

# indice

## editoriale

- 5 SABINO CASSESE  
*Discorso critico sul diritto del lavoro*

## saggi

- 11 EDOARDO ALES  
*Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata”*
- 27 LORENZO GAETA  
*Aspetti giuridici del lavoro degli indigeni nelle colonie italiane*
- 43 ANTONIO VISCOMI  
*L’adesione successiva alla disciplina pattizia. Brevi note sul Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014*
- 57 ANDREA PACELLA, RICCARDO REALFONZO,  
GUIDO TORTORELLA ESPOSITO  
*Flessibilità del lavoro e competitività in Italia*
- 87 UMBERTO GARGIULO  
*Il licenziamento “economico” alla luce del novellato articolo 18*
- 129 CLAUDIA MURENA  
*Lavoro domestico e contributo di licenziamento*

## laboratorio normativo

- 155 *Proposta di legge sindacale della rivista*
- 167 *Guida alla lettura della proposta di legge*

**giurisprudenza**

- 175 MASSIMILIANO DELFINO  
*La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi fondamentali*  
(nota a Corte di giustizia 18 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union local des syndicats CGT*, C-176/12)
- 191 LAURA TEBANO  
*Gli aiuti pubblici per calamità naturali e il ruolo del giudice nazionale: dall'(in)certa qualificazione all'esenzione*  
(nota a Tribunale di Vercelli 9 ottobre/7 novembre 2012 n. 122)

**osservatorio**

- 211 GIACINTO DELLA CANANEA  
*L'ANVUR e le banche dati per l'area giuridica*
- 221 CONFERENZA DELLE ASSOCIAZIONI SCIENTIFICHE  
DI AREA GIURIDICA  
*Parere sull'uso degli indicatori bibliometrici per la valutazione in ambito giuridico*
- 225 SONIA MCKAY  
*Gli aspetti transnazionali del lavoro sommerso ed il ruolo della legislazione europea*
- 247 LUKASZ PISARCZYK  
*Il licenziamento individuale in Polonia*
- 263 *Notizie sugli autori*
- 265 *Abbreviazioni*
- 281 *Errata corrige*

# table of contents

## editorial

- 5 SABINO CASSESE  
*Critical Discourse on Labour Law*

## articles

- 11 EDOARDO ALES  
*About Illegal Work or, better, 'Undeclared Work': a Legal Typology based on a 'Paid Activity'*
- 27 LORENZO GAETA  
*Legal Aspects of Work of Native People in the Italian Colonies*
- 43 ANTONIO VISCOMI  
*The Successive Accession to the Covenantal Discipline. Brief Notes on the "Testo Unico sulla Rappresentanza" of 10 January 2014*
- 57 ANDREA PACELLA, RICCARDO REALFONZO,  
GUIDO TORTORELLA ESPOSITO  
*Labour Flexibility and Competitiveness in Italy*
- 87 UMBERTO GARGIULO  
*The "Economic" Dismissal in the Light of Amended Article 18*
- 129 CLAUDIA MURENA  
*Domestic Work and Dismissal Contribution*

## normative laboratory

- 155 *Industrial Relations Bill*
- 167 *Explanatory memorandum to the Bill*

**case law**

- 175 MASSIMILIANO DELFINO  
*The Court and the Charter: a ‘Consistent’ Interpretation of Fundamental Social Rights and Principles*  
(case note to judgment of the Court of Justice 18 January 2014, *Association de médiation sociale v. Union local des syndicats CGT*, C-176/12)
- 191 LAURA TEBANO  
*Public Aid for Natural Disasters and the Role of the National Courts. From the (Un)certain Qualifying towards the Exemption*  
(case note to judgment of Tribunale di Vercelli 9 October/7 November 2012 no. 122)

**observatory**

- 211 GIACINTO DELLA CANANEA  
*Anvur and the Databases in the Legal Field*
- 221 CONFERENZA DELLE ASSOCIAZIONI SCIENTIFICHE  
DI AREA GIURIDICA  
*Opinion about the Use of Bibliometric Indicators for Assessment in the Legal Field*
- 225 SONIA MCKAY  
*Transnational Aspects of Undeclared Work and the Role of EU legislation*
- 247 LUKASZ PISARCZYK  
*Individual Dismissals in Poland*
- 263 *Authors’ information*
- 265 *Abbreviations*
- 281 *Errata corrigé*

**Sabino Cassese**

Discorso critico sul diritto del lavoro

La scienza del diritto del lavoro ha avuto, nel secondo dopoguerra, un ruolo esemplare. Nata dalle rovine del diritto corporativo, è stata un modello per forza ricostruttiva, capacità di critica e di commento, presenza nello spazio pubblico, abilità propositiva (non si dimentichi che, nelle sue grandi stagioni, la scienza giuridica è stata sempre al servizio della società). Inoltre, non è stata malata di astrattismo, di positivismo e di dogmatismo, come altri rami del sapere giuridico.

Ad un certo punto, tuttavia, essa ha cominciato ad avvitarci su se stessa. Posso indicare questo punto nel momento in cui Giugni ha osservato che, al fondo, legislazione e contrattazione sono la stessa cosa, perché i sindacati possono contrattare sia con l'esecutivo, sia con il legislativo. Qui ho visto i segni di un cedimento, tanto più rilevante in quanto veniva da chi aveva impostato le tavole del nuovo diritto del lavoro nel dopoguerra, definendolo, sulla scia di un Santi Romano rivisto in chiave normativistica, un "ordinamento intersindacale".

Come si può mettere sullo stesso piano la legislazione negoziata – sperimentata altrove, ma in contesti e circostanze diverse – e la contrattazione? Una contrattazione con organi legislativi, ben poco attrezzati a svolgere il ruolo di controparte in una trattativa sindacale, sarà necessariamente falsata dal ruolo rappresentativo generale del Parlamento. Una negoziazione che sfocia in legge assumerà una forza giuridica ben diversa dal contratto.

Ritengo, quindi, utile una riflessione generale sullo stato attuale del diritto del lavoro, alla quale vorrei contribuire con poche, scarse riflessioni su tutti i temi rilevanti, il lavoro, il sindacato, il lavoro nella Costituzione, il posto dei lavoratori nello spazio pubblico, quello dei lavoratori nell'impresa, la democrazia. Queste riflessioni non considerano due altri aspetti, di contesto,

che pure sono molto rilevanti: quello dell'impresa e dei datori di lavoro in generale, che non hanno favorito la modernizzazione della disciplina, e quello della società e della politica, che hanno sia delegato ai sindacati, sia approfittato di essi come fattore di contenimento della protesta sociale.

Che cosa è cambiato nel mondo del lavoro? Se l'impresa è lo strumento con il quale si evitano i costi di negoziazione (quelli che erroneamente vengono definiti di transazione), al diminuire di tali costi, diventa meno conveniente per l'imprenditore dotarsi di proprie strutture, invece di comperare i relativi servizi sul mercato. Penso che questo stia accadendo. La produzione di massa è in crisi. Il modello fordista è da tempo superato. L'organizzazione della produzione di tipo classico diventa obsoleta perché l'imprenditore raggiunge gli stessi fini attraverso il mercato, acquistando beni e servizi. Le grandi imprese manifatturiere diminuiscono. Dal fordismo si è passati all'impresa minima e al "networking". Vi sono grandi imprese, ma nel settore dei servizi. Diventa marginale la fabbrica, con i suoi stabilimenti; quindi, il lavoro come fatto collettivo. L'autonomia collettiva, a dimensione nazionale, come tradizionalmente intesa, è marginalizzata, mentre si affermano i contratti aziendali in deroga.

Parallelamente, si sviluppano i "nuovi lavori", variamente definiti, atipici, delocalizzati, fluidi.

Il lavoro, nel senso tradizionale, si trasforma. Di conseguenza, cambiano i dati di base su cui è nato il diritto del lavoro del dopoguerra, quelli che hanno indotto i costituenti a proporre che la Repubblica fosse "di lavoratori" e poi a scrivere nell'articolo primo della Costituzione che la Repubblica è "fondata sul lavoro".

Ecco, quindi, una prima verifica da svolgere: la costruzione del diritto del lavoro come prodotto principalmente dell'autonomia collettiva (salvo le legislazioni chiamate di sostegno perché laterali o di contesto) su quale base empirica si regge oggi? È ancora valida? La cultura lavoristica non deve tener conto delle modificazioni dell'organizzazione dell'impresa e del lavoro?

Il secondo punto critico, che richiede una nuova riflessione giuridica, riguarda i sindacati. Questi stanno scomparendo, nel mondo, quali attori sociali, perché altri sono i canali di rappresentanza e altri i mediatori (i cosiddetti sindacati globali, Confederazione Internazionale dei Sindacati, TUAC e Global Unions, federazioni di categoria mondiali, sono altra cosa, anche se conservano la denominazione di sindacato). Hanno, in Italia, una base associativa in prevalenza di pensionati, non di lavoratori. Può dirsi – però – che

la loro struttura associativa è soltanto virtuale. Sono in molti modi finanziati dai poteri pubblici (conferimento di sedi, patronati, Caf, enti di formazione, aspettative e permessi gratuiti nel pubblico impiego). Sono divenuti pesanti e costosi, perché hanno troppi dipendenti. Esercitano autorità, anche sui non iscritti, ma non sono “accountable” a nessuno. Sono fortemente centralizzati, non trasparenti e oligarchici. Seguono indirizzi conservatori (ad esempio, si battono regolarmente per la stabilizzazione di precari negli uffici pubblici, in barba al dettato della Costituzione). Hanno perseguito la contrattualizzazione del pubblico impiego, ma l’hanno arrestata a metà, perché i relativi comparti sono rimasti separati da quelli del lavoro privato, per difendere le posizioni di “status”, la stabilità del posto pubblico, il finanziamento pubblico delle prerogative sindacali. Ambiscono alla rappresentanza di interessi generali, e non solo collettivi. Occupano spazi pubblici che non competono loro, come le istituzioni del benessere (a cominciare dall’Inps) o l’Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, divenuta ormai una organizzazione satellite. Infine, i sindacati, pur dichiarandosi grandi sostenitori della Costituzione, hanno propugnato la principale violazione della Costituzione, consistente nella mancata attuazione degli articoli 39 e 46. In conclusione, i sindacati occupano spazi e usano risorse pubbliche, ma rifiutano di accettare le relative responsabilità e i conseguenti controlli.

Se questo sono divenuti i sindacati eufemisticamente detti dei lavoratori, stretti nella contraddizione tra perdita della funzione e ambizione a svolgere il ruolo di potere pubblico, può ancora pensarsi a un loro posto nella dialettica dell’autonomia collettiva?

In terzo luogo, viene il lavoro nella Costituzione. Qui le cose si complicano. Da un lato, occorre chiarire quale base costituzionale debba trovare il lavoro nella carta costituzionale, tenendo conto della decisione dei sindacati dei lavoratori di estraniarsi dal quadro tracciato nel 1948 (sia pur con ricorrenti ripensamenti circa l’utilità di interventi legislativi). Dall’altro, bisogna prendere atto della pluralità di dettati costituzionali ormai presenti, quello nazionale, quello della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e quello della Carta dell’Unione europea. Queste tre costituzioni si intersecano e non corrispondono al modello del cosiddetto costituzionalismo multilivello, in quanto non vi sono gerarchie.

Non a caso il primo rinvio pregiudiziale riguardante una questione incidentale è stato fatto dalla Corte costituzionale italiana in una materia lavoristica importante come quella del lavoro a tempo determinato, in vista

dell'interpretazione della direttiva europea che considera con favore il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Poiché l'area degli interventi degli ordini giuridici non nazionali è destinata ad ampliarsi, il compito della scienza giuridica lavoristica è particolarmente complesso, esso deve tener conto dell'inattuazione costituzionale italiana, alla luce delle prescrizioni delle altre due costituzioni.

Viene, poi, il tema della presenza dei lavoratori nello spazio politico – istituzionale. Una volta questa presenza era assicurata dai sindacati. Ma questi, da canale di rappresentanza, si sono trasformati in un impedimento alla rappresentanza degli interessi collettivi del lavoro, anche perché i “nuovi lavori” non passano attraverso di essi. Come nella seconda fase del fascismo, i sindacati sono stati o si sono ammutoliti, mentre i sindacalisti sono stati promossi o integrati nel corpo politico.

Per dare una voce ai lavoratori era stato istituito il Consiglio dell'economia e del lavoro, ma anche questo si è trasformato in cronicario per sindacalisti in pensione, non è riuscito neppure a divenire centro di raccolta di dati e informazioni, né archivio ufficiale dei contratti collettivi, è persino giunto all'onore delle cronache per il modo il cui spende le risorse assegnate, ed è quindi meglio sopprimerlo. Si riconoscerà così che il modello della rappresentanza organica degli interessi, coltivato dagli inizi del XX secolo, è superato dalla rappresentanza procedurale.

Per impostare su nuove basi il problema della presenza dei lavoratori nello spazio politico-istituzionale, bisogna andare indietro, ai primi due decenni del XX secolo, quando in Italia (come in Francia) si parlava addirittura di “Stato sindacale”, nel senso che gli organismi dei lavoratori avevano un ruolo tanto importante da divenire elemento caratteristico dello Stato. Oggi, il lavoro sembra fuori dell'uscio della politica, estraneo al processo che conduce alle decisioni collettive. È forse conseguenza della stessa dottrina fondante del moderno diritto del lavoro, quella secondo cui l'ordinamento intersindacale è fonte delle proprie norme?

Il lavoro e i lavoratori non solo si sono estraniati dalla Costituzione, non solo sono caduti lentamente fuori dallo spazio pubblico, ma sono anche usciti dall'impresa, quando hanno rifiutato la cogestione prevista dalla Costituzione, alla quale avevano lavorato socialisti come Rodolfo Morandi e Massimo Severo Giannini. I sindacati hanno la principale responsabilità del rifiuto di studiare quelle “forme” e quei “modi” che avrebbero potuto consentire ai lavoratori di far sentire la propria voce nell'impresa. Un rifiuto dettato da



spirito di corpo, dal timore che i lavoratori avrebbero potuto far sentire la propria voce in altri modi e attraverso altri canali. In una parola, i sindacati hanno rifiutato di attuare la Costituzione per conservare il proprio monopolio della rappresentanza. Mentre tutto il mondo è alla ricerca di forme nuove di partecipazione, specialmente di quelle procedurali, il rifiuto sindacale italiano ha condotto i lavoratori su un binario morto, all'afonia.

Infine, l'Italia, con i suoi 127 governi e le sue 12 formule elettorali in 150 anni, è chiaramente un paese alla ricerca della democrazia. Nella democrazia non c'è un posto e un compito per i lavoratori e per le loro forme di azione collettiva? Nel discorrere che si fa sulle forme nuove di democrazia procedurale e di democrazia deliberativa perché non tener conto anche dell'azione dei lavoratori?



