore medio mensile della pensione di vecchiaia Inps per le donne risulta pari a 563 €, contro 887 € di una pensione maschile (si consideri, inoltre, che gli importi delle pensioni erogate alle donne si situano per quasi il 60% al di sotto dei 500 euro, mentre per oltre il 90% non vanno oltre i 1.000 euro); dati un po' più confortanti si riscontrano per le nuove pensioni liquidate nel corso del 2011, i cui importi risultano, per l'area del lavoro subordinato, rispettivamente di 685 e 895 €: cfr. il Rapporto annuale Inps 2011, p. 174 ss.

<sup>35</sup> RENGA, *Proporzionalità, adeguatezza ed eguaglianza nella tutela sociale dei lavoratori*, in *LD*, 2005, p. 57.

condizioni assicurative e contributive minime. Un meccanismo questo che, nel considerare, ai fini della determinazione del periodo contributivo richiesto per l'accesso al trattamento pensionistico, il soddisfacimento di un valore retributivo minimo settimanale, rischia di penalizzare i lavoratori a tempo parziale (specie – ma come vedremo, non solo – su base orizzontale) che, a parità di giorni lavorati ma in ragione del minor numero di ore lavorate, potrebbero non riuscire a soddisfare tale condizione. A questi ultimi si richiede, in tal modo, un periodo contributivo più elevato rispetto a quello richiesto ai lavoratori occupati a tempo pieno; così realizzandosi una situazione non dissimile da quella oggetto nella pronuncia qui in esame.

Il profilo problematico ora evidenziato non è sfuggito all'attenzione dei giudici nazionali ed europei, intervenuti a valutare i possibili effetti discriminatori prodotti da tale disposizione, rispetto ai lavoratori a tempo pieno, a danno non solo dei lavoratori a tempo parziale su base orizzontale, se destinatari di retribuzioni settimanali di importo modesto; ma anche di quelli occupati su base verticale annua, relativamente alla non computabilità dei periodi non lavorati, connaturati a tale tipologia contrattuale, ai fini dell'acquisizione dell'anzianità contributiva richiesta per l'accesso al trattamento pensionistico.

Sotto il primo aspetto, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della norma in questione, proprio nella parte in cui prevede, ai fini dell'accesso al trattamento previdenziale, un'unica soglia minima retributiva, uguale per i lavoratori a tempo pieno e quelli a tempo parziale; secondo il giudice rimettente<sup>36</sup> tale previsione comporterebbe un ingiustificato elemento di discriminazione – per uguale trattamento di situazioni disuguali – a danno dei secondi, per i quali, dato il minor numero di ore lavorate, si presenterebbe irrazionalmente maggiore la possibilità di non raggiungere tale soglia minima. Da qui la richiesta di un intervento di tipo additivo, con introduzione di un meccanismo di riparametrazione su base oraria della retribuzione minima utile per l'accredito del contributo settimanale<sup>37</sup>. Con sent. 23 febbraio 2012, n. 36<sup>38</sup>, il giudice costituzionale ha, però, dichiarato la que-

<sup>36</sup> Corte di Cassazione, sez. lavoro, ordinanza del 20 ottobre 2010, pubblicata in G.U. n. 6/2011, prima Serie Speciale.

<sup>37</sup> Idoneo a ricondurre tale soglia minima “al valore dell'ora lavorativa del lavoratore a tempo pieno e quindi rapportata al numero di ore settimanali del lavoratore a tempo parziale”, secondo un criterio analogo a quello del calcolo del minimale imponibile di cui all'art. 1, comma 4, d.l. n. 338/1989, conv. in l. n. 389/1989.

<sup>38</sup> In *MGL* 2012, 810, con nota di FABOZZI.

stione inammissibile, ritenendo la soluzione postulata dal giudice rimettente non costituzionalmente imposta, potendosi rinvenire una pluralità di soluzioni astrattamente ipotizzabili, “peraltro in un settore caratterizzato da ampia discrezionalità del legislatore nel bilanciamento dei diversi interessi contrapposti”. La Corte non perde di vista la necessità di mantenere l’equilibrio generale del sistema delle gestioni previdenziali, nel rispetto del limite delle risorse disponibili; e, pur riconoscendo l’effetto penalizzante della norma *de qua* per i lavoratori a tempo parziale, potendo “in effetti...rendere per questi ultimi più difficile il conseguimento di detta soglia minima, avuto riguardo al più ridotto livello di reddito, conseguente al minore orario praticato”, adotta un atteggiamento di particolare cautela, confermando nell’operato del legislatore la sede idonea per individuare una disciplina caratterizzata da maggiore equità. Un intervento legislativo reso, oggi, ancora più urgente, in ragione dell’elevata componente femminile occupata anche nel nostro Paese attraverso tale tipologia contrattuale e, quindi, dei possibili effetti discriminatori ben rinvenibili, anche sotto questo profilo, nella previsione in esame.

La medesima norma è stata, poi, oggetto di giudizio da parte dei giudici europei, con specifico riferimento agli effetti da essa prodotti sul trattamento pensionistico dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale ciclico. Una tipologia contrattuale, quest’ultima, che – al pari del contratto del lavoratore somministrato assunto a tempo indeterminato e del contratto di lavoro intermittente – risulta caratterizzata da una connaturata alternanza tra lavoro e non lavoro, con periodi di discontinuità lavorativa interni al rapporto di lavoro; alternanza alla quale corrispondono, però, forme di tutela profondamente differenziate. Ed invero, se nel lavoro somministrato e intermittente il “buco lavorativo” risulta fittizio, essendo la situazione di inattività di fatto giuridicamente riconosciuta e tutelata come vero e proprio “lavoro” attraverso l’erogazione dell’indennità di disponibilità (con riconoscimento di una – seppure ridotta – copertura previdenziale), nel rapporto a tempo parziale di tipo verticale, viceversa, tale “vuoto” risulta effettivo e privo di qualsiasi tutela, anche previdenziale, ivi compresa l’indennità di disoccupazione. Ed infatti, il mancato riconoscimento di tale trattamento (e oggi, deve ritenersi, dell’Aspi e della miniAspi) nei periodi contrattuali di inattività, enunciato dalla Corte di Cassazione con la pronuncia a Sezioni Unite n. 1732 del 2003<sup>39</sup>, è stato con-

<sup>39</sup> La sentenza può leggersi in *RGL*, 2003, II, 435, con nota critica di ANDREONI; in *LG*, 2003, 405, con nota critica di RIVERSO; in *MGL*, 2003, 271, con nota di NICCOLAI.

fermato – seppure attraverso un diverso percorso argomentativo<sup>40</sup> – da parte del giudice delle leggi (sentenza 24 marzo 2006, n. 121)<sup>41</sup> e, nelle more di tale decisione, anche dal legislatore ordinario<sup>42</sup>.

La carenza di forme di copertura dei periodi di mancata prestazione dell'attività lavorativa nei rapporti di lavoro a tempo parziale verticale su base annua assume, sotto il profilo della garanzia previdenziale, molteplici valenze negative. Innanzitutto, il mancato riconoscimento di un sostegno economico per tali periodi di inattività può essere “sanato”, sotto il profilo previdenziale, solo attraverso l'accollo, in capo al singolo “lavoratore inattivo”, degli oneri economici necessari ad assicurare la continuità della copertura contributiva, potendovi questi provvedere esclusivamente attraverso l'oneroso ricorso agli istituti del riscatto e della prosecuzione volontaria. Il che conduce ad una scarsa appetibilità del lavoratore verso il ricorso alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale ciclico, anche a tempo indeterminato, ben potendo risultare più vantaggioso il ricorso al lavoro a termine, alla cui cessazione scatta, ricorrendone i requisiti, il diritto al trattamento di disoccupazione. In secondo luogo, il meccanismo di riproporzionamento penalizza tali lavoratori, giacché esclude i periodi non lavorati (e, dunque,

<sup>40</sup> Nel ragionamento sotteso al suo giudizio di infondatezza, la Corte costituzionale si è, correttamente, discostata dalle motivazioni adottate dalle Sezioni Unite della Cassazione, sostanzialmente fondate sulla valorizzazione della “scelta volontaristica” di tale modello contrattuale da parte del lavoratore, ed ha ritenuto la non indennizzabilità di tali periodi conforme ai principi costituzionali, dal momento che nel tempo parziale verticale il rapporto di lavoro perdura anche nei periodi di sosta, assicurando al lavoratore una stabilità ed una sicurezza retributiva che impedirebbero di considerare costituzionalmente obbligata una tutela previdenziale (integrativa della retribuzione) nei periodi di pausa della prestazione. Si tenga al riguardo presente che, secondo l'interpretazione amministrativa (Interpello Min. Lav. 3 ottobre 2008, n. 48 e Mess. Inps 6 novembre 2008, n. 24865), regole diverse valgono per il lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata (in cui non è prevista la corresponsione dell'indennità di disponibilità), tipologia contrattuale ben accostabile, sul piano funzionale dello svolgimento del rapporto, al *part time* verticale. In tale rapporto lavorativo è riconosciuto infatti, limitatamente ai periodi di non lavoro, lo stato di disoccupazione indennizzabile con la relativa indennità (sempre che ricorrano le relative condizioni di natura contributiva ed assicurativa), in quanto si tratta di rapporto di lavoro privo di qualsiasi garanzia in ordine sia all'effettiva prestazione lavorativa (i cui tempi e durata non risultano predeterminati), sia alla retribuzione futura.

<sup>41</sup> La sentenza può leggersi in *FI*, 2006, I, 2637, con nota di GENTILE; in *ADL*, 2006, p. 813, con nota di PESSI A. Per alcune considerazioni critiche sul ragionamento e sulle conclusioni cui perviene la Corte, v. BOZZAO, *Le misure di sostegno al reddito per il lavoro discontinuo*, in *LD*, 2007, 54 ss.