## Edoardo Ales

### Del lavoro sommerso o, meglio, “non dichiarato”: una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di “attività remunerata”\*

*“La gravità, l’ampiezza e la complessità  
del fenomeno del lavoro sommerso  
e delle sue cause è la premessa  
di qualsiasi discorso in materia”*

GAROFALO M.G.\*\*

**Sommario:** 1. Premessa. 2. La nozione di attività remunerata. 3. Gli obblighi di registrazione e di dichiarazione. 4. Tipologie di violazione degli obblighi di registrazione e/o dichiarazione. 5. Conclusioni.

#### 1. Premessa

Nel lessico delle istituzioni comunitarie, il lavoro non dichiarato (*undeclared work*) è stato definito come “ogni attività remunerata, in sé legale ovvero non criminale, ma non dichiarata alle autorità pubbliche preposte secondo i differenti sistemi regolativi vigenti in ciascuno Stato Membro”<sup>1</sup>.

\* Il saggio, destinato agli Studi in Memoria di Mario Giovanni Garofalo, rielabora, *funditus*, la *Key-note speech* svolta al 6th Annual Legal Seminar dello European Labour Law Network (<http://www.labourlawnetwork.eu/>), tenutosi a Frankfurt am Main (Germania) dal 17 al 18 ottobre 2013 sul tema *Undeclared work*.

\*\* GAROFALO M.G., *Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso: gli indici di congruità*, in PINTO (a cura di), *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, Cacucci, 2008, II edizione, p. 63.

<sup>1</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Communication on undeclared work*, COM(1998) 219 final, ripresa e ribadita da EUROPEAN COMMISSION, *Stepping up the fight against undeclared work*, COM(2007) 628 final. Sulle posizioni della Commissione Europea in materia di lavoro non dichiarato v., almeno, con toni più o meno critici, BARBIERI, *L’intervento comunitario di contrasto al lavoro nero*

Condivisibilmente si ritiene che una simile definizione, fondata sul concetto di attività remunerata, sia stata adottata in quanto

*“it allows for the inclusion of forms of undeclared work that are popular in Europe and which are excluded in enterprise and/or jobs-based definitions. Prominent examples include: the under-reporting of income by self-employed people and formal businesses, which are excluded in an enterprise-based definition; and ‘envelope wages’, whereby a formal employee receives part of their wage on a declared basis and the remainder on an undeclared basis. Both jobs and enterprise-based definitions omit these forms of undeclared work, since the worker is in a formal job and the work takes place in a registered enterprise”*<sup>2</sup>.

Peraltro, l’espressione lavoro non dichiarato è, ad avviso di chi scrive, quella che, dal punto di vista giuridico, meglio consente di dotare di significato il fenomeno comunemente evocato come lavoro ‘nero’ o ‘sommerso’. Per il giurista, infatti, entrambi gli aggettivi, così come i loro contrari ‘bianco’ ed ‘emerso’, sono privi di significato tecnico, mentre ‘dichiarato’ evoca, in maniera inequivocabile, l’avvenuto adempimento degli obblighi giuridici che l’ordinamento di riferimento impone a chi utilizza e a chi fornisce una prestazione lavorativa remunerata.

Lo stesso può dirsi di ‘irregolare’ e del suo contrario ‘regolare’, così come dell’espressione “lavoro prestato irregolarmente”<sup>3</sup>, la quale, tuttavia, soprattutto nella prospettiva dell’applicazione dell’apparato sanzionatorio, sconta il margine di indeterminazione legato all’individuazione della ‘regola’ da applicare nella singola fattispecie.

D’altronde, una simile impostazione risulta, ora, direttamente confermata dal legislatore italiano, il quale, nel riscrivere, con l’art. 4 l. 4 novembre 2010 n. 183, la disciplina della cosiddetta maxisanzione per il lavoro sommerso (originariamente introdotta dall’art. 3 d.l. 22 febbraio 2002 n. 12 come convertito dalla l. 23 aprile 2002 n. 73)<sup>4</sup>, la rende applicabile esclusivamente a

*alla luce dell’esperienza italiana, in RIDL, 2010, III, p. 85 ss.; ZOPPOLI L., Unione Europea e lavoro sommerso: nuove attenzioni e vecchie contraddizioni, in RGL, 2008, I, p. 81 ss.; BELLAVISTA, Il lavoro sommerso, Giappichelli, 2002, p. 7 ss.*

<sup>2</sup> WILLIAMS, RENOY, *Measures to tackle undeclared work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008, p. 5.

<sup>3</sup> Così, riprendendo Dell’Olio, FAIOLI, *Il lavoro prestato irregolarmente*, Giuffrè, 2008.

<sup>4</sup> Sul punto v. BRUN, *Art. 4 Misura contro il lavoro sommerso*, in NOGLER, MARINELLI, *La ri-*

quelle fattispecie nelle quali il datore di lavoro abbia omesso la comunicazione preventiva della instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato dovuta ai sensi dell'art. 9-*bis*, co. 2 d.l. 1 ottobre 1996 n. 510, come convertito dalla l. 28 novembre 1996 n. 608 e da ultimo sostituito dall'articolo unico, comma 1180, della l. 27 dicembre 2006 n. 296 (Finanziaria per il 2007)<sup>5</sup>.

La scelta di far riferimento al mancato adempimento dell'obbligo preventivo di comunicazione<sup>6</sup> al fine di definire l'elemento oggettivo che determina l'applicazione della maxisanzione, espone il legislatore italiano alle critiche già autorevolmente mosse in dottrina<sup>7</sup> alla Commissione Europea circa la portata (in apparenza) necessariamente escludente dell'espressione 'lavoro non dichiarato' rispetto a quelle forme limitrofe, ma quantitativamente e qualitativamente non meno importanti, che potremmo qui definire di 'dichiarazione parziale' e di 'dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta' dell'attività lavorativa<sup>8</sup>.

Tuttavia, proprio il riferimento alla dichiarazione (anche nella sua forma parziale o non conforme) quale significante giuridico comune alle varie fattispecie latamente riconducibili al lavoro 'sommerso'<sup>9</sup>, consente, ad avviso di chi scrive, di superare le critiche appena richiamate, enfatizzando, di contro, la portata includente, nella nozione di lavoro non dichiarato, di dette forme limitrofe, attribuibile alla dichiarazione, vista, appunto, quale elemento giuridico pregnante, negato, parzialmente affermato o mistificante la fattispecie concreta<sup>10</sup>.

Partendo, dalla definizione sopra enunciata, ci si ripromette di analizzare la nozione di attività remunerata; di individuare gli obblighi, attivi e passivi,

*forma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet Giuridica, 2012, p. 27 ss. e GAROFALO D., *Le misure contro il lavoro sommerso nel Collegato Lavoro 2010*, in *LG*, 2011, p. 71 ss.

<sup>5</sup> Sul punto v. FILÌ, *La comunicazione anticipata dell'assunzione e gli adempimenti successivi*, in *LG*, 2007, p. 233 ss.

<sup>6</sup> Espressione tipica con la quale, pressoché ovunque, ovviamente nelle diverse lingue, si indica la dichiarazione dell'attività lavorativa.

<sup>7</sup> VISCOMI, *Profili giuridici del lavoro sommerso*, in questa rivista, 2000, p. 379 ss. e, in particolare, pp. 384-385.

<sup>8</sup> V., *infra*, par. 4.

<sup>9</sup> Di lavori sommersi, a sottolinearne la molteplicità, parla, invece, VISCOMI, *op. cit.*, pp. 385-386.

<sup>10</sup> Sulla diversa scelta operata, inopinatamente ad avviso di chi scrive, da parte del legislatore italiano, v. *infra* par. 4.

di dichiarazione (spesso anche detti di registrazione o comunicazione) che incombono sulle parti, il loro oggetto, le loro finalità generali e specifiche e le autorità pubbliche coinvolte nel loro adempimento; di tipizzare, infine, le violazioni riferibili a detti obblighi, riconducendole alla persona giuridica o fisica sulla quale essi incombono a seconda dell'attività esercitata.

## 2. *La nozione di attività remunerata*

Nella prospettiva oggetto di analisi, l'attività remunerata (*paid activity*) assume due forme idealtipiche: quella d'impresa, svolta da una persona giuridica, e quella di lavoro, posta in essere da una persona fisica, nell'ambito di una rapporto autonomo o subordinato. Si tratta, con tutta evidenza, di una distinzione grossolana, tenuto conto delle ben note difficoltà di differenziazione dell'attività d'impresa da quella di lavoro autonomo<sup>11</sup>, e, all'interno di quella di lavoro, tra autonomia (coordinata) e (quasi) subordinazione<sup>12</sup>.

A prescindere dal gusto della concettualizzazione tassonomica, come sempre nella prospettiva giuridica, anche in questo campo, distinzioni e definizioni risultano cruciali. Anzitutto perché dalla qualificazione dell'attività come d'impresa o di lavoro discendono obblighi diversi per le parti, i quali, nel primo caso, vengono piuttosto classificati di registrazione, mentre, nel secondo, come detto, di dichiarazione. Inoltre, ma forse anche prioritariamente, perché la branca del diritto applicabile e, al suo interno, il regime giuridico

<sup>11</sup> Sul punto, da ultimo, RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore e lavoro prevalentemente personale*, Giappichelli, 2012. Spunti, con riferimento all'impresa artigiana, in MOCELLA, *Impresa artigiana e diritto del lavoro*, ESI, 2005.

<sup>12</sup> Sul punto v., almeno, tra i più recenti e stimolanti, PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, in *DRI*, 2013, p. 1 ss.; BORZAGA, *Lavorare per progetti. Uno studio su contratti di lavoro e nuove forme organizzative d'impresa*, Cedam, 2012; MARTELLONI, *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, Bononia University Press, 2012; PASSALACQUA, *La nuova disciplina del lavoro autonomo e associato*, Utet Giuridica, 2012. In una prospettiva comunitaria e/o comparatistica v. BORZAGA, *op. cit.*; NOGLER, *The concept of "subordination"*, in *European and comparative law*, Quaderni Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, 2009; VETTOR, *Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitivi e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei*, in PALLINI (a cura di), *Il "lavoro a progetto" in Italia e in Europa*, il Mulino, 2006, p. 163 ss.; PERULLI, *Economically dependent/quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects*, 2003, in <http://ec.europa.eu/social/-BlobServlet?docId=2510&langId=en>.

di riferimento, cambiano a seconda della qualificazione dell’attività, qualificazione che, a sua volta, porta con sé oneri legali e finanziari diversi che accompagnano la registrazione e/o la dichiarazione.

In questa prospettiva, il soggetto che intende svolgere l’attività remunerata è chiamato, unilateralmente o negozialmente, a scegliere, a fini di registrazione e/o dichiarazione, lo strumento giuridico che, tra quelli offerti dall’ordinamento di riferimento, meglio si attaglia alla fattispecie concreta<sup>13</sup>. In alcuni casi, questo processo di auto-qualificazione può essere agevole; in altri difficoltoso, primariamente a causa delle incertezze qualificatorie/definitorie di cui, sovente, soffre l’ordinamento giuridico di riferimento; in altri ancora, e sono probabilmente i più numerosi, la pesantezza degli oneri giuridici e finanziari riconducibili alla corretta qualificazione della fattispecie concreta induce la parte o le parti a optare in favore di una diversa e meno onerosa qualificazione<sup>14</sup>, seguita da una dichiarazione non rispondente alla qualificazione tipizzata dall’ordinamento o, più radicalmente, da un’assenza di dichiarazione e/o di registrazione dell’attività remunerata.

Come noto, incertezze qualificatorie sono rinvenibili sia con riferimento all’attività d’impresa che di lavoro. Quanto alla prima, esse sono principalmente legate alla circostanza che detta attività può essere svolta, in titolarità, anche da una persona fisica, la quale combina, dunque, l’attività lavorativa propria con l’organizzazione di attività remunerate svolte da altre persone, fisiche o giuridiche. In questi casi, ai fini che qui rilevano, l’attività è qualificata contemporaneamente come d’impresa e di lavoro, con la conseguenza che, negli ordinamenti nei quali vige l’obbligo assicurativo del lavoro autonomo, la persona fisica deve non solo registrare la propria attività d’impresa (spesso assumendo la veste di persona giuridica) ma anche auto-dichiararla come di lavoro a fini previdenziali.

Quanto all’attività di lavoro, le incertezze qualificatorie sono nella maggior parte dei casi, se non esclusivamente, riconducibili alla presenza di rap-

<sup>13</sup> L’affermazione è ardua e il terreno estremamente sdruciolevole, come dimostra l’impegno profuso dalla migliore dottrina in tema di certificazione nel chiarire che “la qualificazione del contratto non spetta alle parti”: NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, p. 209 ss. Qui si intende sostenere che, comunque, la parte è chiamata a una scelta inevitabilmente (anche se a-tecnicamente) qualificatoria, sulla quale fondare la dichiarazione dell’attività remunerata come d’impresa o di lavoro.

<sup>14</sup> Considerazioni analoghe in BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 9 e DELL’OLIO, *Il lavoro sommerso e la “lotta per il diritto”*, in *ADL*, 2000, p. 43.

porti il cui assoggettamento per intero alla disciplina del lavoro subordinato o autonomo, per modalità di svolgimento o condizione socio-economica del titolare, risulta difficile dal punto di vista giuridico o inaccettabile da quello sociale. Il caso paradigmatico è quello di colui o colei che, pur non svolgendo la propria prestazione sotto la direzione e il controllo di un datore di lavoro, neppure è completamente libero o libera di strutturare la propria attività, dato che quest'ultima si inserisce in un'organizzazione altrui rispetto alla quale deve essere coordinata con continuità.

Continuità e coordinamento, unitamente alla dipendenza economica<sup>15</sup> spesso desunta dalla mono-committenza, sono caratteristiche dell'attività lavorativa che hanno indotto alcuni legislatori europei a estendere, sia pure con gli adattamenti ritenuti necessari, a tali rapporti parte dei diritti riconosciuti al lavoro subordinato, mantenendo, tuttavia, la qualificazione quale autonoma della fattispecie. In questo modo, tuttavia, gli stessi legislatori, pur rifuggendo l'idea del *tertium genus*, hanno finito per certificare l'esistenza, almeno ai fini della dichiarazione, di nuove tipologie di attività lavorativa, autonoma coordinata o quasi subordinata.