<sup>42</sup> Art. 13, comma 9, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con mod. in l. 14 maggio 2005, n. 80.

non retribuiti) dal calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione, costringendoli ad un allungamento del periodo di tempo necessario per conseguire il requisito contributivo minimo<sup>43</sup>. È questa la conclusione cui sono pervenuti i giudici europei<sup>44</sup>, che – intervenuti in una controversia relativa all'accesso alla pensione di vecchiaia da parte del personale di volo di cabina della compagnia aerea Alitalia<sup>45</sup>, occupato a tempo parziale di tipo verticale ciclico – hanno ritenuto tale normativa in contrasto con il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale, imposto dalla Direttiva n. 97/81/CE. Ed infatti, secondo la Corte l'anzianità contributiva necessaria per l'individuazione della data di acquisizione del diritto alla pensione deve essere calcolata, per chi è a tempo parziale, come se questi avesse lavorato a tempo pieno, prendendo integralmente in considerazione anche i periodi non lavorati (punto 66). La Corte, invero, non individua il campo di applicazione entro cui ricondurre il regime pensionistico in esame<sup>46</sup> e, probabilmente in ragione del “carattere sibillino delle ordinanze di rinvio”<sup>47</sup>, rimette al giudice nazionale tale accertamento, in base alla sussistenza dei tre criteri richiamati anche nella pronuncia in esame<sup>48</sup>: restando poi doverosamente rimessa ai giudici *a quibus* ogni valutazione finale circa l'esistenza di un trattamento sfavorevole a danno dei lavoratori part-time e la sussistenza o meno di cause giustificatrici del medesimo. È evidente, peraltro, che qualora il giudice remittente dovesse ricondurre il trattamento in esame in un regime legale di previdenza sociale, sarà comunque tenuto ad esaminare se l'Italia abbia esercitato la sua compe-

<sup>43</sup> Ciò in quanto ai fini della maturazione del diritto al trattamento previdenziale si considerano solo le settimane “utili”, ovvero quelle in cui c'è stato almeno un giorno lavorato.

<sup>44</sup> Sent. *Bruno e Pettini*, cit.. Più in generale, sull'influenza della giurisprudenza europea nella disciplina nazionale del lavoro flessibile, v. AIMO, *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, 2012, 147.

<sup>45</sup> Iscritti, dunque, al Fondo volo, regime sostitutivo dell'assicurazione generale obbligatoria dell'Inps.

<sup>46</sup> Se, cioè, nella nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, ovvero in un regime legale di previdenza sociale, da quella escluso.

<sup>47</sup> Così le conclusioni dell'Avv. generale *Sharpston*, presentate il 21 gennaio 2010, spec. punto 77.

<sup>48</sup> A tal fine non è comunque determinante, secondo la Corte, il fatto che il regime pensionistico del personale di cabina dell'Alitalia sia amministrato da un ente pubblico, quale l'Inps, né tantomeno la natura – pubblica o privata – dell'azionariato dell'Alitalia: cfr., in particolare, i punti 50 e 51.



tenza in materia di previdenza sociale conformemente al diritto comunitario e, in particolare, al principio di non discriminazione<sup>49</sup>, enunciato nella dir. 79/7/CEE. Una valutazione, questa, su cui oggi aleggiavano i possibili profili discriminatori di genere evidenziati dal giudice europeo nella sentenza in esame, proprio nei confronti di normative nazionali che, ai fini dell'accesso al *welfare*, impongono periodi contributivi proporzionalmente più elevati per i lavoratori a tempo parziale rispetto a quelli assunti a tempo pieno.

In conclusione, nell'attesa del pronunciamento della giurisprudenza nazionale, è auspicabile che il legislatore italiano tenga in seria considerazione questa recente "lezione" europea. Da questo punto di vista, infatti, il nostro ordinamento sembrerebbe nettamente orientato verso una forte svalorizzazione previdenziale delle fasi di non lavoro. Basti pensare ai recentissimi istituti per il sostegno al reddito introdotti dalla riforma del 2012, dove le condizioni di accesso pure per un trattamento, come la mini-Aspi, che dovrebbe maggiormente garantire le tutele per i lavoratori non standard, scontano l'imposizione di un requisito di accesso pari a tredici settimane di contribuzione "di attività lavorativa" nell'ultimo anno<sup>50</sup>: con chiara esclusione da tale computo proprio dei periodi non lavorati<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> V. C. Giust. 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Manuko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, in Racc., 2008, I-1757, punto 59.

<sup>50</sup> Art. 2, comma 20, l. 28 giugno 2012, n. 92.

<sup>51</sup> La Circ. Inps n. 142/2012 specifica, poi, che "ai fini del diritto sono valide tutte le settimane retribuite, purché per esse risulti, anno per anno, complessivamente erogata o dovuta una retribuzione non inferiore ai minimali settimanali".



**Corte di Cassazione - Sezione Lavoro - sentenza 22 gennaio 2013 n. 1456 (Presidente De Renzis; Relatore Filabozzi; Pm Corasaniti).**

**Trasferimento di ramo d'azienda - Nozione di ramo d'azienda - Valutazione complessiva di una pluralità di elementi in relazione al tipo di impresa - Necessità - Capacità di funzionare autonomamente sul mercato - Essenziale - Mancanza di avviamento congiunta a mancanza di autonoma e compiuta realtà organizzativa - Inconfigurabilità di cessione di ramo d'azienda ex art. 2112 cod. civ. - Applicazione dell'art. 1406 cod. civ. - Consenso tacito del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro - Ammissibilità - Comportamento inequivocabilmente diretto a porre in essere la modificazione soggettiva del rapporto - Necessità.**

*Per ramo d'azienda, suscettibile di cessione ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, il cui accertamento presuppone la valutazione di una pluralità di elementi in relazione al tipo di impresa tra i quali l'autonomia commerciale e amministrativa e la presenza dell'avviamento.*

*Il consenso del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro ex art. 1406 cod. civ. può essere manifestato anche in forma tacita, in considerazione della libertà di forma del contratto di lavoro, purché il comportamento sia inequivocabilmente preordinato a superare il precedente assetto negoziale, il che non può dirsi realizzato per il solo fatto che il lavoratore abbia fruito del trattamento di fine rapporto ed abbia continuato la prestazione della propria opera alle dipendenze del cessionario.*

★ ★ ★

## Maria Teresa Salimbeni

### Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento della “piccola azienda”

**Sommario:** **1.** Il contesto normativo e giurisprudenziale: la giurisprudenza comunitaria. **2.** Segue: l'evoluzione della normativa nazionale in materia di trasferimento di ramo d'azienda. **3.** Il nucleo strutturale del ramo d'azienda. **4.** L'autonomia funzionale del ramo prima e/o al momento del trasferimento. **5.** La conservazione dell'identità del ramo: la verifica dell'autonomia funzionale nel contesto organizzativo del cessionario. **6.** La sentenza della Cassazione n. 1456 del 22 gennaio del 2013.

#### 1. *Il contesto normativo e giurisprudenziale: la giurisprudenza comunitaria*

La sentenza in commento si inserisce nel percorso interpretativo dell'art. 2112 cod. civ. – e di individuazione della fattispecie ivi disciplinata – iniziato all'indomani dell'emanazione della Direttiva comunitaria n. 77/187 e proseguito, per oltre un trentennio, con l'obiettivo, alternativamente, di consolidarne una iniziale vocazione alla tutela dei lavoratori a fronte di operazioni imprenditoriali di smembramento aziendale, o di attribuirgli l'ulteriore, ma non esclusiva, finalità di agevolare processi riallocativi della produzione e del lavoro imposti dal mutato contesto socio-economico<sup>1</sup>.

Oggetto della sentenza è la legittimità di una decisione della Corte d'Appello di Milano che ha escluso la sussistenza del trasferimento di un ramo d'azienda nella vicenda sottoposta al suo esame.

Si trattava di uno stabilimento risultato, secondo la sentenza di secondo grado, carente di autonomo impulso produttivo e di avviamento, in quanto commercialmente e amministrativamente dipendente da altri stabilimenti, e

<sup>1</sup> Per una sintesi dell'evoluzione dell'istituto nel nostro ordinamento sia consentito rinviare a DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in PERSIANI, CARINCI (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol.VI, *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1453 ss.; sul rapporto tra legislazione nazionale e diritto comunitario: SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni “vincolanti” della Corte di Giustizia Europea*, in WP, C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2006; per un'analisi a caldo delle riforme: DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al d. lgs. n. 276 del 10 settembre 2003*, in AA.VV., *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, 2004, p. 569 ss.; MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2004, n. 2, p. 87 ss.; BAVARO, *Il trasferimento d'azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 165 ss.; SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in RIDL, 2003, I, p. 189 ss.

la cui attività produttiva si era svolta, dopo il trasferimento, quasi esclusivamente, in virtù delle commesse della cedente. Di conseguenza la fattispecie riconoscibile, e riconosciuta, era stata la mera vendita di beni materiali accompagnata da una cessione di rapporti di lavoro senza il consenso dei lavoratori ceduti che, pertanto, erano stati reintegrati presso la cedente.

La sentenza della Cassazione, che conferma la decisione della Corte d'Appello, sul punto si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'ultima parte dell'attuale comma 5 dell'articolo 2112 cod. civ. che individua il ramo d'azienda ai fini e per gli effetti di cui allo stesso articolo. Prima allora di valutare la posizione assunta dalla Suprema Corte, sembra opportuna una premessa che ne delinei, sia pur sinteticamente, il contesto normativo e giurisprudenziale di riferimento.

La nozione di ramo o parte d'azienda viene per la prima volta introdotta nell'art. 2112 cod. civ. dal d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, di attuazione della direttiva n. 98/50, CE del 29 giugno 1998, anche se l'elaborazione giurisprudenziale nazionale aveva già da tempo incluso il trasferimento di "parti di stabilimento" nella fattispecie codicistica "trasferimento d'azienda" richiamandosi alla precedente direttiva 77/187/CE del 14 febbraio 1977 che lo comprendeva nel suo ambito di applicazione. Non si dubitava, infatti, che la pur legittima scelta economica di separazione e alienazione di una parte dell'impresa dal resto implicasse per i lavoratori appartenenti a quella parte le medesime esigenze di tutela riconosciute al personale tutto dell'azienda trasferita nel suo complesso ed anzi, proprio su questo indiscusso presupposto, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia utilizzava i medesimi criteri distintivi per individuare sia l'azienda sia la parte di essa costituenti oggetto del trasferimento coperto dalla direttiva.

Può ben dirsi quindi che l'elaborazione della Corte europea ha preso le mosse, nella maggior parte dei casi, da ipotesi riguardanti cessioni parziali, riferite a singoli servizi o settori, nelle quali erano ravvisabili la dismissione, da parte dell'impresa, di una certa attività, spesso accessoria, e la prosecuzione della stessa attività da parte di altro soggetto mediante moduli organizzativi implicanti o meno anche l'acquisizione e/o l'utilizzazione di strutture materiali fornite dal cedente.

Possiamo disaggregare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione delle direttive in materia di trasferimento di imprese o parti di imprese, in base a due principali problematiche: attinenti, l'una, alla individuazione dell'entità oggetto del trasferimento, l'al-

tra, alla quota di autonomia richiesta al ramo d'azienda trasferendo, quest'ultima in una duplice prospettiva cronologica riferita al prima e al dopo l'operazione di cessione. Le questioni così individuate sono state sviscerate seguendo percorsi argomentativi condizionati dalla specificità delle vicende sottoposte all'attenzione della Corte la quale ha mostrato grande attenzione alle caratteristiche delle singole imprese e al tipo di attività esercitata.

Quanto alla prima, possiamo individuare una fase iniziale in cui la Corte ha richiesto, per la individuazione dell'impresa ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria sul trasferimento, la presenza di elementi materiali, oggettivi e misurabili, quali mezzi organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento di un'attività economica, oltre l'apporto della gran parte del personale<sup>2</sup>, ciò allo scopo di restringere il campo applicativo della dir. 77/187/CE. Successivamente, però, la stessa Corte vi ha ricondotto anche le ipotesi di mero trapasso di un'attività economica da un imprenditore ad un altro a prescindere dal passaggio di mezzi organizzati<sup>3</sup>. Più di recente, ritornando sui suoi passi, ha recuperato il concetto di "entità economica", oggettivamente misurabile e non riconducibile a pura attività, anche alla luce della definizione datane dalla dir. 98/50/CE (rimasta inalterata anche nella successiva, e sostitutiva, direttiva 2001/23 CE del 12 marzo 2001), pur se ha precisato che in relazione a talune attività *labour intensive* il trasferimento dell'entità economica può non dipendere dal passaggio di elementi materiali, sostanziandosi la stessa, in tali casi, anche soltanto in un gruppo di lavoratori che assolvano stabilmente e in maniera organizzata una determinata attività senza un substrato materiale<sup>4</sup>.

La seconda problematica attiene al concetto di autonomia, riferibile sia all'impresa sia alla parte d'impresa, inteso come idoneità a "... svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria" (art. 1, n.1, lett. b, dir. 2001/23/CE) e che la Corte di Giustizia valuta alla stregua della capacità del bene oggetto di cessione a produrre un risultato apprezzabile sia pur in relazione all'attività esercitata o addirittura "... in funzione dei metodi di pro-

<sup>2</sup> C. Giust. 18 marzo 1986, C-24/1985 (Spijkers), in *Racc.*, 1986, 1119; C. Giust. 10 febbraio 1988, C-324/1986 (Daddy's Dance Hall), in *Racc.*, 1988, 739.

<sup>3</sup> C. Giust. 14 aprile 1994, C-392/1992 (Schmidt), in *Racc.*, 1994, I, 1311; C. Giust. 7 marzo 1996, C-171/1994 e C-172/1994 (Mercks e Neuhuys), in *Racc.*, 1996, I, 1253.

<sup>4</sup> C. Giust. 11 marzo 1997, C-13/1995 (Suzen), in *Racc.*, 1997, I, 1259; C. Giust. 24 gennaio 2002, C-51/2000 (Temco), in *Racc.*, 2002, I, 969; C. Giust. 20 gennaio 2011, C-463/2009 (Clece), in *RIDL*, 2011, p. 1250 con nota di COMANDÈ.

duzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione"<sup>5</sup>. Significativo il metodo induttivo tipologico utilizzato che mira alla ricognizione della fattispecie concreta (entità economica) attraverso l'individuazione di una serie di indici presuntivi da valutarsi nel loro complesso e con riguardo al tipo d'impresa<sup>6</sup>.

Ma più interessante è sicuramente il profilo della la conservazione, dopo il trasferimento, dell'identità dell'entità economica.

Anche, e soprattutto, in ordine a questo aspetto la Corte europea mostra di recente grande duttilità e attenzione ai meccanismi reali dell'organizzazione produttiva, ma soprattutto valorizza la finalità della direttiva 2001/23/CE di proteggere i lavoratori in occasione del cambio del titolare dell'impresa, assicurando loro la continuità dei rapporti di lavoro in essere. Da un lato, quindi, afferma che per poter stabilire se un'entità economica conservi la propria identità "... deve essere preso in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali ... il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno di elementi materiali, quali gli edifici e i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della parte più rilevante del personale ..., il trasferimento o meno della clientela, il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo la cessione ...", tutti elementi che "... costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente"<sup>7</sup>. Interpreta pertanto il concetto di "mantenimento dell'identità" in senso funzionale e relativo alla natura della concreta impresa o parte di essa.

<sup>5</sup> C. Giust. 11 marzo 1997, cit.; C. Giust. 10 dicembre 1998, C-173/1996 e C-247/1996 (Hidalgo e Ziemann), in *Racc.*, 1998, I, 8237; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/2001 (Abler); C. Giust. 15 dicembre 2005, C-232/2004 e C-233/2004 (Guney-Gorres).

<sup>6</sup> La Corte di Giustizia mostra grande duttilità, attribuendo rilevanza o meno a determinati elementi (ai fini della sussistenza dell'oggetto del trasferimento ai sensi della direttiva comunitaria) a seconda della tipologia di impresa. Così se si tratta di una attività *labour intensive*, la cessione potrà avvenire anche attraverso la mera riassunzione del personale specificamente destinato dal predecessore a tale attività, mentre se l'attività si basa essenzialmente su attrezzature materiali l'assenza di riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota sostanziale di dipendenti del predecessore non vale di per se ad escludere il trasferimento "... quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore..." (C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/2001, cit.).

<sup>7</sup> C. Giust. 20 gennaio 2011, C-463/2009, cit.

Dall'altro, afferma che l'identità può ritenersi sussistente anche se la parte di impresa ceduta non conserva la sua autonomia da un punto di vista organizzativo "... a condizione che il nesso funzionale tra i differenti fattori di produzione venga mantenuto e consenta al cessionario di utilizzare questi ultimi al fine di proseguire un'attività economica identica o analoga"<sup>8</sup>. Quindi la Corte non ritiene necessario il mantenimento dell'organizzazione specifica imposta dall'imprenditore cedente ai diversi fattori di produzione trasferiti, ma considera sufficiente che tali fattori conservino un vincolo di interdipendenza che consenta al cessionario di utilizzarli anche se integrati in "... una nuova diversa struttura organizzativa..."<sup>9</sup>.

Ad una individuazione a monte dell'entità economica oggetto del trasferimento necessariamente calata nello specifico contesto produttivo di riferimento, corrisponde, a valle, una ricognizione del mantenimento dell'identità che ben può prescindere dal perpetuarsi dell'organizzazione preesistente purché vi sia continuazione di attività con utilizzazione, da parte del cessionario, dei fattori trasferiti, tra loro, e nel nuovo contesto, integrati. Pertanto, anche le ipotesi in cui l'organizzazione produttiva caratterizzante l'entità economica ceduta si dissolve nell'impresa del cessionario, purché resti in vita un nesso funzionale tra i fattori produttivi trasferiti, rientra a pieno titolo nell'ambito applicativo della direttiva comunitaria.

## 2. *L'evoluzione della normativa nazionale in materia di trasferimento di ramo d'azienda*

L'approccio pragmatico ultimo della giurisprudenza comunitaria che si coglie sia nel momento definitorio statico, che verte sull'oggetto del trasferimento, sia in quello dinamico, che valuta la continuazione dell'attività dopo la cessione, non trova una corrispondenza nella giurisprudenza nazionale la quale si è prevalentemente attestata su posizioni poco inclini ad interpretazioni elastiche dell'art. 2112 cod. civ. Tale atteggiamento può trovare spiegazione nella vicenda evolutiva della norma che è stata modificata tre volte, mutando non soltanto nella lettera ma anche nella ratio sottostante, con com-

<sup>8</sup> C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/2007 (Klarenberg), in *RIDL*, 2010, II, p. 212, con nota di CESTER.

<sup>9</sup> C. Giust. 20 gennaio 2011, cit.



prensibile difficoltà per l'interprete ad adeguarsi di volta in volta alla nuova versione legislativa.

La prima tappa di questo, talvolta affannoso, percorso riformatore va ravvisata nella legge 29 dicembre 1990 n. 428 che, recependo la dir. 77/187/CE, ha innervato la norma codicistica, originariamente forgiata sull'interesse datoriale alla libera circolazione dell'azienda, di una più intensa tutela della continuità dei rapporti di lavoro attraverso il divieto espresso di licenziamento a motivo del trasferimento d'azienda e la previsione di diritti di informazione e consultazione preventiva alle rappresentanze sindacali attraverso la procedura scandita dall'art. 47.