### 3. *Gli obblighi di registrazione e di dichiarazione*

Come detto, dalla qualificazione della singola attività remunerata deriva la branca del diritto cui essa è assoggettata e, di conseguenza, gli obblighi di registrazione e/o dichiarazione ai quali è sottoposta. Dalla loro analisi emergono, tuttavia, notevoli intersezioni tra discipline giuridiche riferibili alla medesima fattispecie concreta. E così, se l'attività remunerata qualificata d'impresa è primariamente assoggettata al diritto commerciale e agli obblighi di registrazione ad esso connessi, nel caso sia svolta con lavoro prevalentemente personale<sup>16</sup>, essa è sottoposta anche al diritto della previdenza sociale, con conseguente necessario adempimento dei relativi obblighi di auto dichiarazione a fini assicurativi e contributivi. Lo stesso avviene per l'attività lavorativa

<sup>15</sup> Sulla quale v. ora PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, Cedam, 2013 e, prima, RAZZOLINI, *Lavoro economicamente dipendente e requisiti quantitativi nei progetti di legge nazionali e nell'ordinamento spagnolo*, in *DLRI*, 2011, p. 631. Con riferimento precipuo alla dipendenza economica, si veda anche il caso tedesco della *arbeitnehmerähnliche Person*, sul quale NEUVIANS, *Die arbeitnehmerähnliche Person*, Duncker&Humblot, 2002.

<sup>16</sup> Così RAZZOLINI, *Piccolo imprenditore*, cit.



prestata in forma autonoma, la quale, oltre ad essere sottoposta al diritto civile, è in molti casi soggetta a obblighi di dichiarazione a fini lavoristici e previdenziali, che diventano tanto più pregnanti quanto più emergono quelle condizioni di coordinamento o dipendenza economica richiamate in precedenza. Ovviamente qualsiasi attività remunerata è soggetta a obblighi fiscali, più o meno pesanti.

Parafrasando e utilizzando in maniera estensiva la formulazione adottata dal legislatore italiano per la prestazione di lavoro (art. 4-*bis* d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181), oggetto della registrazione e/o della dichiarazione è la costituzione, trasformazione, estensione o cessazione di qualsiasi attività remunerata.

Quanto alle finalità, si può dire che, quattro sono quelle per le quali gli obblighi di registrazione e/o dichiarazione sono imposti da disposizioni appartenenti ai vari rami del diritto che governano le attività remunerate: (a) di *politica del lavoro* e di *protezione delle condizioni di impiego* attraverso il coinvolgimento dei servizi per l'impiego, degli ispettorati del lavoro e, in alcuni ordinamenti, delle autorità sanitarie; (b) di *protezione sociale* attraverso il coinvolgimento degli enti previdenziali e dei loro servizi ispettivi; (c) di avviamento delle attività d'impresa e di loro trasparenza; (d) fiscali.

Scendendo nel dettaglio delle finalità che più interessano il giuslavorista ovvero quelle di *politica del lavoro*, di *protezione delle condizioni d'impiego* e di *protezione sociale*, occorre precisare che attraverso di esse le autorità pubbliche preposte sono chiamate a realizzare alcuni obiettivi specifici. Infatti, la dichiarazione (comunicazione) dell'attività di lavoro consente ai servizi per l'impiego di iniziare a porre in essere azioni fondamentali per l'implementazione delle politiche attive del lavoro, quali: (I) la cancellazione dalle liste di disoccupazione dei neo assunti; (II) l'assistenza e attivazione nella ricerca di nuova occupazione in caso di cessazione di un preesistente rapporto di lavoro; (III) la raccolta di dati statistici sui tassi di occupazione e di disoccupazione, ma anche, indirettamente, sui tassi di attività e di inattività.

In alcuni ordinamenti, i servizi per l'impiego sono chiamati a trasmettere, a loro volta, i contenuti della comunicazione ai soggetti preposti alla realizzazione delle finalità di *protezione dell'impiego* e di *protezione sociale*. Quanto ai primi, si tratta degli organi ispettivi incaricati del controllo sull'applicazione delle disposizioni inderogabili di legge o di contratto collettivo. Quanto ai secondi, degli enti previdenziali incaricati della gestione e dell'implementazione, spesso attraverso propri organismi ispettivi, degli schemi

obbligatori, pubblici o privati, di base o integrativi, di previdenza sociale e delle prestazioni assistenziali<sup>17</sup>.

Gli obblighi di registrazione e/o dichiarazione si possono distinguere in attivi e passivi, a seconda che incombano sul soggetto che svolge l'attività o su quello che la utilizza.

In particolare, l'attività d'impresa è soggetta ad obblighi di registrazione a fini di avviamento, trasparenza e fiscali; inoltre, l'imprenditore nella sua qualità di datore di lavoro, è tenuto a dichiarare la costituzione, trasformazione, estensione o cessazione di ogni attività lavorativa prestata in suo favore a qualsiasi titolo, a fini di politica del lavoro, di protezione delle condizioni d'impiego e di protezione sociale; l'attività d'impresa svolta con lavoro prevalentemente personale è anche soggetta ad autodichiarazione a fini previdenziali. Il lavoro autonomo è sottoposto ad auto-dichiarazione a fini di protezione sociale e fiscali e, nel caso sia coordinato o considerato quasi subordinato, il committente è obbligato alla dichiarazione a fini di politica del lavoro, di protezione delle condizioni d'impiego, di protezione sociale e fiscali. Il lavoro subordinato, infine, deve essere dichiarato da parte del datore ai medesimi fini.

<sup>17</sup> Interessante, a tale proposito era stata la scelta operata da parte del legislatore italiano il quale, all'art. 14, co. 1, lett. d), d.l. 23 dicembre 2013 n. 145 (c.d. destinazione Italia), aveva previsto che “al fine di assicurare il migliore e più razionale impiego del personale ispettivo degli Enti Pubblici che gestiscono forme di assicurazioni obbligatorie, la programmazione delle verifiche ispettive, sia livello centrale che territoriale, da parte dei predetti Enti è sottoposta all'approvazione delle rispettive strutture centrali e territoriali del Ministero del lavoro e delle politiche sociali”. La legge di conversione n. 9 del 2014 ha eliminato quella previsione. Peraltro, forse, non tutto il male vien per nuocere, visto che lo stesso Ministero del Lavoro nella persona del Ministro *pro tempore* Giovannini ha sottoscritto a gennaio 2014 il Protocollo d'intesa con il Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro sulla cosiddetta ASSE.CO (asseverazione di conformità) nel quale la Direzione Generale dell'Ispezione sul lavoro si impegna ad indirizzare la propria attività “in maniera assolutamente prioritaria” nei confronti delle imprese prive dell'asseverazione rilasciata dal consulente del lavoro all'uopo abilitato dall'Ordine Nazionale, rilascio subordinato alla verifica del rispetto da parte dell'impresa della normativa amministrativa e sostanziale in materia di lavoro. Si tratta, nei fatti, di una vera e propria esternalizzazione dell'attività ispettiva che suscita non poche perplessità. Meglio allora che i singoli enti previdenziali continuino a svolgere autonomamente e direttamente il ruolo loro assegnato dalla legge.

#### 4. *Tipologie di violazione degli obblighi di registrazione e/o dichiarazione*

Le violazioni degli obblighi di registrazione e/o dichiarazione possono essere classificate in tre tipologie: (a) l'assenza di registrazione e/o dichiarazione; (b) la ‘dichiarazione parziale’; (c) la ‘dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta’.

L'elemento soggettivo della violazione non è in sé rilevante ai fini dell'analisi che si sta sviluppando, essendo collegato, piuttosto al profilo sanzionatorio o di emersione<sup>18</sup>. Lo diviene, tuttavia, se, come nel caso italiano, l'elemento oggettivo che fa scattare l'applicazione della maxi sanzione (assenza di preventiva comunicazione di instaurazione del rapporto di lavoro) coincide con la fattispecie da sanzionare (lavoro non dichiarato) e il legislatore esclude l'irrogazione della sanzione stessa “qualora, dagli adempimenti di carattere contributivo precedentemente assolti, si evidenzi comunque la volontà di non occultare il rapporto, anche se trattasi di differente qualificazione” (art. 3, co. 4, d.l. 12/02, come modificato dall'art. 4 l. 183/10). In una simile circostanza, infatti, la coincidenza tra elemento oggettivo della violazione, definizione della fattispecie da sanzionare ed esclusione della sanzione in presenza di un determinato elemento soggettivo cui è riconducibile la violazione, determina, di fatto, l'esclusione dalla nozione di ‘lavoro non dichiarato’ del lavoro dichiarato in maniera non conforme alla fattispecie concreta<sup>19</sup>, con la conseguenza di rendere particolarmente appetibile quest'ultima pratica.

(a) La nozione di assenza di registrazione e/o dichiarazione è auto-evidente e può riguardare tutte le attività remunerate. Degne di attenzione sono,

<sup>18</sup> Sugli aspetti sanzionatori e di emersione nonché, più in generale, sugli strumenti di contrasto al lavoro non dichiarato nelle loro varie versioni succedutesi nel tempo, la letteratura, anche solo quella giuridica, è sterminata. V., almeno, senza pretesa di esaustività, oltre alle opere citate nelle note precedenti, BELLAVISTA, GARILLI, *Politiche pubbliche e lavoro sommerso: realtà e prospettive*, in RGL, 2012, I, p. 269 ss.; PINTO, *Gli interventi legislativi regionali di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in RGL, 2012, I, p. 291 ss.; ID. (a cura di), *Le politiche pubbliche*, cit.; ID., *Sanzioni promozionali e indici di congruità nelle politiche di contrasto al lavoro irregolare*, in RGL, 2008, I, p. 25 ss.; BELLAVISTA, *La legge finanziaria per il 2007 e l'emersione del lavoro nero*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 55/2007; SCARPELLI, *L'emersione del lavoro nero nella legge Tremonti (dopo le modifiche della legge 73/2002 e del D.L. 210/2002)*, in RGL, 2003, I, p. 29 ss.; TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, 2002, p. 292 ss.

<sup>19</sup> L'interpretazione di cui al testo, è confermata con chiarezza dalla Circ. Min. Lav. 12 novembre 2010 n. 38, p. 4. Sul punto v. BRUN, *op. cit.*, p. 33 e GAROFALO D., *op. cit.*, p. 76.

tuttavia, le modalità nelle quali essa si atteggia in considerazione del fatto che, come visto, spesso, sulla medesima attività remunerata incombono una pluralità di obblighi e che, altrettanto spesso, dall'adempimento o dalla violazione di un obbligo ne discenda, a cascata, l'adempimento e/o la violazione di vari altri.

Così, nel caso dell'attività d'impresa, si può riscontrare la contestuale assenza di registrazione dell'attività e di dichiarazione dei rapporti di lavoro di qualsiasi genere ad essa collegati; ma anche, la registrazione dell'attività senza dichiarazione di tutti o di parte di quei rapporti. Nel caso di attività d'impresa svolta con lavoro prevalentemente personale, alla mancata registrazione seguirà l'assenza di auto dichiarazione a fini previdenziali.

Nel caso del lavoro autonomo, la violazione può consistere nell'assenza di auto-dichiarazione, mentre, nel caso del lavoro autonomo coordinato, essa può consistere sia nell'assenza di dichiarazione da parte del committente sia nell'assenza di auto dichiarazione del lavoratore a fini previdenziali.

Nel caso del lavoro subordinato, la violazione in questione consiste, più semplicemente, nell'assenza di dichiarazione del lavoratore da parte del datore di lavoro. Tuttavia, proprio in questo ambito, un'ipotesi specifica di recente presa in considerazione dal legislatore comunitario è quella della mancata notifica ai servizi per l'impiego da parte del datore di lavoro dell'utilizzo di lavoratori extracomunitari, come richiesto dall'art. 4(1)(c) della direttiva 2009/52/CE (cosiddetta Direttiva Sanzioni), mancanza che potrebbe nascondere la presenza di "lavoro illegale", definito dall'art. 2(1)(d) della stessa direttiva come "l'impiego di un cittadino di uno stato terzo il cui soggiorno è irregolare"<sup>20</sup>.

Un caso di assenza di dichiarazione per certi versi differente ma non meno rilevante sul piano quantitativo e qualitativo, è quello che riguarda i titolari di prestazioni di sicurezza sociale in senso lato (previdenziali o assistenziali, dunque)<sup>21</sup>. Per questi, la violazione consiste nella mancata auto-dichiarazione ai soggetti erogatori della prestazione (siano essi i servizi per l'impiego o gli enti previdenziali) di un'attività remunerata svolta nonostante

<sup>20</sup> Sulla direttiva BARBIERI, *op. cit.*, p. 91 ss. e CALAFÀ, *Migrazione economica e contratto di lavoro degli stranieri*, il Mulino, 2013, p. 161 ss., la quale, *ratione temporis*, ha potuto anche tener conto del d.lgs. 16 luglio 2012 n. 109 di recepimento. Sul rapporto tra lavoro sommerso e immigrazione v. anche VISCOMI, *Lavoro sommerso e immigrazione*, in *LG*, 2008, p. 19 ss.

<sup>21</sup> V. PIETERS, *Bringing to the surface black and grey work. A study on social security strategies to fight undeclared work*, 2007, disponibile su <http://www.coe.int/t/dg3/sscsr/%5CSource%5CRep-SelecTopPieters.pdf>. Con riferimento all'ordinamento italiano, cenni in GAROFALO D., *Profili giurisprudenziali del lavoro nero*, in *RGL*, 2012, I, p. 335 ss.

la titolarità della prestazione stessa, titolarità la quale, di norma, risulta incompatibile con altre forme di reddito da lavoro o di impresa. Nel caso in cui il soggetto in questione svolga un'attività di lavoro autonoma coordinata o subordinata, la violazione avviene, evidentemente, con la complicità del committente/datore di lavoro che accondiscende a violare il proprio obbligo di comunicazione alle autorità pubbliche preposte.

Per quanto riguarda l'assenza di dichiarazione, il caso dei titolari di prestazioni di sicurezza sociale risulta essere l'unico nel quale è dato parlare di una situazione di vantaggio sia per chi svolge l'attività non dichiarata sia per chi la utilizza. Se, infatti, il primo continua a ricevere la prestazione, cumulando a questa un reddito non dichiarato, il secondo può fissare una remunerazione al di sotto degli *standard* richiesti nel caso di attività dichiarata, senza che questo produca un effettivo pregiudizio al primo.

Negli altri casi di assenza di registrazione e/o dichiarazione, colui che presta l'attività lavorativa subirà sempre un pregiudizio, dato che, al di là dell'aspetto economico, risulterà comunque sprovvisto delle tutele lavoristiche e di sicurezza sociale. Per questo motivo il lavoro non dichiarato deve essere considerato una delle forme più subdole di lavoro di scarsa qualità<sup>22</sup>.

(b) La fattispecie della 'dichiarazione parziale' (spesso evocata con le espressioni, più o meno colorite, di 'lavoro grigio', 'sotto dichiarato' o 'fuori busta') ricorre nel caso di attività non dichiarate prestate nell'ambito di una relazione di lavoro (nella maggior parte dei casi subordinata) dichiarata, con conseguente sottrazione alla conoscenza dell'autorità pubblica di elementi quantitativi dell'attività, relativi, di norma, alla effettiva retribuzione e all'orario di lavoro.