La seconda, nel d.lgs. n. 18/2001 che ha proseguito l'adeguamento del diritto interno alla normativa comunitaria, nel frattempo arricchitasi della dir. 98/50/CE, attraverso una formale implementazione della vocazione lavoristica della norma al cui centro sembra ormai collocarsi la tutela dei lavoratori ceduti: eloquenti a tal riguardo la nuova rubrica che intitola l'articolo 2112 cod. civ. al "*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*" ed anche la previsione di una successione selettiva di contratti collettivi che tendenzialmente tende ad evitare deroghe peggiorative dei trattamenti contrattuali. Ma, in realtà, le principali novità della novella consistono nella definizione di azienda e parte di azienda "ai fini e per gli effetti del presente articolo" e nell'esplicita previsione dell'applicazione della norma anche ai trasferimenti parziali d'azienda. Per azienda deve intendersi "un'attività economica organizzata" al fine della "produzione o dello scambio di beni o di servizi" "preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità" e per parte dell'azienda, cui comunque si applicano le disposizioni della norma, l'"articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata" "preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

L'ampliamento della portata applicativa della norma, derivante dalla possibilità, ormai esplicitamente prevista, di trasferire automaticamente i lavoratori addetti ai segmenti produttivi ceduti, ha indotto a parlare di "eterogenesi dei fini" della stessa, in quanto ormai sostanzialmente piegata alle esigenze imprenditoriali di dislocazione produttiva e di rapido smaltimento di personale<sup>10</sup>, e a ritenerne vulnerata la portata garantistica<sup>11</sup>. Infatti, il passaggio automatico

<sup>10</sup> DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., p. 570.

<sup>11</sup> CAMPANELLA, *Outsourcing e rapporti di lavoro. La dimensione giuslavoristica dei processi di ester-*

al cessionario dei lavoratori afferenti al ramo ceduto, da un lato, favorisce processi di smembramento aziendale molto utili all'imprenditore, non solo quando si tratta di genuine esternalizzazioni con passaggio a terzi di attività estranee al *core business* aziendale (e successiva riappropriazione dei risultati dell'attività ceduta attraverso contratti stipulati con il cessionario) ma anche quando, attraverso fittizie cessioni di rami aziendali, ci si libera di lavoratori eccedenti, dall'altro, non sempre costituisce per i lavoratori (e/o viene percepito come) una garanzia di stabilità del rapporto e della sua disciplina, soprattutto se il nuovo datore di lavoro è dotato di una struttura meno solida e affidabile di quella del cedente che continua ad operare.

Sebbene non si debba trascurare l'effetto limitativo di tali pratiche esercitato dalla richiesta, in funzione qualificatoria, preesistenza e continuità dell'autonomia funzionale del ramo trasferendo. Questa caratterizzazione tipologica dell'oggetto del trasferimento parziale, individuato come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità", è stata, infatti, salutata da alcuni come un salvifico e necessario presidio della genuinità dei processi di decentramento<sup>12</sup>, idoneo ad ostacolare operazioni volte a creare *ad hoc* rami d'azienda al fine di liberarsi di lavoratori appositamente ad esso addetti. Seppure a parere di altri costituisca una inutile restrizione alla circolazione di attività produttive, sia pur non già autonome all'interno dell'organizzazione del cedente, ma in grado di funzionare, anche se diversamente allocate ed integrate, e di assicurare in tal modo la durata dei rapporti di lavoro connessi<sup>13</sup>.

La terza tappa della marcia riformatrice è costituita dall'emanazione dell'art. 32, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 il quale, oltre ad aver ridisegnato la fattispecie cessione di ramo d'azienda, ha attribuito riconoscimento (ma non tipicità giuridica in senso tecnico)<sup>14</sup> al contratto di appalto stipulato tra alien-

*nalizzazione dell'impresa*, in CAMPANELLA, CLAVARINO, *Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso TE.SS.*, Il Sole 24 ore, 2004, p. 115.

<sup>12</sup> SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in DPL, 2001, n. 12, p. 779; CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in LG, 2001, p. 505.

<sup>13</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 9; CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento di azienda dopo il D. lgs. 18/2001*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione...*, cit., p. 83.

<sup>14</sup> Secondo Cass. 17 aprile 2012 n. 5997, in ADL, 2012, p. 974, con nota di RICCOBONO, "...il termine "esternalizzazione"... non costituisce in alcun modo una espressione tecnico-

nante ed acquirente “la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione”, cd. “contratto di esternalizzazione”: si è realizzato così, secondo alcuni, il definitivo ritorno all'originaria vocazione della norma nata per favorire la circolazione dell'impresa e rivisitata per ulteriormente assecondare le nuove esigenze di scomposizione/ricomposizione delle aziende nei processi di outsourcing<sup>15</sup>. La chiave di volta dell'ultima riforma è stata, però, la possibilità, concessa dal legislatore a cedente e cessionario, di identificare l'“articolazione funzionalmente autonoma” al momento del trasferimento del ramo d'azienda senza richiederne la preesistenza e la continuità: soluzione da cui è sembrato automaticamente derivare l'alleggerimento della fattispecie da vincoli di destinazione, originaria e successiva, del segmento trasferito. Ciò avrebbe determinato, secondo parte della dottrina, un'accelerazione dei processi di dissolvimento dei complessi aziendali e di rarefazione occupazionale<sup>16</sup>, secondo altra, l'eliminazione di un presupposto di problematica applicazione che finiva per scoraggiare anche le esternalizzazioni di segmenti produttivi sganciate da ogni disegno elusivo o fraudolento<sup>17</sup>.

Sulla nuova formulazione del 5° comma dell'art. 2112 ha pesato, non poco, la scarsa aderenza della precedente versione ad una realtà produttiva sempre più dinamica e flessibile ed anche, molto più semplicemente, la difficoltà di concepire un'articolazione di una attività economica organizzata che possa essere realmente autonoma ed autosufficiente già prima di essere estrapolata dal complesso di cui fa parte, così come il legislatore sembrava richiedere con il requisito della preesistenza. Sia perché, come sottolineato in dottrina, le realtà aziendali complesse sono caratterizzate da significative interdipendenze funzionali tra i vari settori<sup>18</sup>, sia perché esistono rami autonomi nella fase produttiva ma “al netto” dei supporti di tipo amministrativo, commerciale, logistico i quali ultimi pur non avendo nulla a che vedere con l'articolazione produttiva in sé sono indispensabili per la sua sufficienza<sup>19</sup>.

giuridica tale da dover essere interpretata (nдр: solo) come affidamento di attività ad altra azienda che poi contrattualmente concluda accordi contrattuali con il cessionario”.

<sup>15</sup> DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento d'azienda*, in DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, cit., p. 1459; PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, n. 2, p. 476 ss.

<sup>16</sup> CAMPANELLA, *op. cit.*, pp. 116-117;

<sup>17</sup> DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento d'azienda*, in PERSIANI, CARINCI (a cura di), cit., p. 1469 ss.

<sup>18</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *ID.*, *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 39.

<sup>19</sup> MARESCA, *Le “novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*,

Pertanto risultava di difficile, se non di impossibile, applicazione in alcuni casi un criterio che giustificasse ai sensi della normativa sul trasferimento d'azienda soltanto il passaggio di rami autoconclusi in guisa di piccole aziende autosufficienti. Se ne rilevava, inoltre, la scarsa potenzialità garantistica in contrasto con la finalità dell'art. 2112 che è quella di assicurare continuità occupazionale in caso di cessione di rami d'azienda, non di tagliare fuori dal suo ambito applicativo fattispecie circolatorie di segmenti aziendali sostanzialmente autonomi seppur con l'aggiunta di ulteriori ma ineliminabili funzioni esterne<sup>20</sup>.

### 3. *Il nucleo strutturale del ramo d'azienda*

In questo scenario, delineato nel suo sviluppo in sintesi estrema, la giurisprudenza nazionale, in particolare quella di legittimità, nell'adeguare il diritto interno a quello comunitario, ha mostrato, in alcuni casi, una rigidità non riscontrabile nelle sentenze della Corte di Giustizia più libera in quanto interprete autentico della volontà del legislatore europeo.

Con specifico riferimento all'individuazione del ramo d'azienda – possibile oggetto di trasferimento ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. – si possono individuare i principali orientamenti della Corte di Cassazione formati in relazione alla normativa applicabile *ratione temporis* e quindi sia antecedenti che successivi alla riforma del 2003.

Il primo aspetto riguarda la definizione di ramo d'azienda da un punto di vista oggettivo-strutturale, che consenta di renderlo riconoscibile al-

2001, p. 596; BENAGLIO, *La cessione di parte di azienda come "esternalizzazione"*, in questa rivista, 2009, I, p. 17.

<sup>20</sup> DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., p. 576. Aderendo a questa impostazione Cass. 22 marzo 2006 n. 6292 ha affermato: "Se per ramo d'azienda si intende un complesso di beni e di persone organizzato per la produzione di specifici beni o servizi, nel suo trasferimento non possono non restare coinvolti, in tutto o in parte, anche i beni e il personale che prestavano l'indispensabile assistenza alla specifica produzione, anche se nell'organizzazione aziendale facevano parte di una struttura a se stante. Ragionando diversamente si perverrebbe a risultati del tutto contrastanti con le finalità dell'art. 2112 c.c., in quanto il personale addetto al servizio di supporto, una volta intervenuta la cessione del ramo d'azienda cui prestava assistenza, risulterebbe eccedente rispetto alle ormai ridotte esigenze dell'impresa e sarebbe esposto al rischio di licenziamento".

l'esterno. Gli elementi costitutivi la fattispecie nella sua struttura sono quelli che afferiscono all'"attività economica organizzata" (quindi all'azienda considerata nella sua interezza, la cui nozione lavoristica si evince dall'art. 2112 cod. civ. a partire dal 2001) e cioè gli elementi materiali e immateriali funzionalmente collegati per la realizzazione del risultato d'impresa. Sul punto la Cassazione, in linea con i giudici del Lussemburgo, accoglie una nozione non necessariamente materializzata di impresa ritenendo sufficiente anche l'esistenza di un insieme di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati la cui capacità sia assicurata dal fatto di essere dotati di particolari competenze e purché in grado di conseguire un risultato produttivo individuabile<sup>21</sup>.

Il nucleo minimo indispensabile dell'"attività economica" ("entità economica" per la dir. 2001/23/CE) che dà luogo all'applicazione della disciplina legale del trasferimento di ramo d'azienda si può, dunque, far coincidere con l'aggregazione di mezzi e/o lavoratori idonea al raggiungimento dello scopo secondo le modalità richieste dalla natura dell'impresa. I più recenti approdi della giurisprudenza di legittimità, in conformità con i risultati raggiunti dalla Corte di Giustizia, concordano, quindi, nel ritenere che il ramo d'azienda non coincide necessariamente "... con la materialità dello stesso (quanto a strutture, beni strumentali ed attrezzature, etc.), ma possa consistere anche in un ramo smaterializzato o leggero, costituito in prevalenza da rapporti di lavoro organizzati, in modo idoneo ... allo svolgimento di un'attività economica ..."<sup>22</sup>, ammettendosi che si possano trasferire "... anche i soli lavoratori addetti ad un unico ramo di impresa, i quali abbiano acquisito nozioni ed esperienze tali da poter svolgere autonomamente e senza il supporto di beni materiali le proprie funzioni ..."<sup>23</sup>. Ciò che conta in questi casi è "... l'elemento della organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili..."<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> V: Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, in *LG*, 2008, p. 773 ss.; Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125, in *Mass GC*, 2006; Cass. 10 gennaio 2004 n. 206, in *RIDL*, 2004, p. 653, con nota di SITZIA; Cass. 23 luglio 2002 n. 10761, in *RIDL*, 2003, II, p. 148 ss., con nota di SCARPELLI.

<sup>22</sup> Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711.

<sup>23</sup> Cass. 6 giugno 2007 n. 13270. Analogamente Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, cit., afferma che "... può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare *know how*...".

<sup>24</sup> Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, cit.

L'insieme di mezzi e lavoratori, o anche di soli lavoratori, coordinato al fine della produzione di utilità economiche viene in rilievo, nell'art. 2112 cod. civ., solo in quanto soggetto ad una particolare vicenda: il passaggio dal titolare dell'intera impresa – di cui il ramo forma un'articolazione – ad altro imprenditore; questo transito implica un distacco iniziale ed un approdo finale: nel primo momento l'art. 2112 richiede che il segmento dell'azienda sia funzionalmente autonomo, nel secondo che conservi la sua identità. Mentre, però, nella formulazione della norma codicistica derivata dal d.lgs. 18/2001 si richiedeva un'articolazione funzionalmente autonoma "... preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la sua identità", successivamente il d.lgs. n. 276/2003, art. 32, ha eliminato sia il requisito della preesistenza sia quello della conservazione dell'identità.

#### 4. *L'autonomia funzionale del ramo prima e/o al momento del trasferimento*

In ordine alla verifica dell'"*a quo*" della sussistenza dell'autonomia funzionale del ramo la giurisprudenza ha fatto proprio, nella maggior parte dei casi, un orientamento restrittivo basandosi: a) prima dell'abrogazione del requisito della preesistenza, sull'interpretazione letterale dell'art. 2112, 5° comma, seconda parte e/o sull'interpretazione conforme alla normativa comunitaria; b) dopo l'abrogazione, pur sempre sulla prevalenza delle direttive comunitarie che induce a ritenere ancora sussistente il requisito in parola.

a) Nella prima fase, anteriore al d.lgs. 276/2003, ha affermato che è possibile ricondurre alla cessione di azienda anche "... il trasferimento di un ramo della stessa, purché si tratti di un insieme di elementi produttivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività, che si presentino prima del trasferimento come un'entità dotata di autonomia e unitaria organizzazione, idonea al perseguimento dei fini dell'impresa<sup>25</sup>...", e che "... il ramo d'azienda ceduto deve consistere in una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente, e non in una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento..."<sup>26</sup>. Conclusioni nelle quali viene dato

<sup>25</sup> Cass. 5 marzo 2008 n. 5932, cit.

<sup>26</sup> Cass. 6 giugno 2007 n. 13270; conformi: Cass. 6 aprile 2006 n. 8017; Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489; Cass. 23 aprile 2009 n. 9691; Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697; Cass. 14 novembre 2011 n. 23808; Cass. 30 marzo 2012 n. 5117; Cass. 4 dicembre 2012 n. 21710, in *ADL*, 2013, p. 202 con nota di NUZZO. Secondo un orientamento più risalente, l'articolazione per avere au-

assoluto rilievo alla preesistenza di un'articolazione d'azienda in grado di funzionare in maniera autonoma anche prima dell'operazione di smembramento, alla luce di una lettura congiunta del testo dell'art. 2112 cod. civ. – sia antecedente che successivo alla novella del 2001 – e della dir. 98/50/CE.

L'interpretazione adeguatrice del testo dell'art. 2112 cod. civ. alla dir. 98/50/CE traspare soprattutto nelle sentenze emesse prima che si applicasse la l.18/2001 in cui la nozione di trasferimento di ramo d'azienda viene mutuata dal diritto comunitario che lo identifica come parte dell'impresa ed, in quanto tale, come entità economica che conservi, in occasione del trasferimento, la sua identità: tale nozione presuppone una preesistente realtà produttiva, non potendosi conservare un'identità che non esista già prima del trasferimento<sup>27</sup>.

In alcune sentenze, relative a questa prima fase, la Corte afferma il carattere necessario della preesistenza a presidio della autenticità del ramo al fine di evitare “forme incontrollate di espulsione di frazioni non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome unificate dalla volontà del datore di lavoro...”<sup>28</sup>. Emblematico il caso dell'Ansaldo

tonomia funzionale deve presentarsi come una sorta di “piccola azienda” in grado di funzionare in modo autonomo; v: Cass. 25 ottobre 2002 n.15105; tale sentenza, pur pronunciando in relazione ad una fattispecie cui era applicabile, *ratione temporis*, il disposto dell'art. 2112 cod. civ. anteriore alla riforma del 2001, ha ritenuto di non poter ignorare la volontà del legislatore del 2001 di esplicitare il requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo; in senso conforme: Cass. 4 dicembre 2002 n. 17207; Cass. 14 dicembre 2002 n. 17919; Cass. 23 ottobre 2002 n. 14961; Cass. 17 ottobre 2005 n. 20012.

<sup>27</sup>V. fra le altre: Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842 secondo la quale: “È opportuno sottolineare ancora una volta che il diritto positivo richiede per un'applicazione dell'art. 2112 c.c., che oggetto del trasferimento sia una preesistente entità economica che oggettivamente si presenti dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi. Solo in tal senso si può restare fedeli alla fattispecie comunitaria – così come configurata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, prima, ed esplicitata poi dalla direttiva del 1998 – la quale si caratterizza proprio per l'identità dell'entità economica che si conserva, ovvero permane, prima e durante la vicenda traslativa.” Si dissocia da questo orientamento maggioritario Cass. 17 marzo 2009 n. 6452, la quale, esplicitamente dichiarando di aderire ad una interpretazione della disciplina comunitaria “orientata nel senso della prevalenza attribuita alla effettività dei fenomeni considerati”, afferma che la tutela predisposta dalla direttiva 98/50/CE “... sembra possa essere riferita in maniera indifferente sia all'ipotesi in cui venga trasferita una entità economica avente una propria preesistente identità nell'ambito di una entità di maggiori dimensioni che a quella in cui l'impresa cedente accorpi una serie di funzioni in precedenza distinte per formare un insieme organico potenzialmente idoneo a svolgere in maniera autonoma una attività economica”.

<sup>28</sup> Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842; Cass. 16 ottobre 2006 n. 22125; Cass. 17 luglio 2008 n. 19740; Cass. 29 gennaio 2013 n. 2040, tutte sul caso Ansaldo.

Energia che aveva esternalizzato i “servizi generali”, attraverso un’operazione di aggregazione di attività distinte ed eterogenee e l’unitaria cessione delle stesse ad altro imprenditore, e che è stata ritenuta illegittima dalla Cassazione proprio utilizzando il requisito della preesistenza del ramo: infatti nelle sentenze relative emerge il principio che un’operazione che faccia confluire in un unico ramo ciò che prima della cessione costituiva un insieme di funzioni separate, sia pur autonome, è illegittima, a prescindere dalla attuale e/o futura confluenza delle stesse in un complesso unitario e funzionale<sup>29</sup>.

b) La fattispecie ramo d’azienda esce dalla riforma del 2003 disancorata dai requisiti della preesistenza e della conservazione dell’identità dovendo essere “identificata come tale dal cedente e dal cessionario” al momento del suo trasferimento. Sgombrato il campo dai tentativi di riconoscere alla volontà delle parti un potere qualificatorio svincolato da filtri valutativi<sup>30</sup> – in quanto, letteralmente, identificare non significa creare ma riconoscere qualcosa che esiste e, giuridicamente, non è possibile affidare alla responsabilità delle parti l’applicazione di norme inderogabili di legge come l’art. 2112 cod. civ. e l’art. 47 l. 428/1990<sup>31</sup> – la soluzione più equilibrata, e rispettosa del requisito dell’autonomia funzionale, preservato in ogni caso dal legislatore nazionale, è sembrata essere quella che valorizza l’autonomia del ramo d’azienda al momento del passaggio<sup>32</sup> sicché, come è stato efficacemente affermato, il punto fondamentale oggi sta nel verificare “se l’autonomia funzionale esiste e non da quanto e per quanto ancora”<sup>33</sup>. L’abbandono del requisito della preesistenza interferirebbe quindi sul piano diacronico e non su quello qualificatorio della fattispecie il cui nocciolo essenziale e sufficiente

<sup>29</sup> Secondo Cass. 29 gennaio 2013 n. 2040 se si ammettesse una tale operazione “... l’unicificazione del complesso dei beni troverebbe la sua fonte nella sola volontà dell’imprenditore che sarebbe così ... un indice di valutazione della natura della fattispecie traslativa ...”.