Si tratta, in questo caso, di una situazione di vantaggio sia per chi svolge l'attività non dichiarata sia per chi la utilizza, in quanto, da un lato, gli obblighi di dichiarazione sono apparentemente adempiuti, dall'altro, il lavoratore usufruisce di una tutela lavoristica e previdenziale soddisfacente, ricevendo, in aggiunta, una remunerazione netta fuori busta per l'attività ulteriore prestata, sulla quale, a sua volta, il datore di lavoro non pagherà la contribuzione previdenziale e gli oneri fiscali altrimenti dovuti.

Ovviamente, ricollegandosi a rapporti di lavoro subordinato dichiarati,

<sup>22</sup> V. ALES, *Il lavoro precario quale fattore di esclusione sociale ovvero del lavoro di scarsa qualità*, disponibile su [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/10/-Ales\\_lavoro-precario.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2011/10/-Ales_lavoro-precario.pdf).

la presenza della fattispecie della ‘dichiarazione parziale’ predica, laddove operino, un coinvolgimento in negativo delle organizzazioni sindacali, le quali, altrettanto ovviamente possono svolgere un ruolo cruciale nella sua eliminazione o nel suo ridimensionamento<sup>23</sup>.

(c) La ‘dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta’ si sostanzia, nella maggior parte dei casi, nella dichiarazione come di impresa o autonoma (anche coordinata)<sup>24</sup> di un’attività di lavoro svolta effettivamente in forma subordinata e, dunque, teoricamente, da dichiararsi come tale. Nel caso della ‘dichiarazione non conforme alla fattispecie concreta’, ovviamente, i vantaggi sono tutti per colui che utilizza la prestazione. La dichiarazione non conforme, è, infatti, determinata proprio dalla prospettiva del risparmio economico legato alla qualificazione negoziale difforme da quella attribuita dall’ordinamento alla fattispecie concreta.

La rilevanza che questa tipologia di violazione assume nell’attuale contesto regolativo, è testimoniata dagli sforzi da tempo profusi da molti legislatori europei nella lotta a quello che viene definito falso lavoro autonomo (nel lessico delle istituzioni comunitarie e della parti sociali europee *bogus self-employment*). Si tratta di un’espressione generica che comprende tutte le tipologie contrattuali astrattamente idonee a consentire lo svolgimento, formalmente legittimo, di un’attività remunerata in effetti subordinata, senza imporre all’utilizzatore di dichiararla come tale e di assumersi, dunque, gli oneri giuridici e finanziari conseguenti.

Se raffrontata a quelle dei più importanti Stati membri dell’Unione Europea, la realtà italiana spicca per l’inventiva degli imprenditori socialmente irresponsabili nell’individuazione di tipologie contrattuali mediante le quali sottrarsi agli obblighi legali riconducibili all’utilizzo dell’attività lavorativa in forma subordinata. Si pensi al crescendo che ha portato il legislatore italiano a occuparsi prima delle collaborazioni coordinate e continuative, divenute a progetto, poi, dell’associazione in partecipazione<sup>25</sup> e, infine, dell’utilizzo delle partite IVA.

<sup>23</sup> In generale, sul ruolo degli attori collettivi nell’emersione del lavoro sommerso, v. BEL-LAVISTA, *Al di là del lavoro sommerso*, in *RGL*, 2008, I, p. 9 ss.; CARUSO, *Lavoro sommerso e ruolo del sindacato*, in *RGL*, suppl. al vol. 3, 1999, p. 79 ss.

<sup>24</sup> Ma anche, sempre più di frequente, di tirocinio formativo e di orientamento, sui quali v., per tutti, PASCUCCI, *L’evoluzione delle regole sui tirocini formativi e di orientamento: un’ipotesi di eterogenesi dei fini?*, in *DLRI*, 2013, p. 413 ss.; e ID., *Stage e lavoro. La disciplina dei tirocini formativi e di orientamento*, Giappichelli, 2008.

<sup>25</sup> Con tanto di incentivi alla stabilizzazione/emersione: v., da ultimo, art. 7-bis l. 9 agosto 2013 n. 99 per quanto riguarda le false associazioni in partecipazione, ma già articolo unico,

Stupisce, dunque, non poco, l'esclusione dell'erronea qualificazione del rapporto dall'applicazione della maxisanzione e, dunque, dalla nozione estensiva, che qui si propone, di lavoro non dichiarato. Al massimo, una simile esclusione avrebbe potuto essere prevista per quei rapporti la cui erronea qualificazione (e non già il difforme svolgimento della prestazione rispetto alla qualificazione) sia stata dimostrata dagli organi ispettivi anche in presenza di una certificazione, la quale, in qualche modo, lascerebbe supporre l'assenza di dolo da parte dell'utilizzatore.

## 5. Conclusioni

Da quanto si è osservato nelle pagine che precedono è dato trarre tre conclusioni.

La prima riguarda il fatto che solo una tipizzazione giuridica del lavoro non dichiarato fondata sul concetto di attività remunerata può essere considerata sufficientemente articolata e accurata da ricomprendere un fenomeno socio-economico così complesso. Peraltro, il suo utilizzo consente di avvalorare e rilanciare l'idea del *floor of rights* che dovrebbe essere riconosciuto nel caso di esercizio di qualsiasi attività remunerata, anche prestata sotto forma di lavoro autonomo prevalentemente personale, riducendo, così, se non altro, l'*appeal* del lavoro dichiarato in maniera non conforme alla fattispecie concreta. In questa prospettiva, un modello interessante è già proposto dalla legislazione, comunitaria e nazionale, in materia di igiene e sicurezza sui luoghi di lavoro la quale trova applicazione ad ogni attività posta in essere nell'ambito e al servizio dell'organizzazione altrui a prescindere dalla cornice giuridica all'interno della quale viene prestata<sup>26</sup>.

La seconda si riferisce all'utilizzo dell'espressione 'lavoro non dichiarato'. Ad avviso di chi scrive, essa è quella che, dal punto di vista giuridico, meglio consente di dotare di significato il fenomeno comunemente evocato come lavoro 'nero' o 'sommerso'. Per il giurista, infatti, entrambi gli aggettivi, così come i loro contrari 'bianco' ed 'emerso', sono privi di significato tec-

commi 1201 ss., l. 27 dicembre 2006 n. 296, per le collaborazioni coordinate e continuative. Su queste ultime disposizioni v. MISCIONE, *La regolarizzazione del lavoro "nero" e la trasformazione delle collaborazioni autonome*, in *LG*, 2007, p. 437 ss.

<sup>26</sup> Sul tema v. ALES (ed.), *Health and Safety at Work. European and Comparative Perspective*, Kluwer International - Alphen aan den Rijn, 2013.

nico, mentre ‘dichiarato’ evoca, in maniera inequivocabile, l’avvenuto adempimento degli obblighi giuridici che l’ordinamento di riferimento impone a chi utilizza e a chi fornisce una prestazione lavorativa remunerata.

La terza concerne le difficoltà insite nell’auto-qualificazione della fattispecie alla quale, loro malgrado, sono chiamate le parti nel momento in cui adempiono gli obblighi di dichiarazione imposti dall’ordinamento, attività nella quale esse potrebbero proficuamente avvalersi dell’ausilio delle Commissioni di certificazione, soprattutto universitarie, in considerazione dell’autorevolezza derivante dallo *studium* che, sole, nel variegato panorama dei soggetti abilitati, possono garantire.

### Abstract

Il lavoro non dichiarato, dizione preferibile a quella di lavoro sommerso o nero, è stato definito come “ogni attività remunerata, in sé legale ovvero non criminale, ma non dichiarata alle autorità pubbliche preposte secondo i differenti sistemi regolativi vigenti in ciascuno Stato Membro” (COM(1998) 219 def). Condivisibilmente si ritiene che una simile definizione, fondata sul concetto di attività remunerata, sia stata adottata in quanto consente l’inclusione di forme di lavoro non dichiarato diffuse in Europa quali la sotto-dichiarazione dei redditi da lavoro autonomo o d’impresa che risultano esclusi dalla definizione fondata sull’attività d’impresa e il cosiddetto fuori busta. Partendo, dalla definizione appena enunciata, il saggio si ripromette di analizzare la nozione di attività remunerata; di individuare gli obblighi, attivi e passivi, di dichiarazione (spesso anche detti di registrazione o comunicazione) che incombono sulle parti, il loro oggetto, le loro finalità generali e specifiche e le autorità pubbliche coinvolte nel loro adempimento; di tipizzare, infine, le violazioni riferibili a detti obblighi, riconducendole alla persona giuridica o fisica sulla quale essi incombono a seconda dell’attività esercitata.

Undeclared work has been convincingly defined as ‘any paid activity that is lawful as regards its nature (i.e. is not criminal) but not declared to public authorities, taking into account differences in the regulatory system of Member States’ (COM(1998) 219 final, 4). Such an activity-based definition has been chosen because it allows for the inclusion of forms of undeclared work that are popular in Europe and which are excluded in enterprise and/or jobs-based definitions such as the under-reporting of income by self-employed people and formal businesses and ‘envelope wages’. Starting from this definition, the paper aims at: 1. conceptualising paid activity; 2. identifying active and passive registration and declaration duties, their object, their general and specific purposes and the public authorities involved; 3. typifying the breaches of registration and/or declaration duties referring them to the juridical or physical person performing each activity.



### **Key words**

Lavoro sommerso o non dichiarato, attività remunerata, obblighi di dichiarazione e/o registrazione, finalità generali e specifiche degli obblighi, violazioni, *floor of rights*.

Undeclared work, paid activity, active and passive registration and declaration duties, general and specific purposes of registration and declaration duties, breaches of registration and declaration duties, floor of rights.



## Lorenzo Gaeta

### Aspetti giuridici del lavoro degli indigeni nelle colonie italiane\*

**Sommario:** 1. Iniziando (quasi) dalla fine. 2. Coloniali (e affini...). 3. Gli ordinamenti giuridici autonomi e la legge “più civile”. 4. L'*apartheid* all'italiana. 5. La “grande proletaria” e i suoi lavoratori. 6. Gli indigeni: il lavoro forzato e quello “libero”. 7. Dieci negri per un bianco? 8. Un *cameo* per Lodovico Barassi. 9. La canzone proibita.

#### I. *Iniziando (quasi) dalla fine*

Ha scritto Pier Paolo Pasolini: “Niente meglio delle canzonette ha il potere magico, abietamente poetico, di rievocare un ‘tempo perduto’. Io sfido chiunque a rievocare il dopoguerra meglio di quel che possa fare il ‘boogie-woogie’, o l’estate del ‘63 meglio di quel che possa fare ‘Stessa spiaggia stesso mare’ [...]. E anche la parte odiosa, repellente di un’epoca aderisce per sempre alle note di una canzonetta”<sup>1</sup>. Perciò, niente meglio di una famosissima canzone rievoca il 1935, quando, in un’Italia convintamente fascista, si preparava la guerra per conquistare l’Etiopia, dando veste imperiale al colonialismo nostrano. La prima strofa recitava: “*Faccetta nera, bella abissina, aspetta e spera che già l’ora s’avvicina! Quando saremo insieme a te, noi ti daremo un’altra legge e un altro Re*”. Ma davvero agli abissini (come allora chiamavano gli etiopi) fu data la legge italiana? Se sì, anche in materia di lavoro? Per cercare una risposta, occorre indagare su un aspetto praticamente sconosciuto della storia del diritto del lavoro italiano. E naturalmente, a questo punto, è possibile partire dall’inizio, con un paio di premesse.

\* Il saggio è destinato agli *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*.

<sup>1</sup> PASOLINI, *Il fascino del juke-box*, in *Vie nuove*, 8 ottobre 1964, p. 14.

2. *Coloniali (e affini...)*

Il colonialismo italiano, pur molto più “giovane” rispetto a quello di altre potenze europee, risale notoriamente a ben prima del fascismo. Nel 1890 l'Italia conquistò il possesso dell'Eritrea, di cui già amministrava Assab e Massawa; nel 1905 acquisì (per meglio dire, acquistò) la sovranità sulla Somalia, nella quale già esercitava il protettorato su diverse zone; nel 1912, dopo una breve guerra, sottrasse all'Impero ottomano la Tripolitania e la Cirenaica, unite nel 1934 a costituire la Libia; nel 1936, infine, sconfisse e conquistò l'Etiopia, fondendola con Eritrea e Somalia nell'Africa orientale italiana. L'impero coloniale si dissolse completamente a causa dei rovesci della seconda guerra mondiale, già verso la fine del 1941.

Lo *status* giuridico degli indigeni non era certo quello dei “metropolitani”: “gli abitanti delle colonie non diventano cittadini italiani, ma sudditi coloniali”, affermava senza tema di smentita uno dei più autorevoli trattati di diritto civile, quello di Nicola Stolfi<sup>2</sup>. Così come Vittorio Scialoja aveva potuto giustamente sottolineare che “un distacco tra gli indigeni e gli italiani è stato sempre affermato dalle nostre leggi relative alla colonia”<sup>3</sup>. Ne era passato di tempo rispetto a quando agli abitanti dei territori conquistati veniva generosamente elargito il titolo di *civis romanus*!

Il motivo è molto semplice e di certo non costituì una tipicità italiana. La differenza di *status*<sup>4</sup>, che comportava quindi un trattamento giuridico differenziato, con l'attribuzione di un diritto “di rango inferiore”, era legittimata dal diverso grado di “civiltà” degli indigeni, del tutto evidentemente ritenuto inferiore a quello “europeo”<sup>5</sup>.

Le fonti, per la verità, erano piuttosto confuse, anche se mai, comunque, sulla linea di fondo. L'ordinamento eritreo dapprima comprendeva tra gli “assimilati” agli europei anche “gli egiziani, i siriani, gli americani, gli australiani ed in genere chiunque appartenga a stirpi originarie d'Europa le quali abbiano con gli europei somiglianza di civiltà” (art. 113 r.d. 22 maggio 1894 n. 201; art. 1 r.d. 9 febbraio 1902 n. 51); successivamente “gli arabi, gli

<sup>2</sup> STOLFI, *Diritto civile*, I, 2, Utet, 1919, p. 70.

<sup>3</sup> SCIALOJA, *Relazione sul codice civile per la colonia Eritrea*, Ripamonti, 1909.

<sup>4</sup> Sul tema, da ultimo, CIANFEROTTI, *Il concetto di status nella scienza giuridica del Novecento*, Giuffrè, 2013, p. 124 ss.

<sup>5</sup> Sui nessi tra cittadinanza e razzismo in Italia, COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. IV: L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Laterza, 2001, p. 282 ss.

egiziani e gli indiani” vennero assimilati ai “coloniali” (decreto governatoriale 8 ottobre 1908 n. 787). Sia in Eritrea che in Somalia, si considerava assimilato al suddito coloniale “lo straniero che appartiene a popolazioni che non hanno un grado di civiltà simile a quella europea”( art. 2 r.d. 5 aprile 1908 n. 325, per l’Eritrea; art. 2 r.d. 7 luglio 1910 n. 708 e art. 2 r.d. 8 giugno 1911 n. 937, entrambi per la Somalia).