<sup>30</sup> ZILIO GRANDI, *Il trasferimento d’azienda e i fenomeni di esternalizzazione*, in BORTONE, DAMIANO, GOTTARDI (a cura di), *Lavori e precarietà, il rovescio del lavoro*, 2004, Editori riuniti, p. 86 ss.

<sup>31</sup> CAMPANELLA, *op. cit.*, p. 126; PERULLI, *L’autonomia individuale e collettiva nella determinazione dell’articolazione funzionalmente autonoma*, in AA.VV., *Il trasferimento di ramo d’azienda e rapporto di lavoro*, 2005, Giuffrè, p. 122.

<sup>32</sup> DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento d’azienda*, in PERSIANI, CARINCI (a cura di), *cit.*, p. 1473 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda: evoluzione e prospettive*, in *QDLRI*, 2004, pp. 20 e 23; MAINARDI, “Azienda” e “ramo d’azienda”: il trasferimento nel d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in questa rivista, 2003, p. 699

<sup>33</sup> BAVARO, *op. cit.*, p. 179.



continua ad essere l'autonomia funzionale del ramo trasferendo, mai dissolvibile nel soggettivismo definitorio dei contraenti in ragione dell'inderogabilità della norma.

Ma la preesistenza non viene messa da parte dalla giurisprudenza che continua ad invocarla quale indefettibile presupposto della conservazione dell'identità dell'entità economica, richiesta dalle dir. 98/50/CE e poi 2001/23/CE, in osservanza delle quali è stato modificato il nostro art. 2112 cod. civ. In particolare la giurisprudenza di merito, anche di fronte al nuovo testo normativo, mantiene fermo il principio secondo il quale per l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. è necessario che il trasferimento riguardi un'articolazione autonoma preesistente al trasferimento<sup>34</sup>. Anche se significative aperture si riscontrano in talune pronunzie, inclini a spostare l'attenzione sulla concreta capacità di funzionamento autonomo del ramo al momento della cessione ed in funzione di un controllo della continuità dell'attività più che della preesistenza dell'autonomia. Emblematica in tal senso la sentenza della Corte d'Appello di Milano 22 marzo 2010 n. 492 la quale fonda la decisione su un'opzione interpretativa dell'art. 2112 cod. civ., nella versione successiva al d.lgs. 276/2003, in base alla quale requisito decisivo per la qualificazione del ramo è l'effettiva prosecuzione o ripresa dell'attività essendo irrilevante la circostanza che il ramo sia preesistente al trasferimento: nulla impedisce, infatti, "... sotto il profilo comunitario, che le parti possano individuare immediatamente prima dell'operazione economica la struttura economica organizzata da trasferire..."<sup>35</sup>.

La Corte di Cassazione ha assunto un atteggiamento di rigore sul punto della preesistenza, pur dopo l'abolizione legale del requisito, in una delle prime sentenze in cui si pronuncia in regime di applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. così come modificato nel 2003: "... nonostante talune difformi opinioni basate sul dato letterale dell'assenza, nelle Direttive comunitarie, del

<sup>34</sup> In questo senso: Trib. Ravenna 22 gennaio 20123; Trib. Milano 30 giugno 2010; Trib. Milano 25 febbraio 2009, in *RCDL*, 2009, p. 460; Trib. Roma 3 marzo 2008, in *RCDL*, 2008, p. 984; Trib. La Spezia 14 ottobre 2008, in *RGL*, 2009, II, p. 661 con nota di BORDIGONI; Trib. Milano 29 febbraio 2008; Trib. Napoli 16 febbraio 2007; Trib. Milano 8 luglio 2005; in *RCDL*, 2005, p. 779.

<sup>35</sup> In *RIDL*, 2011, II, p. 320 con nota di VALLAURI; in senso analogo: Trib. Napoli 3 maggio 2011 n. 10892, in *RIDL*, 2011, II, p. 1107 con nota di FUSCO, la quale pone l'accento sulla prosecuzione dell'attività dopo la cessione ai fini della riconduzione della cessione del ramo d'azienda all'art. 2112 cod. civ.; App. Torino 10 gennaio 2011 secondo; Trib. Milano 18 maggio 2010; Trib. Milano 10 aprile 2007; Trib. Torino 17 dicembre 2005.

concetto di preesistenza (pur essendo previsto quello della conservazione dell'identità), l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è... Deve pertanto ritenersi operante, anche a seguito del d. lgs. n. 276 del 2003, art. 32, il principio per cui per ramo d'azienda... deve intendersi ogni entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità... ciò presuppone comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo conservarsi solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento<sup>36</sup>. La sentenza basa, dunque, la propria interpretazione sulla necessità di adeguarsi alla dir. 2001/23/CE che, in sede di definizione della fattispecie trasferimento dell'impresa, o di parte di essa, indica quale elemento qualificatorio la conservazione dell'identità che intanto può essere ravvisata in quanto l'identità preesista<sup>37</sup>.

Non sembra seguire la via del recupero sul piano esegetico del requisito della preesistenza la recentissima sentenza del 30 gennaio 2013 n. 2151 nella quale la Cassazione afferma che alla luce della novella del 2003 "... il baricentro della norma è ora costituito dall'identificazione di una parte dell'impresa ceduta al momento del trasferimento e solo indirettamente rileva il fatto che anche in precedenza sia sussistita tale organizzazione potenzialmente suscettibile di essere oggetto di un autonomo esercizio d'impresa". Ne consegue che: "...ciò che si richiede, ai fini della sussistenza del requisito di cui all'art. 2112 cod. civ., è l'idoneità all'esercizio in modo autonomo dell'attività produttiva e quindi alla realizzazione del risultato produttivo..."<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711.

<sup>37</sup> Sulla necessità di un'interpretazione adeguatrice dell'art. 2112 cod. civ. alla normativa comunitaria in dottrina: PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, p. 473; CESTER, *La fattispecie. La nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *QDLRI*, 2004, p. 52; SANTAGATA, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 615 ss.; *contra*: SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2003, I, p. 202. In relazione al requisito della preesistenza e al suo collegamento alla Direttiva 2001/23/Ce si ricorda Cass. 17 marzo 2009 n. 6452, già citata, la quale nega l'imprevedibilità della preesistenza della entità economica nel trasferimento di ramo d'azienda. Alla fattispecie oggetto del giudizio si applicava l'art. 2112 cod. civ. nella versione antecedente la riforma del 2001 per cui in esso non era prevista alcuna definizione né di azienda né di ramo quindi neanche la preesistenza; in ogni caso la lettura dello stesso doveva essere già comunque conforme alle Direttive esistenti.

<sup>38</sup> Prevedeva il mantenimento di una posizione restrittiva ed ancorata al mantenimento

In accordo con tale ultimo orientamento, un utilizzo del requisito della preesistenza in funzione qualificatoria della fattispecie sembra, ad avviso di chi scrive, eccessiva in considerazione: dell'evoluzione della legislazione nazionale che l'ha espunta dalla definizione di ramo d'azienda; della direttiva comunitaria che richiede la conservazione dell'identità (dell'entità economica), ma nulla in ordine alla sua origine; della recente evoluzione della giurisprudenza della Corte europea da cui risulta ridimensionato anche quest'ultimo requisito laddove viene inclusa nella fattispecie di cui alla direttiva 2001/23/CE anche l'ipotesi di cessione di parte di azienda che non conserva la propria autonomia organizzativa nel trasferimento a condizione che venga mantenuto "il nesso funzionale" tra i fattori produttivi in modo da consentire al cessionario di "proseguire un'attività identica o analoga"<sup>39</sup>. Se per la Corte di Giustizia il ramo può cambiare la sua originaria identità da un punto di vista organizzativo-produttivo sarà difficile per il futuro ancorare la sopravvivenza del requisito della preesistenza ad un obbligo di conservazione dell'identità che più non esiste in termini rigorosi nella normativa comunitaria.

Predicato della fattispecie ramo d'azienda è, dunque, l'autonomia funzionale che consiste nella idoneità a realizzare uno scopo produttivo e/o economicamente valutabile, e non certo la preesistenza o la conservazione di una autocompiuta e immodificabile identità dopo il passaggio che, sebbene scomparsi dall'art. 2112 cod. civ., continuano ciò nonostante ad essere richiamati dalla giurisprudenza sia per analogia con la fattispecie del trasferimento dell'intera azienda sia, come visto, in ossequio ad una restrittiva lettura del requisito dell'identità presente nella dir. 2001/23/CE e che riguarda anche parti di aziende o stabilimenti.

È vero che l'ancoraggio al requisito della preesistenza mirava ad impedire all'imprenditore di "sbarazzarsi di lavoratori addetti ad una articolazione aziendale costituita, autonomizzata o alterata in vista del trasferimento"<sup>40</sup>, ma

del requisito della preesistenza, alla luce delle pronunzie sino al momento intervenute: NUZZO, *La Suprema Corte e il ramo d'azienda: ancora sul controverso requisito della preesistenza dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in *ADL*, 2013, I, p. 210. L'autrice commentava Cass. 4 dicembre 2012 n. 21710, emessa sub art. 2112 cod. civ. antecedente alla riforma del 2003, e attestantesi su una rigida interpretazione del requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale del ramo.

<sup>39</sup> C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/2007, cit. Sul punto: FUSCO, *Il trasferimento di ramo d'azienda: interesse ad agire, violazione della procedura sindacale e autonomia del ramo*, in *RIDL*, 2011, II, p. 1111.

<sup>40</sup> VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, 2004, Cedam, Padova,

il venir meno dello stesso o, comunque, il non ritenerlo essenziale ai fini della sussistenza del trasferimento di ramo d'azienda regolato dall'art. 2112 cod. civ., non rischia di attenuare le tutele dei lavoratori, in quanto gli stessi sono assistiti, da un lato, dalla normativa generale antifraudolenta (art. 1344 cod. civ.), "capace di colpire qualsivoglia utilizzo indiretto dell'esternalizzazione" a fini di "smagrimento degli organici"<sup>41</sup>, dall'altro, dalla barriera costituita dalla nozione di articolazione funzionalmente autonoma.

Quest'ultima intesa in senso rigoroso, come entità dotata di una organizzazione che unisca gli elementi materiali e/o immateriali al fine dell'esercizio di un'attività stabile, consente di espungere dal campo applicativo dell'art. 2112 apparati non in possesso di una capacità produttiva reale e, nello stesso tempo, di non escludere sia le ipotesi in cui con il ramo vengano cedute frazioni di altre attività che nell'organizzazione di provenienza erano di supporto all'attività della parte ceduta<sup>42</sup>, sia un minimo di integrazione e coordinazione con l'organizzazione del cessionario necessario per una continuazione dell'attività del ramo nel nuovo contesto di destinazione<sup>43</sup>.

p. 328; in senso analogo: PERULLI, *il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*, in *RGL*, 2004, p. 790; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 178-179; VALLAURI, *Autonomia funzionale e integrabilità del ramo da parte del cessionario*, in *RIDL*, 2011, II, p. 343 ss.

<sup>41</sup> DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., p. 576.

<sup>42</sup> In tal senso la già citata Cass. 22 marzo 2006 n. 6292; conformi: Cass. 5 marzo 2008 n. 5932 secondo la quale per l'individuazione del ramo d'azienda, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., "... determinante è l'autonomia funzionale del settore prima e dopo il trasferimento e non certo la completezza materiale e l'autosufficienza del gruppo che non è messa in discussione nemmeno per l'utilizzazione da parte della Cerit di alcuni supporti operativi della Banca (centralino, servizio paghe, supporti informatici)..." e Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489 che afferma: "... si applica la disciplina dettata dall'art. 2112 c.c., anche in caso di frazionamento e cessione di parte dello specifico settore aziendale destinato a fornire il supporto logistico sia al ramo ceduto che all'attività rimasta alla società cessionaria, purché esso mantenga, all'interno della più ampia struttura aziendale oggetto della cessione, la propria organizzazione di beni e persone al fine della fornitura di particolari servizi per il conseguimento di specifiche finalità produttive dell'impresa".

<sup>43</sup> Nel senso dell'ammissibilità di una integrazione del ramo ceduto con elementi dell'impresa del cessionario già Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842 secondo la quale se pur il ramo d'azienda deve preesistere alla vicenda traslativa, tale requisito non viene a mancare "sol perché il ramo venga integrato con altri elementi, una volta entrato nella complessiva azienda dell'acquirente"; nonché Cass. 9 ottobre 2009 n. 21481 per la quale perché ricorra una cessione di

5. *La conservazione dell'identità del ramo: la verifica dell'autonomia funzionale nel contesto organizzativo del cessionario*

Il mantenimento dell'autonomia funzionale dopo il trasferimento sembra potersi considerare un dato acquisito sulla base dell'interpretazione dell'art. 2112 cod. civ. alla luce della direttiva comunitaria che richiede, anche per il trasferimento di parti di imprese, la conservazione dell'identità. Ma bisogna intendersi sul significato da attribuire al concetto. Si è già sottolineato come la Corte di Giustizia, pur ritenendo indispensabile accertare che l'entità abbia conservato la propria identità nel trasferimento considera positivamente superata l'indagine allorché sia conservato il solo nesso funzionale di interdipendenza tra i vari fattori ed esso consenta al cessionario di utilizzare questi ultimi, anche se integrati in una nuova struttura organizzativa, al fine di continuare un'attività economica identica o analoga<sup>44</sup>. L'affermazione è molto importante perché può consentire di avvalorare una concezione di autonomia funzionale del ramo come potenzialità d'impresa, attuale e verificabile certo al momento del trasferimento, ma non necessariamente corrispondente alla capacità di realizzare un risultato produttivo al netto di ulteriori apporti successivi, perché di quest'ultima non si chiede continuità.

La sorte riservata al segmento d'azienda all'interno dell'impresa del cessionario diventa, allora, il banco di prova delle potenzialità dello stesso nei termini chiariti perché ne dovrà dimostrare la congruenza organizzativa e la resistenza allo snaturamento. La prima in quanto l'interdipendenza tra i fattori produttivi trasferiti deve connotare il ramo ceduto anche all'esito del trasferimento (secondo quanto da ultimo affermato dalla Corte di Giustizia), la seconda perché se il ramo può essere integrato da elementi della nuova realtà aziendale non può, tuttavia, perdere la sua originaria destinazione, il *core business* dell'attività economica (altrimenti sarebbe del tutto obliterato il requi-

ramo d'azienda "è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa".

<sup>44</sup> C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/2007, cit.V. nota precedente per le sentenze di Cassazione che aderiscono a tale interpretazione estensiva del requisito della conservazione dell'identità. Anche la recente Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711, cit., pur ritenendo, in regime di applicazione del d. lgs. 276/2003, che l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. presuppone comunque una preesistente entità produttiva, ammette che il requisito della conservazione dell'identità non viene meno in presenza di "interventi integrativi imprenditoriali ad opera del cessionario".

sito della conservazione dell'identità richiesto dalla direttiva europea)<sup>45</sup>. Una volta dimostrata la coesione funzionale e organizzativa dei beni e dei rapporti trasferiti e la prosecuzione di un'attività identica o analoga da parte del cessionario, sia pur con integrazioni accessorie, sarà dimostrata l'autonomia del ramo e l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ.

Il requisito della conservazione dell'identità così configurata si pone, inoltre, a garanzia sostanziale della continuità occupazionale dei lavoratori ceduti non in quanto rimanda ad una realtà preesistente cristallizzata ed autosufficiente, e che tale autosufficienza deve mantenere, ma in quanto denota una idoneità alla prosecuzione nel futuro dell'attività svolta dal segmento aziendale prima della cessione<sup>46</sup>.

L'accertamento di tale idoneità vedrà, sicuramente, accrescere il proprio ruolo nell'ambito dell'indagine giudiziale sulla sussistenza del ramo d'azienda *ex art. 2112 cod. civ.* Anche nelle pronunzie che accedono ad una interpretazione conservatrice sul punto della preesistenza, pur in regime di applicabilità del d.lgs. 276/2003, si intravede, infatti, una, sia pur moderata, apertura ad ipotesi di integrazione dell'organizzazione ceduta ad opera di elementi appartenenti alla nuova impresa inglobante<sup>47</sup>. Ciò può essere indizio di un progressivo spostamento del baricentro della norma verso l'accertamento della prosecuzione dell'attività dopo il trasferimento quale indice rilevatore dell'idoneità del ramo all'esercizio di un'attività.

A favore di una valorizzazione dell'autonomia in termini di potenzialità produttiva (da misurarsi prima e dopo la vicenda traslativa) depone la stessa terminologia usata dal legislatore che, a ben vedere, rimanda non ad un'autonomia misurabile in termini di risultati economico-produttivi raggiunti ma all'idoneità allo svolgimento di un'attività identificabile: le disposizioni dell'art. 2112 cod. civ. si applicano, infatti, all'"articolazione funzionalmente autonoma" di un'attività economica organizzata, non all'articolazione produttiva. L'elemento considerato, quindi, è l'attualità, al momento della cessione, della concreta potenzialità di un insieme di mezzi materiali e/o personali a svolgere una attività economica

Conclusivamente, appare conforme ad un'interpretazione della norma che tenga conto della *ratio* protettiva ad essa sottesa, nonché degli attuali svi-

<sup>45</sup> In tal senso: VALLAURI, *op. cit.*, p. 342 ss.

<sup>46</sup> Evidenzia la corrispondenza alla *ratio* protettiva dell'art. 2112 cod. civ. dell'idoneità alla prosecuzione dell'attività rilevabile nel ramo ceduto App. Milano 22 marzo 2010 n. 492, cit.

<sup>47</sup> V: Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711, cit.

luppi della giurisprudenza comunitaria, ritenere funzionalmente autonomo un segmento aziendale "... capace di sviluppare un' autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio"<sup>48</sup> al momento della cessione, e applicabile l'art. 2112 cod. civ. a siffatta articolazione anche se integrata, successivamente, nella sua struttura, purché idonea al raggiungimento di un obiettivo produttivo<sup>49</sup>.

#### 6. *La sentenza della Cassazione n. 1456 del 22 gennaio 2013*

La sentenza in commento si pone in controtendenza rispetto all'evoluzione delineata nei paragrafi precedenti e che ha visto protagonista, in primo luogo, la Corte di Giustizia e, in parte, la Cassazione. Evoluzione che può sintetizzarsi nella apertura verso un concetto di ramo d'azienda potenzialmente in grado di perseguire un obiettivo economicamente valutabile, al momento della cessione al netto dei supporti amministrativi, commerciali e logistici che inevitabilmente assistono ogni attività nelle realtà produttive complesse come le attuali; sul punto ammettendosi, come già rilevato, anche il trasferimento frazionato di parti d'azienda destinate a supportare, con attività accessorie, il principale ramo ceduto<sup>50</sup>. Fa da corollario a questa visione aggiornata di ramo d'azienda la compatibilità dell'autonomia funzionale con l'eventuale integrazione del segmento ceduto ad opera degli elementi presenti nella azienda del cessionario, come altra faccia della medaglia della dipendenza delle unità, sia pur economicamente autonome, dalle attività

<sup>48</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 27.

<sup>49</sup> In questo senso: MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, p. 595.