L’Italia liberale del primo Novecento (ma l’atteggiamento fu assolutamente comune a tutti i colonizzatori) dava quindi per scontato che alla base della discriminazione ci fosse un evidente dislivello di “civiltà”: come nella famosa poesia di Kipling, il “fardello dell’uomo bianco” consisteva nella “missione” di civilizzare le altre razze<sup>6</sup>. Al contempo, questo atteggiamento si combinava con una certa tolleranza nei confronti degli usi e costumi giuridici indigeni (ovviamente, riguardo alla loro applicazione nei confronti della sola popolazione autoctona, e “compatibilmente collo spirito della legislazione italiana”: così vari regolamenti giudiziari per le colonie: art. 34 r.d. 201/1894 e art. 33 r.d. 51/1902 per l’Eritrea; analogamente, art. 4 r.d. 2 luglio 1908 n. 325 per la Somalia; r.d. 20 marzo 1913 n. 289 per la Libia); questo atteggiamento era animato da un progetto vagamente, e paternalisticamente, “assimilativo”, sull’ovvio presupposto della superiorità culturale dell’ordinamento dominante.

Il fascismo, poi, condì il colonialismo di un maggiore autoritarismo, col risultato di una visione più netta dei rapporti di separazione del diritto indigeno, destinato a soccombere davanti ai “principi generali della civiltà” (art. 21 r.d.l. 6 luglio 1933 n. 999: ordinamento giudiziario per l’Eritrea e la Somalia, per la prima volta unificato; art. 31 r.d.l. 1 giugno 1936 n. 1019: ordinamento e amministrazione dell’Africa orientale italiana), che ovviamente – come affermava finanche qualche fonte normativa (ad esempio, l’art. 9 r.d. 7 febbraio 1926 n. 342: ordinamento giudiziario per l’Eritrea) – era quella italiana. L’alterità assunse ora anche formalmente tratti razzistici: nel 1933 per la prima volta una legge (il già citato r.d.l. 999/1933) fece esplicito riferimento alla “razza bianca”, concetto fino ad allora tenuto fuori dal diritto<sup>7</sup>. Ora lo straniero veniva assimilato al coloniale se apparteneva “ad una popo-

<sup>6</sup> COSTA, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in *QFSPGM*, 2004-05, p. 172 ss.

<sup>7</sup> Sul punto, DE NAPOLI, *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo in Italia negli anni Trenta*, Le Monnier, 2009.

lazione la quale abbia tradizioni, costumi, concetti giuridici e sociali diversi da quelli cui si connettono attualmente gli ordinamenti, i codici, le consuetudini in Italia e presso la maggior parte delle altre nazioni occidentali” (art. 2 r.d. 342/1926); infine, più radicalmente, se apparteneva “a popolazioni che abbiano tradizioni, costumi e concetti giuridici e sociali analoghi a quelli dei sudditi coloniali” (r.d. 20 giugno 1935 n. 1649 per l’Eritrea; r.d. 20 giugno 1935 n. 1638 per la Somalia; art. 1 lett. c l. 13 maggio 1940 n. 822 per l’intera Africa italiana).

I differenti approcci dialettici sono stati bene messi in evidenza: si passò, infatti, dal riconoscimento di tratti comuni, anche minimi, alla evidenziazione di connotati differenziativi, fino a giungere alla scomparsa del mondo occidentale come termine di paragone, a sottolineare l’appartenenza di quest’ultimo ad un’altra dimensione dalla quale l’universo indigeno era assolutamente escluso, con la conseguenza di potersi, e doversi, assimilare e rapportare esclusivamente a tutti gli altri universi appartenenti alla comune dimensione della “diversità”<sup>8</sup>.

A complicare le cose, il legislatore operò differenziazioni anche tra gli stessi abitanti delle colonie<sup>9</sup>, attribuendo un ruolo privilegiato a quelli della Tripolitania e della Cirenaica, ritenuti più “civilizzati”<sup>10</sup>: essi furono man mano designati come “cittadini italiani di Tripolitania e di Cirenaica” (1919), “cittadini italiani libici” (1927), infine “cittadini italiani libici speciali” (1939, quando le province costiere di Tripoli, Bengasi, Derna e Misurata vennero annesse al territorio metropolitano: r.d.l. 9 gennaio 1939 n. 70). Si trattava, per queste persone (ma tutta la Libia sahariana era esclusa), di qualcosa in più rispetto allo *status* di coloniale (anche solo per il fatto di essere definiti “cittadini” e non “sudditi”<sup>11</sup>), ma sempre decisamente molto di meno rispetto alla piena cittadinanza metropolitana<sup>12</sup>. E molto spesso, poi, tanti provvedimenti degli ultimi anni Trenta, animati da profonde motivazioni “separatiste”, erano

<sup>8</sup> SCERBO, *Il significato dell’alterità nella legislazione coloniale italiana*, in CAPPELLETTI, GAETA (a cura di), *Diritto lavoro alterità. Figure della diversità e modelli culturali*, Esi, 1998, p. 139.

<sup>9</sup> FALCONIERI, *La legge della razza. Strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Il Mulino, 2011, p. 46 ss.

<sup>10</sup> SERTOLI SALIS, *Cittadinanza e sudditanza delle colonie*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. III, Utet, 1937, p. 190 ss.; BORSI, *Principi di diritto coloniale*, Cedam, 1938, p. 234.

<sup>11</sup> Sul tema, CAPUZZO, *Cittadinanza e sudditanza nell’esperienza coloniale italiana dell’età liberale*, in *Clio*, 1995, p. 65 ss.

<sup>12</sup> RENUCCI, *La strumentalizzazione del concetto di cittadinanza in Libia negli anni Trenta*, in *QFSPGM*, 2004-05, p. 319 ss.

diretti *tout court* ai nativi dell'“Africa italiana” e non della sola “Africa orientale italiana”<sup>13</sup>.

### 3. *Gli ordinamenti giuridici autonomi e la legge “più civile”*

I cittadini italiani e “assimilati”, da un lato, e i sudditi coloniali e “assimilati”, dall'altro, si trovarono ad essere, perciò, protagonisti di una singolare situazione dal punto di vista del diritto: dividevano gli stessi spazi, ma abitavano in due universi separati, in maniera alle volte anche drastica. Tramontata ogni volontà assimilativa, gli uni e gli altri erano parte di due differenti ordinamenti giuridici, quello nazionale, esteso con qualche particolarità ai territori africani, e quello coloniale, in gran parte fondato sul diritto consuetudinario, con gran rilievo della tradizione musulmana.

Ma i rapporti tra i due ordinamenti non dovevano essere di reciproca tolleranza e rispetto, e forse neanche di indifferenza. Infatti, il sistema autoc-tono era in tutto e per tutto subordinato agli interessi dello Stato colonizzatore, che difendeva il “prestigio” dei suoi cittadini: “nei rapporti tra cittadini italiani e sudditi coloniali l'applicazione del diritto consuetudinario indigeno e del diritto musulmano è obbligatoria solo quando il cittadino ne abbia convenuto l'osservanza o abbia concluso un rapporto giuridico che sia proprio del diritto degli indigeni secondo le forme del diritto medesimo” (art. 87 r.d. 1649/1935 per l'Eritrea). L'ordinamento indigeno, dal canto suo, si trovava assoggettato ad infinite limitazioni discrezionali dettate dal potere pubblico, che poteva “introdurre nel diritto indigeno le modificazioni richieste per renderlo compatibile con i principi fondamentali delle leggi italiane” (art. 86 r.d. 1649/1935 per l'Eritrea; art. 59 r.d. 1638/1935 per la Somalia). Ovviamente, nei casi di conflitto, doveva per forza prevalere la legge italiana (ancora art. 86 r.d. 1649/1935, ma già art. 4 r.d. 937/1911), sia perché era “più evoluta e più civile [...] al cospetto della legge indigena, spesse volte primitiva ed informe in tutte le sue parti”; sia, poi, senza mezzi termini, “perché è la legge dello Stato colonizzatore”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Alla fine degli anni Trenta ci fu chi distinse addirittura sei differenti *status*: il cittadino italiano ariano, il cittadino italiano musulmano, il cittadino italiano di razza ebraica, il cittadino italiano delle isole dell'Egeo, il cittadino italiano libico, il suddito dell'Africa orientale italiana: SERTOLI SALIS, *Le leggi razziali italiane*, Edizioni della Scuola di mistica fascista, 1939, p. 31 ss.

<sup>14</sup> CUCINOTTA, *I conflitti di leggi nell'Africa italiana*, Cedam, 1943, p. 107.

Ma che le persone e gli ordinamenti dell’Africa colonizzata fossero considerati con brutale disprezzo, ad oscurare ulteriormente lo stantio mito degli “italiani brava gente”<sup>15</sup>, è dimostrato più che sufficientemente dalle mille disgustose sopraffazioni sulla popolazione indigena, che il diritto “evoluto e civile” avallava senza problemi, con la complicità di tanti interpreti con “le mani nella pasta e gli occhi al cielo”<sup>16</sup>. In base a quale aberrante logica giuridica, ad esempio, un codice penale poteva punire gli atti di libidine a danno di “una persona minore di sedici anni se cittadina o straniera o di nove anni se suddita coloniale o assimilata”<sup>17</sup>?

#### 4. *L’apartheid all’italiana*

Ma queste pagine oscure e vergognose del diritto italiano, purtroppo poco note, esulano dall’indagine che mi ero ripromesso di compiere. Servono, ai nostri fini, solo a imprimerci bene in mente quale fosse il quadro complessivo dell’atteggiamento “culturale”, e quindi di quello giuridico, nei confronti degli indigeni.

La situazione giuridica è, dunque, quella di una sostanziale separatezza tra due ordinamenti: l’uno, raffinatamente moderno, destinato agli italiani e agli “europei”, l’altro, rozzamente consuetudinario, destinato ad indigeni e “assimilati”. Si trattava di una situazione avvalorata – quand’anche ce ne fosse stato bisogno – dal teorico massimo dell’autonomia degli ordinamenti giuridici, Santi Romano<sup>18</sup>. In un simile quadro, evidentemente, una giurisprudenza saldamente “colonizzatrice” trovava fertilissimo terreno per esercitare la più ampia discrezionalità<sup>19</sup>. E in un contesto del genere, soprattutto dopo

<sup>15</sup> Per tutti, LABANCA, *Oltremare. Storia dell’espansione coloniale italiana*, Il Mulino, 2002, p. 411 ss.

<sup>16</sup> La bellissima sintesi è di SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *QFSPGM*, 1999, p. 817.

<sup>17</sup> Art. 375 del codice penale eritreo, su cui, per tutti, MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d’Africa dall’età giolittiana al fascismo*, Jovene, 2002, p. 9 ss.

<sup>18</sup> Il quale, nel suo famoso corso di diritto coloniale, ribadì come questo non potesse “costituirsi sulla stessa base e sugli stessi criteri del diritto metropolitano”, perché riferito “a popolazioni di civiltà meno sviluppata di quella europea”: ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Athenaeum, 1918, p. 167.

<sup>19</sup> Per tutti, MARTONE, *Diritto d’Oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d’Italia*, Giuffrè, 2008, p. 58 ss.



la svolta impressa dalla conquista dell’Etiopia, il razzismo, fattosi “istituzionale”<sup>20</sup>, accentuò la separatezza tra i due mondi, punendo promiscuità di ogni genere, sessuale o “culturale”<sup>21</sup>; nel 1939 si giunse ad emanare un provvedimento sulla “difesa del prestigio di razza”, che attestava giuridicamente la volontà di perseguire la definitiva frattura fra italiani e “coloniali”, nel momento in cui sanzionava sia il comportamento del cittadino che veniva meno “ai doveri che da tale appartenenza gli derivano di fronte ai nativi, così da sminuire nel loro concetto la figura morale dell’italiano”, sia quello del nativo “diretto ad offendere il cittadino nella sua qualità di appartenente alla razza italiana”. E l’*apartheid*, ovviamente, doveva essere anche fisica: era vietato al cittadino frequentare “abituamente luoghi aperti al pubblico riservati ai nativi” (rispettivamente, artt. 1 e 12 l. 29 giugno 1939 n. 1004)<sup>22</sup>.

Subito dopo questo divieto, la legge del 1939 ne contemplava un altro, che ci riguarda più da vicino: veniva sanzionato con un’ammenda l’italiano che, nell’Africa italiana, accettasse “senza autorizzazione scritta, generale o speciale, del governatore, da nativo lavoro a carattere continuativo od impiego, ovvero svolg[esse] a favore dello stesso prestazione d’opera di carattere manuale” (art. 13 l. 1004/1939). Risulta evidente, anche al di là della lievità della sanzione (che costituì uno dei motivi per cui la legge sul prestigio razziale venne giudicata troppo blanda<sup>23</sup>), l’obiettivo di evitare situazioni “disdicevoli”, come quella di un italiano dipendente da un indigeno, cioè di un bianco al servizio di un nero. Un po’ come si era appena fatto in Italia, ma riguardo al solo lavoro domestico, vietando ai cittadini “di razza ariana” di servire ebrei (art. 12 r.d.l. 17 novembre 1938 n. 1728). A proposito di ebrei, va qui ricordato – solo per inciso – come si fosse vietato a quelli stranieri di fissare stabile dimora in Italia (in Libia e nei possedimenti dell’Egeo), ma non nell’Africa orientale (r.d.l. 7 settembre 1938 n. 1381, confermato dall’art. 10 l. 1004/1939), a rimarcare come queste colonie fossero cosa affatto diversa

<sup>20</sup> GABRIELLI, *Il razzismo coloniale italiano tra leggi e società*, in *QFSPGM*, 2004-05, p. 343 ss.

<sup>21</sup> Riassuntivamente, BACCO, *Il delitto di “madamato” e la “lesione al prestigio di razza”*. *Diritto penale e razzismo coloniale nel periodo fascista*, in GARLATI, VETTOR (a cura di), *Il diritto di fronte all’infamia del diritto*, Giuffrè, 2009, p. 85 ss.

<sup>22</sup> Per tutti, DEL BOCA, *Gli italiani in Africa Orientale. La caduta dell’Impero*, Laterza, 1982, p. 237 ss.

<sup>23</sup> CUTELLI, *Critica razzista al disegno di legge per la tutela penale del prestigio della razza*, in *La vita italiana*, 1939, p. 80 ss.; MANFREDINI, *Gerarchia di razza o reciprocità egualitaria penale?*, in *Il diritto razzista*, 1939, p. 5 ss.

dal Regno, quindi in condizioni di ospitare un'altra "razza inferiore" accanto a quella che già vi abitava.