<sup>50</sup> V. la già citata Cass. 22 marzo 2006 n. 6292, nonché Cass. 1 gennaio 2008 n. 2489 che considera far parte del ramo d'azienda, e quindi automaticamente cedibili, non solo i rapporti dei dipendenti addetti alla produzione, ma anche quelli dei lavoratori che erano addetti ad attività di supporto al ramo stesso. Anche la recente, già citata, Cass. 4 dicembre 2012 n. 21711 la quale, non soltanto ammette che il ramo d'azienda possa consistere in un'entità anche potenzialmente, o al netto dei supporti generali sussistenti presso l'azienda cedente, idonea allo svolgimento di un'attività economica, ma ritiene anche che nel contratto di cessione possa individuarsi una "porzione o frazione produttiva che precedentemente era strettamente legata ai supporti logistici e materiali presenti nell'azienda cedente". In dottrina: MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.Vv., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004, Giuffrè, p. 395.

accessorie dell'azienda di appartenenza. Se, infatti, è possibile che i servizi accessori siano trasferiti in uno con l'attività produttiva del ramo, ugualmente questi potranno essere reperiti nell'azienda del cessionario, senza che ciò metta in dubbio la sussistenza di un trasferimento ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.

La Corte, nella sentenza in esame, afferma innanzitutto che per ramo d'azienda deve intendersi "...ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e (...) consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo...". Per accertarne l'esistenza bisogna valutare una serie di elementi in relazione al tipo di impresa e che attengono al trasferimento di elementi materiali o immateriali, alla riassunzione della maggior parte dei lavoratori, al trasferimento della clientela e all'analogia tra le attività esercitate prima e dopo la cessione. Fin qui la sentenza non si discosta dai precedenti ed apre ad interpretazioni più o meno "allargate" della fattispecie.

L'esplicazione dei suddetti criteri in relazione al caso concreto è invece significativa di una volontà di restringere il campo di applicazione dell'art. 2112 cod. civ. al di là di quanto non sia stato fatto in precedenti pronunzie: la genuinità del trasferimento dipende dall'esistenza di "una autonoma e compiuta realtà organizzativa", che permetta alla struttura di funzionare autonomamente anche da un punto di vista commerciale e amministrativo, cui deve aggiungersi l'elemento dell'avviamento comprensivo della clientela. È la "piccola azienda" autoconclusa e autosufficiente che torna a farsi spazio nelle argomentazioni della Corte con evidente distacco da una realistica visione dei processi circolatori e di esternalizzazione di attività aziendali e delle potenzialità degli stessi in termini non solo di salvataggio delle imprese ma anche dell'occupazione. Significativa al riguardo la negativa considerazione ai fini della sussistenza del ramo funzionalmente autonomo, della temporanea dipendenza del ramo ceduto dalle commesse del cedente che aveva assunto la veste di appaltante a seguito di contratto di esternalizzazione stipulato col cessionario; situazione in cui viene a trovarsi la maggior parte dei rami esternalizzati e che ha trovato consacrazione nell'ultima parte del comma 5° dell'art. 2112 cod. civ. aggiunta dal d.lgs. 276/2003. A dimostrazione che la debolezza in cui potrebbero trovarsi i lavoratori esternalizzati, per mancanza di lavoro e di disponibilità finanziaria del cessionario e dietro la quale potrebbe intravedersi la dipendenza dalle commesse del cedente, non è indice



di mancanza di autonomia del ramo, ma un dato acquisito alla fattispecie, il legislatore prevede un regime di solidarietà tra appaltante/cedente e appaltatore/cessionario a garanzia rafforzata dei lavoratori ceduti ma non l'ille-gittimità della cessione come conseguenza di una eventuale esclusiva dipendenza del ramo ceduto dalle richieste del cedente.

Parafrasando una nota ed efficace espressione con la quale era stata descritta la parziale curvatura della disciplina legislativa in direzione degli interessi datoriali, già all'indomani della riforma del 2001<sup>51</sup>, può dirsi che assistiamo oggi all'"eterogenesi dell'eterogenesi dei fini" dell'art. 2112 cod. civ.: una riforma pensata, e poi ripensata nel 2003, per assecondare le pratiche di dismissione dettate dalla convenienza di produzioni esterne che poi vengono riacquisite, svolge oggi un ruolo di tutela di lavoratori che rischiano l'espulsione definitiva dal processo produttivo ove questo non venga flessibilizzato.

All'obiezione, condivisibile in linea di principio, che un allargamento delle maglie del dettato normativo possa consolidare un'interpretazione che invece costituisce un rimedio estremo in una situazione contingente, può risponderci che appartiene alla natura del diritto del lavoro lo spostamento continuo del baricentro delle norme a favore dell'una o dell'altra parte del rapporto senza che ciò significhi abbandono della vocazione alla tutela della parte debole, e che anzi proprio tale flessibilità consente di evitare ben più dolorosi strappi nel tessuto normativo, o cancellazione di tutele, sotto la spinta esterna del fattore politico-economico<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 21.

<sup>52</sup> Sul tema della flessibilità e dell'impatto della stessa sull'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro v. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Relazione al Convegno A.I.D.LA.S.S., Bologna, 2103.



## notizie sugli autori

### **Paola Bozzao**

*Professore associato di Diritto del lavoro - Università di Roma La Sapienza*

### **Francesco M. De Sanctis**

*Professore emerito di Filosofia del diritto - Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

### **M. Cristina Aguilar González**

*Profesora contratada Doctora - Universidad de Cádiz*

### **Alessia Giurini**

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro - Università di Cassino*

### **Maria Teresa Salimbeni**

*Professore associato di Diritto del lavoro - Università Suor Orsola Benincasa di Napoli*

### **Raffaello Santagata**

*Ricercatore di Diritto del lavoro - Seconda Università di Napoli*

### **Gaetano Zilio Grandi**

*Professore straordinario di Diritto del lavoro - Università Ca' Foscari di Venezia*

### **Antonello Zoppoli**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*

### **Lorenzo Zoppoli**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*



# abbreviazioni

## **Normativa**

<i>ai</i>	accordo interconfederale
<i>cnc</i>	contratto collettivo nazionale di comparto
<i>cnl</i>	contratto collettivo nazionale di lavoro
<i>cnq</i>	contratto collettivo nazionale quadro
<i>cod. civ.</i>	codice civile
<i>cod. pen.</i>	codice penale
<i>cod. proc. civ.</i>	codice di procedura civile
<i>cod. proc. pen.</i>	codice di procedura penale
Cost.	Costituzione
<i>d.d.l.</i>	disegno di legge
<i>d.g.r.</i>	delibera giunta regionale
<i>d.i.</i>	decreto interministeriale
<i>dir.</i>	direttiva della Comunità europea
<i>dir. P.C.M.</i>	direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.l.</i>	decreto legge
<i>d.lgs.</i>	decreto legislativo
<i>d.lgs.lgt.</i>	decreto legislativo luogotenenziale
<i>d.m.</i>	decreto ministeriale
<i>d.P.C.M.</i>	decreto Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.P.R.</i>	decreto Presidente della Repubblica
<i>gu</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>guce</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>gue</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>jo</i>	Journal Officiel
<i>l.</i>	legge
<i>l.cost.</i>	legge costituzionale
<i>l.d.</i>	legge delega
<i>l.p.</i>	legge provinciale
<i>l.r.</i>	legge regionale
<i>pl</i>	Public Law
<i>racc.</i>	raccomandazione della Comunità europea

<i>r.d.l.</i>	regio decreto legge
<i>reg.</i>	regolamento della Comunità europea
<i>St. lav.</i>	Statuto dei lavoratori
<i>Statutes</i>	Statutes at Large
<i>Supp.</i>	Supplement
<i>Tratt. ce</i>	Trattato delle Comunità europee
<i>t.u.</i>	testo unico

### Giurisprudenza e altre Autorità

<i>Caa</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cassazione
<i>Cass. Pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cass. Sez. Un.</i>	Cassazione Sezioni Unite
<i>App.</i>	Corte d'Appello
<i>C. Conti</i>	Corte dei Conti
<i>C. Cost.</i>	Corte Costituzionale
<i>Comm. Gar.</i>	Commissione di Garanzia
<i>Cons. Giust. Amm. Sic.</i>	Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia
<i>Cons. St.</i>	Consiglio di Stato
<i>Cons. St., Ad. Plen.</i>	Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria
<i>C. Eur. Dir. Uomo</i>	Corte europea dei diritti dell'Uomo
<i>C. Giust.</i>	Corte di Giustizia delle Comunità europee
<i>Pret.</i>	Pretura
<i>Trib.</i>	Tribunale
<i>Ta</i>	Tribunal administratif
<i>Tar</i>	Tribunale amministrativo regionale

### Commentari, enciclopedie e trattati

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani

<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone
<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

### Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater

<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&amp;CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de informacìon sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	cns-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law



<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio
<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEcl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&amp;G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLOro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTr</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line

<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWS T</i>	he European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EM</i>	Environmental Management
<i>EP</i>	Economic Policy
<i>EPI</i>	Economia e politica industriale
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ETUI-REHS WP</i>	European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety
<i>EuD</i>	Europa e diritto
<i>EULJ</i>	European Law Journal
<i>EwLR</i>	European Law Review
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>GA Sicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore

<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics

<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics

<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTI</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&amp;G</i>	Legge&Giustizia: <a href="http://www.legge-e-giustizia.it">www.legge-e-giustizia.it</a>
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review

<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica

<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro

<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, <a href="http://www.reconproject.eu">www.reconproject.eu</a>
<i>REDT</i>	Rivista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Pubbl.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia



<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelijke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review

SO	Studi Organizzativi
<i>Società</i>	Le Società
SP	Sanità pubblica
SS	Sicurezza sociale
SU	Studi urbinati
TAR	I tribunali amministrativi regionali
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
TE	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
TG	Toscana giurisprudenza
TL	Temas Laborales
TP	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
UA	Urbanistica e appalti
UCLR	University of Chicago Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
VN	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
WD	World Development
WESoc.	Work, Employment and Society
WP	World Politics
WP C.S.D.L.E.	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <i>www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</i>
WP	Olympus I Working Paper di Olympus
WSIM	wsi - Mitteilungen
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	Yale Law Journal
ZA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Finito di stampare nel mese di settembre 2013  
dalla Grafica Elettronica (Na)