##### 5. *La "grande proletaria" e i suoi lavoratori*

Torniamo al lavoro, e riandiamo per un momento a quel 1911 nel quale il Regno, quasi a voler festeggiare il proprio cinquantenario, intraprese la guerra con l'Impero ottomano per acquisire Tripoli ("*bel suol d'amore*", continuando a citare canzonette...). Il "vate" dell'impresa fu il massimo poeta che il paese vantasse all'epoca, Giovanni Pascoli, secondo il quale la "grande proletaria" si era mossa nell'avventura coloniale sostanzialmente per offrire un lavoro ai tanti italiani fino ad allora costretti ad emigrare; il passo è celebre: "Prima ella mandava altrove i suoi lavoratori che in patria erano troppi e dovevano lavorare per troppo poco. Li mandava oltre alpi e oltre mare a tagliare istmi, a forare monti, ad alzar terrapieni, a gettar moli, a scavar carbone, a scenter selve, a dissodare campi, a iniziare culture, a erigere edificzi, ad animare officine, a raccogliere sale, a scalpellar pietre; a fare tutto ciò che è più difficile e faticoso, e tutto ciò che è più umile e perciò più difficile ancora: ad aprire vie nell'inaccessibile, a costruire città, dove era la selva vergine, a piantar pometi, agrumeti, vigneti, dove era il deserto; e a pulire scarpe al canto della strada"<sup>24</sup>.

L'"impresa" di Tripoli, che segnò uno spartiacque nel colonialismo italiano, offrendo al paese l'occasione per una profonda rilegittimazione dello Stato<sup>25</sup>, segnò indubbiamente un'accelerazione del processo, già in atto, di trasferimento di imprese e lavoratori nelle colonie. In questi casi, le norme che presiedevano alle relazioni di lavoro non erano necessariamente le stesse vigenti nel territorio metropolitano; anzi, con gli anni si andarono delineando i contorni di un "diritto del lavoro coloniale" che affermava sue regole e sue particolarità, nel tentativo di adeguare la disciplina nazionale con le esigenze locali.

Non è questo il tema centrale della mia riflessione<sup>26</sup>, per cui mi soffermo

<sup>24</sup> PASCOLI, *La grande proletaria si è mossa. Discorso tenuto a Barga per i nostri morti e feriti*, Zanichelli, 1911.

<sup>25</sup> CIANFEROTTI, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Giuffrè, 1984.

<sup>26</sup> Per un'ampia indagine sul lavoro in Africa orientale, PODESTÀ, *Il mito dell'impero. Economia, politica e lavoro nelle colonie italiane dell'Africa orientale 1898-1941*, Giappichelli, 2004, p. 329 ss.

al volo su tali regole, non senza sottolineare, però, come esse costituissero la massima preoccupazione dei “giuscolonialisti” che si occuparono di lavoro: basta, infatti, scorrere le numerose riviste di diritto coloniale o le monografie dedicate al lavoro in colonia per rendersi conto della sproporzione, del tutto abnorme, della trattazione dei profili giuridici del lavoro degli italiani rispetto a quella, assolutamente minima, relativa al lavoro degli indigeni.

Il diritto del lavoro degli italiani (e stranieri assimilati) in colonia era sostanzialmente dominato dal principio dell’applicabilità della legge metropolitana solo a condizione della sua esplicita estensione, e comunque “per quanto è consentito dalle condizioni locali” (art. 53 r.d.l. 1 giugno 1936 n. 1089 per l’Africa orientale; sostanzialmente simile l’art. 43 r.d.l. 3 dicembre 1934 n. 2012 per la Libia, che vi aggiungeva anche le “tradizioni [...] locali”). Questa soluzione lasciava comunque del tutto controversa la questione dell’applicabilità del contratto collettivo stipulato nel Regno<sup>27</sup>, in un contesto complessivo, assai confuso, in cui si erano costituiti – in Libia ma non ancora in Africa orientale – sindacati autonomi rispetto a quelli metropolitani; situazione che a sua volta suscitava problemi di efficacia dei contratti collettivi da essi sottoscritti<sup>28</sup>.

Regole ancora meno omogenee disciplinavano il tema del rapporto individuale di lavoro, che solo negli anni Trenta si cercò in qualche modo di razionalizzare, se non di “codificare”. In Libia il r.d. 4 giugno 1936 n. 1337 estese esplicitamente la legge del 1924 sull’impiego privato<sup>29</sup>, mentre gli operai si dovevano “accontentare” del contratto collettivo; vigevano, inoltre, apposite regole sul processo del lavoro (r.d. 12 aprile 1937 n. 878; esso prevedeva, tra l’altro, la presenza di “esperti indigeni” nei giudizi di primo grado, per agevolare la risoluzione di controversie tra italiani e cittadini locali). In Africa orientale, nonostante anche lì fosse stata estesa la legge del 1924, gli impiegati privati erano assoggettati alle disposizioni di un regolamento vicereale, che provvedeva a dettagliare, con grande minuzia, regole particolari per la colonia (decreto vicereale 23 marzo 1938 n. 268; l’estensione della legge metropolitana era stata operata dal r.d. 4 aprile 1937 n. 1051). Quanto agli operai, stante la pratica inoperatività della contrattazione collettiva, vigeva un regolamento

<sup>27</sup> Prevaleva, comunque, la tesi negativa: per tutti, GUIDOTTI, *Il contratto collettivo di lavoro nel diritto corporativo*, Maglione, 1935, p. 255.

<sup>28</sup> PERGOLESÌ, *Corporativismo coloniale*, Usila, 1937, p. 169.

<sup>29</sup> LANDI, *La tutela del lavoro impiegatizio nei territori dell’Impero*, in *Rassegna economica delle colonie*, 1937, p. II ss.

che disciplinava, anche qui assai minutamente, il rapporto di lavoro “manuale” (decreto governatoriale 10 marzo 1937 n. 83)<sup>30</sup>, con interessanti particolarità: si prevedevano tre categorie: operai comuni, qualificati e specializzati; il contratto era sempre a termine, della durata di un anno, rinnovabile; si poteva essere licenziati *ante tempus* solo per “comprovato scarso rendimento” e per “gravissimi e giustificati motivi inerenti al lavoratore”, oltre che per “assoluta e comprovata impossibilità del datore di lavoro”; era prevista metà paga per i giorni di malattia o infortunio; era attribuito un alloggio gratuito; il riposo settimanale e festivo non veniva retribuito; le controversie andavano obbligatoriamente conciliate presso appositi uffici. Del tutto particolare – e inquietante – era, poi, la previsione dell’inquadramento obbligatorio degli operai dipendenti da amministrazioni pubbliche in apposite “centurie lavoratori” della Milizia volontaria per la sicurezza nazionale; a parte l’umorismo della “volontarietà obbligatoria”, l’operaio diventava a tutti gli effetti un soldato, nella difficile azione del consolidamento dell’occupazione dell’Etiopia: quella “efficace sintesi del lavoratore-milite, possibile solo in clima fascista, ove il cittadino è sempre pronto ad abbandonare l’istumento pacifico di lavoro per imbracciare il moschetto, qualora la patria glielo chieda”<sup>31</sup>.

Amplissima, durante il fascismo, fu l’estensione, o l’adeguamento, di norme di sicurezza e assistenza sociale, che il regime vedeva come suo fiore all’occhiello, ma che costituivano soprattutto strumento di controllo e di creazione del consenso. Anche qui si agì senza alcuna organicità, differenziando notevolmente la Libia – colonia in cui il sistema previdenziale era particolarmente incisivo<sup>32</sup> – dall’Africa orientale, sempre considerata possedimento di rango inferiore. Nella stessa logica, soltanto la Libia aveva – come già accennato – un diritto sindacale, la cui fonte principale era il r.d. 29 aprile 1935 n. 2006<sup>33</sup>, modellato su quello metropolitano, quindi di stampo pubblicistico, governato dall’alto e assoggettato alle direttive del partito fascista<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Sul punto, SEGA, *Rapporti di lavoro e ordinamento corporativo nell’Africa italiana*, Istituto fascista dell’Africa italiana, 1938, p. 31 ss.

<sup>31</sup> SEGA, *op. cit.*, p. 64.

<sup>32</sup> PISTOLESE, *Gli sviluppi della legislazione del lavoro in Libia*, in *Rassegna economica delle colonie*, 1937, p. 172 ss.

<sup>33</sup> Sul tema, ampiamente, JAEGER, *Diritto di Roma nelle terre africane. La estensione dell’ordinamento corporativo all’impero coloniale italiano e i suoi problemi*, Cedam, 1938, p. 41 ss.

<sup>34</sup> MASSART, *L’ordinamento sindacale della Libia*, in *Archivio di studi corporativi*, 1937, p. 203.

Così come solo in Libia si diede l'avvio all'istituzione degli organismi pubblici che avrebbero dovuto gestire lo scenografico sistema corporativo<sup>35</sup>. In Africa orientale niente di tutto questo: un diritto collettivo del lavoro (ovviamente, si parla di quello fascista, del tutto "finto") rimase solo a livello di intenzioni, di commissioni consultive, e quindi non esisteva neanche per i cittadini italiani<sup>36</sup>.

### 6. *Gli indigeni: il lavoro forzato e quello "libero"*

Per sommi capi, era questo il diritto del lavoro applicabile agli italiani (e assimilati) in colonia: un sistema frammentato e complessivamente molto meno garantista di quello metropolitano, giustificato delle "particolarità" del luogo di applicazione e del contesto economico di riferimento.

Possiamo quindi facilmente immaginare quale fosse la tutela giuridica del lavoro degli indigeni, dopo le premesse che si sono fatte circa l'assoluta subalternità e residualità degli ordinamenti giuridici autoctoni, innestata in un contesto "culturale", che non metteva mai in dubbio il loro *status* di individui "inferiori", peraltro circondati dal luogo comune di essere poco propensi a considerare il lavoro un valore: "Lavorare [...] non vale, secondo il Negro, la conseguente rinuncia alle gioie permessigli dal riposo e preferisce così abbandonarsi ogni giorno senza preoccupazioni di sorta, ai suoi piaceri prediletti, quali il cicaleggiare per ore e ore su argomenti insulsi ripetuti all'infinito, il saltare, il far rumore e talora il litigare o il sollazzarsi con le sue donne"<sup>37</sup>.

In luoghi nei quali la schiavitù era stata abolita per legge da relativamente poco tempo<sup>38</sup>, persistevano comunque situazioni sostanzialmente analoghe ad essa, e il diritto le tollerava ampiamente, quando non addirittura le incentivava. Il lavoro forzato era prassi frequente nelle colonie, ovviamente anche in quelle italiane<sup>39</sup>. E che la requisizione di forza lavoro indigena non

<sup>35</sup> JAEGER, *Corporativismo coloniale*, in *Archivio di diritto pubblico*, I, 1936, p. 532.

<sup>36</sup> ILARDI, *Il nuovo ordinamento delle Consulte Corporative dell'Africa Italiana*, in *Rivista di diritto coloniale*, 1939, p. 3 ss.

<sup>37</sup> CIPRIANI, *Considerazioni sopra il passato e l'avvenire delle popolazioni africane*, Bemporad, 1932, p. 140.

<sup>38</sup> GHERSI, *La schiavitù e l'evoluzione della politica coloniale*, Cedam, 1935.

<sup>39</sup> Ampiamente, MONDAINI, *L'evoluzione del lavoro nelle colonie*, in MONDAINI, CABRINI, *L'evoluzione del lavoro nelle colonie e la Società delle Nazioni*, Cedam, 1931, p. 82 ss., che per le colonie ita-

fosse fenomeno eccezionale, lo spiega bene l'esigenza, avvertita a metà degli anni Trenta, di emanare un lungo regolamento dedicato al "lavoro forzato o obbligatorio nelle colonie" (r.d. 18 aprile 1935 n. 917). Se, "per fini pubblici", non era possibile procacciarsi manodopera volontaria, il governatore poteva richiedere, appunto, il lavoro forzato, definito come "ogni lavoro o servizio richiesto ad una persona con minaccia di una pena qualunque e per il quale la persona stessa non si sia offerta spontaneamente". Il lavoro forzato, vietato nell'interesse di privati o come pena collettiva a carico di una collettività (nonché nei lavori sotterranei in miniera), era sottoposto comunque a limiti relativi alla persona del lavoratore (maschi da 18 a 45 anni, scelti cercando di non menomare troppo le collettività di provenienza) e alla sua durata nel tempo (fino ad un massimo di due mesi all'anno), e veniva retribuito secondo le tariffe vigenti nel luogo. Tale tipo di lavoro continuò ad essere utilizzato piuttosto ampiamente; non soltanto per motivi di interesse pubblico generale, dalla manutenzione stradale alla custodia di fili telegrafici e alla distruzione di insetti nocivi, ma anche per fini pubblici di interesse locale.

In quegli anni, però, si preferì mascherare una realtà caratterizzata dal sostanziale sfruttamento del lavoro forzato e dalla pesante disparità di trattamento, economica oltre che normativa, con i lavoratori italiani<sup>40</sup>, cercando di esaltare piuttosto il principio del lavoro libero degli indigeni e della conseguente tutela giuridica che ad esso veniva accordata, "fiore esotico del giardino occidentale trapiantato sul suolo dei tropici per attenuare col suo delicato profumo l'acre odore schiavistico di cui è ancora impregnato [il] lavoro indigeno, Giano bifronte che presenta, a seconda del momento e dell'ambiente, la faccia del lavoro libero o quella del lavoro coatto"<sup>41</sup>.

Pochissime, comunque, furono le norme di legge dedicate al lavoro degli indigeni in colonia, lasciato così in balia di vere o pretese "consuetudini locali", spesso legittimanti ogni tipo di vessazione. E, d'altra parte, la legittimazione dell'astensione governativa era trovata nella considerazione che, in materia di lavoro, "molti principii oramai fondamentali presso di noi potrebbero non essere applicabili nella colonia senza gravi perturbamenti economici, capaci di ostacolare perfino lo sviluppo della vita coloniale e di arrestarne le industrie"<sup>42</sup>.

liane parla di requisizioni di manodopera locale non retribuita per i lavori di manutenzione delle strade in Eritrea e per la costruzione e riparazione delle moschee in Somalia (*ivi*, p. 118).

<sup>40</sup> PICCOLI, *Il lavoro forzato degli indigeni nelle colonie africane*, in *Rassegna sociale dell'Africa italiana*, 1941, p. 1.

<sup>41</sup> MONDAINI, *op. cit.*, p. 141.

Così, anche quando il diritto intervenne, ancora in epoca liberale, lo fece modellando un contratto di lavoro per la manodopera indigena con una serie di clausole vessatorie ed un corollario di pene, anche corporali, a tutelarne il rispetto (decreto governatoriale 1 settembre 1916 n. 2631 per l'Eritrea)<sup>43</sup>.

Una norma successiva provvide a istituire un ufficio del lavoro per la Somalia, con il compito di censire e collocare la manodopera indigena, demandando ai governatori la fissazione di salari minimi (decreto governatoriale 31 luglio 1930 n. 8220; il successivo decreto 5 giugno 1936 n. 7610 estese ai governatori di tutta l'Africa orientale il potere di determinare i salari, in relazione “alle condizioni di vita, al rendimento del lavoro, alle possibilità della produzione e alle inderogabili esigenze di ordine militare”). Ma la regola di fondo fu ribadita nel 1937, quando, estendendo la normativa vigente in materia di impiego privato ai cittadini italiani (e stranieri assimilati) dell'Africa orientale, si precisò per l'ennesima volta che nei rapporti interessanti i sudditi andavano applicati gli “usi e consuetudini locali, qualora le parti non abbiano convenuto esplicitamente l'osservanza delle norme sul contratto d'impiego privato” (art. 2 r.d. 1051/1937): e parliamo di impiegati...

In Libia, dove – come s'è visto – era presente un “ordinamento sindacale” (anche se solo per gli italiani), la situazione della manodopera indigena era leggermente differente, poiché era prevista la possibilità che il governatore, sentito il Consiglio coloniale dell'economia corporativa, stabilisse dei “contratti tipo”, che dovevano tener conto delle previsioni dei contratti collettivi (ove esistenti) e andavano osservati da parte degli imprenditori italiani (o stranieri assimilati) nei confronti dei loro dipendenti indigeni. Tra l'altro, il fatto che del Consiglio facessero parte (in misura del tutto minoritaria) rappresentanti “dell'elemento indigeno”, fece magnificare da qualcuno una previsione che coinvolgeva gli stessi interessati nella produzione delle regole che avrebbero disciplinato il loro rapporto di lavoro. Ma alla fine, chi si interrogava sulla natura di questi contratti doveva necessariamente concludere nel senso che essi fossero comunque una manifestazione dell'autorità governativa, vincolata assai genericamente all'osservanza dei contratti collettivi e alla consultazione dell'organismo corporativo; mai si trattava, naturalmente, di esplicitazione di un potere, anche latamente, “contrattuale”<sup>44</sup>. Del resto, a scanso

<sup>43</sup> SCIALOJA, *op. cit.*, p. 182.

<sup>43</sup> CUCINOTTA, *Diritto coloniale italiano*, Il Foro italiano, 1933, p. 490 ss.

<sup>44</sup> Sul tema, MASSART, *op. cit.*, p. 210; SEGA, *op. cit.*, p. 89.

di equivoci, la legge prevedeva esplicitamente che le associazioni professionali libiche avessero la rappresentanza esclusiva dei soli “cittadini italiani metropolitani della colonia per cui sono state costituite” (art. 7 r.d. 2006/1935).

### 7. *Dieci negri per un bianco?*

Quasi come appendice, va qui richiamato un ultimo esempio, sempre a rimarcare il trattamento differenziato tra cittadini ed indigeni; qui il lavoro c’entra solo come parametro, ma la norma giuridica è davvero raccapricciante nel suo disprezzo. Si tratta della possibilità di scontare con giornate di lavoro le condanne a pene pecuniarie irrecuperabili, concessa dagli ordinamenti penalistici coloniali a cavallo tra Otto e Novecento. Ora, in Eritrea tali giornate lavorative venivano computate, se “inflitte ad indigeni in ragione di tre lire al giorno” e se “inflitte ad europei in ragione di dieci lire al giorno” (art. 110 r.d. 201/1894; art. 99 r.d. 51/1902); in Somalia, ancora peggio, “in ragione di una lira al giorno se inflitte a sudditi coloniali o assimilati, di lire dieci se inflitte a cittadini italiani o stranieri” (art. 46 r.d. 708/1910; art. 46 r.d. 937/1911).

Passati gli anni, questa anacronistica condanna ai lavori forzati non fu affatto abolita, ma soltanto ritoccata dal regime fascista: il rapporto tra il valore della giornata lavorativa dell’indigeno e quella dell’europeo passò in Eritrea a due contro quindici lire, in Somalia a cinque contro trenta lire (rispettivamente, art. 133 r.d. 1649/1935; art. 118 r.d. 1638/1935).

Fosse un terzo, un sesto, un settimo o addirittura un decimo, un indigeno, e il suo lavoro, valeva comunque soltanto una frazione dell’uomo bianco.

### 8. *Un cameo per Lodovico Barassi*

Il 1° luglio 1939 entrò in vigore il I libro del nuovo codice civile; il suo art. 1, istituzionalizzando al livello massimo la separazione razziale, al comma 3 disponeva che “le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall’appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali”. Sia consentita, allora, una digressione finale, per fare spazio, come “apparizione speciale” (quello che in gergo cinematografico si chiamerebbe un *cameo*), al padre dei



giuslavoristi italiani. Lodovico Barassi, infatti, commentando la norma, scrisse: “L’appartenenza alla razza ariana costituisce uno stato che le nostre leggi tutelano a difesa della razza italiana per secolare tradizione conservatasi pura ed ariana. La razza è un alto interesse nazionale, che influisce sulla capacità giuridica. Questa tutela, inserita nell’azione rigeneratrice del Fascismo, si attua mediante una limitazione della capacità giuridica degli appartenenti a razze differenti”<sup>45</sup>.

### 9. *La canzone proibita*

È possibile allora concludere che agli indigeni non fu affatto estesa la “legge di Roma”; che, anche in materia di lavoro, ogni pur blanda politica assimilativa fu subito accantonata da logiche di separazione di uomini e di ordinamenti, senza neanche dover aspettare l’avvento del regime autoritario, che pure provvide a sigillare definitivamente l’alterità con la pietra tombale di un razzismo sempre presente ma ora “istituzionalizzato”.

Come suona bugiarda, allora, l’ultima strofa della famosa canzonetta, aggiunta dopo la “conquista dell’Impero”: “*Faccetta nera, bella italiana! Eri straniera e adesso l’Africa è romana! Faccetta nera, anche per te, c’è una bandiera, c’è una patria, un Duce e un Re*”. Non fu un caso, quindi, che la canzone, giudicata troppo promiscuamente “interrazziale”, soprattutto in quest’ultima parte, perciò non in linea con le politiche separatiste del regime, fosse subito messa al bando. C’è chi dice dallo stesso Mussolini<sup>46</sup>.

### **Abstract**

Il saggio esamina il diritto del lavoro applicato nelle colonie italiane. Quello valido per i cittadini italiani (e per gli europei assimilati) presentava delle significative particolarità rispetto a quello nazionale ed era più completo in Libia che nell’Africa orientale. Quello riservato ai sudditi indigeni era invece un misto di consuetudini tribali e di norme per lo più repressive, culminate in una legge sul lavoro forzato. Il quadro di fondo era dominato da una visione profondamente razzistica dei rapporti giuridici tra bianchi e neri, in cui qualche prima timida logica di assimilazione venne

<sup>45</sup> BARASSI, *Istituzioni di diritto privato. Seconda edizione secondo i nuovi libri del codice civile*, Giuffrè, 1940, p. 39.

<sup>46</sup> CAROCCI, *Storia del fascismo*, Garzanti, 1959.

subito sopraffatta dalle ideologie della separazione, che il fascismo provvide a istituzionalizzare.

The essay examines Labour law applied in the Italian colonies. That one valid for Italian citizens (and Europeans assimilated) showed some significant peculiarities compared to the national and was more complete in Libya than in East Africa. That one accorded to indigenous subjects was instead a mixture of tribal customs and mostly repressive legal rules, culminating in a law on forced work. The basic framework was dominated by profoundly racist legal relations between whites and blacks, in which a few first timid logic of assimilation was immediately overwhelmed by the ideologies of separation, that fascism institutionalized.

**Key words**

Diritto del lavoro, popolazione indigena, colonie italiane, colonialismo, razzismo, fascismo.

Labour law, native people, Italian colonies, colonialism, racism, Fascism.

## Antonio Viscomi

### L'adesione successiva alla disciplina pattizia. Brevi note sul Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014

Sommario: **1.** Sindacati firmatari e sindacato aderente. **2.** Modalità dell'adesione successiva. **3.** Contenuto della volontà adesiva. **4.** Effetti dell'adesione. **5.** Una riflessione conclusiva.

#### I. *Sindacati firmatari e sindacato aderente*

Intendo condividere<sup>1</sup> alcune riflessioni su uno dei (tanti) punti di tensione del sistema di regolazione della rappresentanza introdotto dal Testo Unico: mi riferisco alla configurazione della posizione giuridica (direi quasi: dei diritti e dei doveri) delle organizzazioni sindacali *non firmatarie* che però abbiano *successivamente aderito* all'impianto regolativo disegnato dal trittico pattizio sulla rappresentanza. La questione è stata forse messa in ombra dall'attenzione, per ovvie ragioni più intensa, prestata ad altri profili, ed in particolare a quelli relativi ai rapporti interni tra i diversi livelli dei sindacati firmatari. Essa, tuttavia, presenta *aspetti problematici* di ordine tecnico-giuridico e *risvolti sistematici* di natura politico-sindacale, e direi anche, per alcuni versi, di teoria generale del diritto sindacale, di non poco momento. Ne dà dimostrazione il procedimento sommario recentemente incardinato dall'Unione Sindacale di Base (Confederazione e Unione Lavoro Privato) dinanzi al Tribunale di Roma al fine di far dichiarare la nullità di alcune clausole del Testo Unico direttamente pertinenti al tema che intendo discutere<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Intervento al Convegno "Regole della rappresentanza sindacale e vincoli costituzionali", Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Roma Sapienza, 27 marzo 2014. Le note sono veramente essenziali.

<sup>2</sup> Reso pubblico nella sezione "comunicati generali" del sito [www.usb.it](http://www.usb.it).

Nel Testo Unico le organizzazioni aderenti sono esplicitamente richiamate in otto luoghi *non egualmente* distribuiti tra le sue varie parti, ed anzi concentrati, per la relativa metà, nella parte II. Conviene ricordarli in breve sintesi.

a) Nella *parte I*, di organizzazioni di categoria aderenti “e [che] si obbligino a rispettare integralmente i contenuti” del trittico si tratta in relazione all’impegno, assunto dalle imprese del sistema Confindustria, di accettazione delle deleghe espresse a loro favore (parte I, cpv 7).

b) Nella *parte II* il “potere di iniziativa” per la costituzione delle RSU è riconosciuto anche alle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del contratto nazionale di lavoro applicato nell’unità produttiva nonché alle associazioni sindacali abilitate alla presentazione delle liste elettorali “a condizione che abbiano comunque effettuato adesione formale al contenuto” del medesimo trittico (parte II-2-1, cpv 3). Inoltre, il Testo Unico precisa che le organizzazioni di categoria che “aderisc[o]no alla disciplina” del trittico, partecipando alla procedura di elezione della RSU, rinunciano formalmente ed espressamente a costituire RSA (parte II-2-8, cpv 1), impegno poi rafforzato nel successivo capoverso, là dove si prevede che le organizzazioni di categoria “che comunque aderiscano” alla disciplina pattizia si “impegnano a non costituire RSA nelle realtà in cui siano state o vengano costituite RSU” (parte II-2-8, cpv 2). Sempre in relazione al procedimento elettorale si dispone poi che le liste possano essere presentate anche da associazioni sindacali altre rispetto a quelle firmatarie a condizione che “accettino espressamente, formalmente ed integralmente i contenuti” pattizi (parte II-3-4, cpv 1, lett. b-1).

c) Nella *parte III* si afferma la regola secondo cui tutte le associazioni sindacali “espressione della Confederazioni sindacali firmatarie [...]” o che comunque tali accordi abbiano formalmente accettati” sono vincolate all’esito dei contratti aziendali (parte III, cpv 11).

d) Nella *parte IV* l’efficacia vincolante delle clausole di tregua è poi estesa anche nei confronti delle organizzazione che “abbiano formalmente aderito” (parte IV, titolo I, cpv 5). Infine, nel *secondo titolo della parte IV*, recante clausole transitorie e finali, si dispone che tutte le organizzazioni di categoria, comprese quelle che “abbiano formalmente accettato” l’accordo, sono obbligate a ricorrere al collegio di conciliazione e arbitrato in caso di comportamenti non conformi agli accordi (parte IV, titolo II, cpv 3).

L’apparente conformità testuale presente in tutti gli otto casi indicati nasconde, a me pare, significative insidie interpretative che si riflettono sulle

*modalità* dell'adesione, sul *contenuto* della volontà adesiva e sugli *effetti* della medesima.

## 2. *Modalità dell'adesione successiva*

Per quanto riguarda la *modalità* dell'adesione credo sia opportuno segnalare la particolare attenzione dei contraenti confederali nel precisare che l'adesione debba essere tendenzialmente *formale* volendo così forse intendere che essa debba essere espressa, cioè che non possa darsi per fatti concludenti. È però da ricordare, in senso contrario, la previsione presente nella parte II-2-8, cpv 1, là dove si discorre di organizzazioni che aderiscono alla disciplina “partecipando alla procedura di elezione” della RSU, così quasi risolvendo nel fatto della partecipazione l'atto di adesione. A ben vedere, però, si tratta di una falsa percezione, dal momento che ai fini della presentazione della lista occorre che le organizzazioni “accettino espressamente, formalmente ed integralmente” i contenuti regolativi sanciti dal trittico (parte II-2-4). Se così è, qualche incertezza potrebbe residuare a motivo di almeno due previsioni nelle quali l'adesione è qualificata dall'avverbio “comunque”: in verità, anche se di per sé tale avverbio significa propriamente, com'è ben noto, “in qualunque modo”, può qui ragionevolmente essere inteso con funzione non esplicativa ma rafforzativa, a stregua cioè di “in ogni caso”.

Nulla dice il Testo Unico sull'eventuale *accettazione dell'adesione* ma è del tutto evidente, a me pare, l'incompatibilità dell'accettazione con le finalità stesse della misurazione, ovvero, più esattamente, l'asimmetria tra una regolazione a carattere procedurale e un (eventuale) meccanismo di controllo comunque destinato ad ostacolare o, al limite, ad impedire l'ingresso dei soggetti non firmatari nel circuito di misurazione della rappresentanza. Da un punto di vista generale, il *gradimento* ha un senso forte nella logica del *riconoscimento*, tant'è che Giugni poteva scrivere nel 1960, in una ben conosciuta nota dell'*Introduzione*<sup>3</sup>, che “l'esclusione della Cisnal si spiega soltanto come effetto di un formale disriconoscimento da parte dell'ordinamento intersindacale, fondato su peculiari ragioni, che non è possibile sindacare all'esterno”. Qui, invece, il riconoscimento sul piano politico-sindacale subisce il *filtro* se-

<sup>3</sup> GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960, nt. 19, p. 112 e qui p. 115.

gnato dalla *legittimazione* derivante dalla puntuale configurazione di un meccanismo procedurale di misurazione della rappresentanza e di un sistema elettorale totalmente proporzionale e ormai privato della riserva del terzo. In questa logica, la chiave di ingresso nel sistema ordinamentale autonomo è data dalla mera volontà adesiva del soggetto non firmatario e quella per accedere allo stesso processo negoziale (che del primo costituisce ragione e fine) è costituita dal possesso di determinati requisiti, misurabili su base reale, che peraltro, per il loro carattere dinamico, potrebbero in concreto mancare o venir meno anche in capo agli stessi soggetti firmatari dell'accordo "costituente"<sup>4</sup>. La presenza di un sistema proceduralizzato di legittimazione (composto su base elettorale ed associativa formalmente certificata, ed in questa seconda ipotesi tendenzialmente protetto da comportamenti competitivi *free-riding*) ridefinisce, in qualche misura, il valore politico del riconoscimento rendendolo anche sindacabile all'esterno, quanto meno se e nella misura in cui la parte interessata ritenga di non condividere le decisioni della Commissione e del Comitato provinciale dei garanti in materia elettorale. A tale stregua, l'esplicita previsione della possibilità di adesione successiva e l'introduzione di un sistema di misurazione del dato di rappresentanza rendono improprio richiamare i termini della discussione precedentemente instaurata in ordine al carattere aperto o chiuso del Protocollo del 2013. Suggestiscono, semmai, di evidenziare come il modello ordinamentale che le parti hanno inteso configurare in autonomia trovi ora radicamento non più soltanto, e neppure tanto, nella prospettiva del reciproco riconoscimento come attori esclusivi del sistema negoziale, ma in una preliminare valutazione dell'effettiva consistenza del dato rappresentativo idonea, in quanto tale, a rispecchiare i reali rapporti di forza. Ed è del tutto evidente il fatto che la conseguente configurazione di quello pattizio come "*sistema aperto*" sia logicamente connessa al declino progressivo del principio di unità ed all'affermazione del diverso principio di maggioranza, in funzione dell'efficacia (e della esigibilità) del contratto collettivo non più assicurata dall'azione collettiva unitaria.

<sup>4</sup> Riprendo una considerazione di BARBIERI, espressa nel medesimo convegno romano.

### 3. *Contenuto della volontà adesiva*

La domanda sulla forma dell'adesione appare forse meno peregrina ove solo si consideri il *contenuto della volontà adesiva*. Al riguardo, il primo elemento da segnalare è la reiterata affermazione che l'adesione non può che essere *integrale*<sup>5</sup>, il che conferma, a me pare, il *carattere inscindibile* delle varie previsioni del Testo Unico, non solo e neppure tanto sul piano propriamente tecnico-giuridico, ma su quello propriamente politico-sindacale, nel senso che le parti hanno inteso disegnare un modello di regolazione della rappresentanza nella prospettiva di una più ampia ed ordinata strutturazione del *sistema di relazioni industriali*, rispetto al quale si comprende l'attenzione prestata sia all'efficacia del contratto collettivo (nell'ambito dell'ordinamento statale) sia alla relativa esigibilità nel diverso ambito delle relazioni intersindacali.

Da questo punto di vista, è indubbio che il Testo Unico aspiri a porsi come *ordo ordinans* del sistema medesimo in una fase storica complessa, segnata dalla ricerca di un difficile equilibrio non solo tra dinamiche conflittuali ed aspirazioni partecipative ma anche tra l'articolazione possibile in sede decentrata per "aderire alle esigenze degli specifici contesti produttivi" e la riaffermata funzione del contratto nazionale di "garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale" (il che pone sempre il problema esiziale dell'individuazione della categoria contrattuale ai fini della perimetrazione del corpo elettorale in presenza di ciò che altrove ho ritenuto di definire sinteticamente il "*paradosso del comma 2*"<sup>6</sup>). Insomma, non è proprio privo di significato che gran parte del trittico sia dedicata a disciplinare la questione dei rapporti tra livelli contrattuale e più ancora i rapporti di delega/delega tra l'uno e l'altro.

Da questo punto di vista occorre prendere atto, come è stato detto, che "la realtà ha, in questa fase, smarrito la sua forza normativa [e che pertanto] è

<sup>5</sup> Deve segnalarsi che il Tribunale di Ivrea (decreto 7 aprile 2014 ed ordinanza 28 aprile 2014 pubblicati nel sito [www.cobaspisa.it](http://www.cobaspisa.it), nella sezione "lavoro privato") ha considerato integrale, e quindi idonea a consentire la partecipazione alle operazioni elettorali di costituzione della RSU, l'adesione di Cobas avvenuta con l'esplicita precisazione che la medesima "non costituisce rinuncia ad agire in giudizio ... per fare accertare e dichiarare eventuali vizi di nullità, per contrarietà a norme di legge o di rango Costituzionale, delle disposizioni e previsioni contenute nell'Accordo Interconfederale".

<sup>6</sup> VISCOMI, *Soggettività sindacale e categorie contrattuali*, in *RGL 2014*, n. 1, in corso di stampa.

il protocollo a dover svolgere, rispetto ad essa, una funzione prescrittiva”<sup>7</sup>, cioè, appunto, una funzione di ordine. A ben vedere, proprio questa circostanza evidenzia, in negativo, il carattere improprio dell’intervento del legislatore nella destrutturazione per via legislativa del sistema contrattuale come quella messa in atto con l’art. 8 (a prescindere da ogni considerazione in merito alla necessità ovvero all’opportunità della ridefinizione dei contenuti regolativi ivi consentita) e conferma, in positivo, la naturale “tendenza delle relazioni contrattuali sindacali a porsi”, per usare ancora le parole di Giugni, “come un sistema o sistemi collegati di norme, con criteri autonomi di legittimazione rappresentativa, con proprie regole di competenza, con strumenti singolari di realizzazione di un ordine, che si è venuto delineando sempre più chiaramente come diretto, prima ancora che a realizzare la tutela dei suoi destinatari, a fissare un equilibrio tra forze sociali contrapposte”<sup>8</sup>. Il che vuol dire, se ben comprendo, non solo che esiste un *limite di tollerabilità del disordine* sistemico, superato il quale il sistema stesso non regge (tanto da risultare oggi affidato ad una impropria ed incerta mediazione giudiziaria), ma anche, e forse soprattutto, che ogni sistema vive e va ricercato nel dinamismo della storia e nelle contraddizioni dei suoi protagonisti più che nel formalismo dei codici e nelle simmetrie geometriche dei giuristi. Per questo ben si comprende, e non può certo suscitare perplessità alcuna, né lo sviluppo pluriennale del disegno ordinatore – frutto di una “discussione infinita”<sup>9</sup> – né la più stringente presa in carico della questione stessa da parte del livello sindacale confederale (che forse un impegno maggiore dovrebbe pure approfondire nell’opera di ripensamento e ridefinizione degli ambiti contrattuali in vista di una possibile e sindacalmente più volta auspicata razionalizzazione).

Spetta però all’acribia del giurista evidenziare il fatto che il Testo Unico riferisce l’adesione ora agli accordi, ora ai relativi contenuti ora infine alla disciplina e, al contempo, prevede almeno due ipotesi in cui non di adesione si tratta ma di accettazione degli accordi sottoscritti. Ma le varie espressioni sono all’evidenza del tutto equivalenti, non potendosi scindere l’adesione ai contenuti dall’accettazione degli accordi che avrebbe senso al solo fine di argomentare una possibilità di adesione per fatti concludenti, impedita come si è visto, ed in via generale, dalla formale ed espressa adesione richiesta dal Testo Unico.

<sup>7</sup> ZOPPOLI A., *Il protocollo del maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*, in questa rivista, 2013, p. 249.

<sup>8</sup> GIUGNI, *op. cit.*, p. 13.

<sup>9</sup> CARRIERI, TREU, *Introduzione. Le relazioni industriali italiane ed europee: innovazioni da*



#### 4. Effetti dell'adesione

Si arriva così al terzo profilo di interesse: gli *effetti* dell'adesione successiva. Qui si tratta di comprendere se vi sia tra soci fondatori (in quanto firmatari) e soci ordinari (in quanto aderenti) una diversità di trattamento. In proposito, segnalo due elementi.

Il primo riguarda la qualità dei soggetti che possono aderire, potendosi individuare una significativa asimmetria tra la *confederalità dei "soci fondatori"* e la *categorialità dei "soci ordinari"*: in effetti, per quattro volte su otto il testo rinvia alle *organizzazioni di categoria* aderenti; nelle restanti volte (in relazione al potere di iniziativa, alla presentazione delle liste, al vincolo di esigibilità dei contratti aziendali) rinvia, invece, alle "associazioni sindacali" ed infine, trattando delle clausole di tregua e sanzionatorie, alle "organizzazioni" che abbiano formalmente aderito. Tuttavia, non è certo possibile escludere *l'adesione di altre confederazioni* con effetto vincolante sulle relative federazioni. Ad esempio, la Confederazione USB, proprio nell'atto introduttivo del procedimento sommario da essa proposto e prima richiamato, ha dichiarato di aderire al trittico: integralmente alle parti I e II; in modo condizionato alle altre parti a motivo della pretesa nullità di alcune delle clausole ivi recate. Va da sé che, ove il giudice dovesse rigettare il ricorso, la non integralità dell'accettazione impedirà di considerare l'USB come aderente successivo alla regolamentazione pattizia.

In secondo luogo, credo sia necessario evidenziare il fatto che in almeno tre ipotesi il Testo Unico sembra non tenere in alcuna considerazione i soci "ordinari" e ciò fa: a) trattando delle condizioni per l'ammissione alla contrattazione nazionale là dove richiama solo le "Federazioni delle organizzazioni sindacali firmatarie" qualificate dal dato rappresentativo (parte III, titolo I, cpv 2); b) prefigurando l'inserimento di apposita sezione nel modello Uniemens, qui prevedendo che le convenzioni con Inps siano definite soltanto da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil (parte I, cpv 9); c) disciplinando il passaggio dalle RSA alle RSU, ove prevede che esso può avere luogo "se definito unitariamente dalle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie del Protocollo 31 maggio 2013" (parte II-2-8).

Del tutto evidente e ragionevole la mancata evocazione nel *secondo dei*

*casi indicati*: in effetti, si tratta di attività procedurale necessaria in fase di avvio che certo non può essere né rinviata né ridiscussa a motivo della successiva adesione. Semmai, e stante l'impossibilità di agire in modo coattivo sul punto, proprio la prevista eventualità di scelte messe in atto successivamente dovrebbe indurre ogni organizzazione sindacale a ponderare attentamente l'opportunità di richiedere fin da subito l'assegnazione del "codice identificativo", anche in considerazione del fatto che a tal fine l'accordo ritiene sufficiente un mero interesse a partecipare alla rilevazione e non già una specifica volontà adesiva al sistema pattizio.

Dagli esiti più incerti la lettura della *prima clausola segnalata*, non a caso invocata nel ricorso USB come ragione di nullità. Lo stesso ricorso, a dire il vero, segnala una correlata ipotesi di mancata estensione della regolamentazione contrattuale ai sindacati aderenti là dove il Testo Unico sembra conseguentemente limitare alle "organizzazioni aderenti alle parti firmatarie della presente intesa" l'esigibilità dei contratti nazionali stipulati nel rispetto delle procedure previste, ponendo poi in capo alle "parti firmatarie e (alle) rispettive Federazioni" l'impegno a dare piena applicazione e a non promuovere iniziative in contrasto agli accordi definiti a livello nazionale (parte III, tit. I, cpv 8 e 9). In questa previsione, i ricorrenti individuano una ulteriore conferma dell'esclusione dei sindacati aderenti dal tavolo negoziale nazionale, secondo la previsione di cui al primo cpv del titolo I della parte III che recita così: "sono ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le Federazioni delle organizzazioni sindacali firmatarie del presente accordo", e dei due precedenti, qualificate da "una rappresentatività non inferiore al 5%". Se la prospettiva esegetica focalizzata sul mero dato testuale fosse da ritenere fondata (cioè se, come si legge nel ricorso, "la pienezza della titolarità della contrattazione nazionale" fosse da ritenere riservata ai sindacati aventi lo status di "sindacato firmatario" e non si tratti soltanto dell'effetto perverso dell'uso di funzioni *drag'n'drop* nella elaborazione informatica del testo pattizio che in questa specifica parte riprende puntualmente il testo del protocollo 31 maggio 2013), allora dovrebbe ritenersi sussistente un paradosso regolativo: l'adesione al trittico, essenziale per la misurazione della rappresentatività, determina come effetto la possibile partecipazione e l'assoggettamento ai vincoli di efficacia ed esigibilità del contratto aziendale in virtù dell'esplicita previsione del cpv 5 del titolo I della parte IV ma non consente, in virtù del primo cpv della parte III, la partecipazione alla stipulazione del contratto nazionale, a prescindere dal livello

rappresentativo del sindacato aderente, e conseguentemente non determina l'attivazione del vincolo di esigibilità che i cpv 8 e 9 della medesima parte III pongono in capo ai soli "soci fondatori". Da qui i dubbi, proposti al giudice in via d'urgenza, sulla legittimità dell'accordo. Ma da qui, se fosse esatta questa ricostruzione, un grave problema di coerenza interna nella costruzione regolativa del Testo Unico per via dell'evidente asimmetria tra la regolazione del livello nazionale e quella del livello aziendale e un più grave problema di coerenza costituzionale risultando *interrotto il nesso virtuoso tra effettività della rappresentanza e titolarità negoziale*.

Personalmente, reputo che il carattere di inscindibilità del Testo Unico non possa che riflettersi nell'esigenza di una *interpretazione sistematica* del medesimo e che il problema segnalato non possa ricondursi né ridursi alla prospettiva della *conventio ad excludendum* richiamata, ad esempio, per segnalare i rischi del criterio di verifica dell'effettiva partecipazione intesa come contributo alla definizione delle piattaforma. Viceversa, in una prospettiva sistematica, credo sia essenziale ricordare che la disciplina della misura e certificazione della rappresentanza non è fine a se stessa ma esplicitamente dettata, fin dal titolo stessa della parte I, "ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria". E si tratta di previsione confermata dall'impegno, consacrato nel decimo cpv della parte I, che grava le "organizzazioni sindacali firmatarie" dell'obbligo di attribuire un codice identificativo "a tutte le organizzazioni sindacali di categoria interessate a partecipare alla rilevazione della propria rappresentanza per gli effetti della stipula dei contratti collettivi nazionali di lavoro". E vale la pena evidenziare che qui si parla di organizzazioni *interessate* a partecipare alla rilevazione, ma non necessariamente aderenti alla disciplina pattizia, che semmai potrà essere decisa a seguito della rilevazione medesima.

Se si condivide la prospettiva sistematica, ne segue che la mancata formale evocazione dei "soci ordinari", cioè dei sindacati aderenti, sia per quanto attiene l'ammissione alle trattative in sede nazionale sia per quanto riguarda il vincolo di esigibilità, non possa essere intesa a stregua di una riserva a beneficio dei "soci fondatori", cioè dei sindacati firmatari, dell'accesso al tavolo negoziale nazionale. Che poi l'adesione al sistema regolativa e il mancato raggiungimento della soglia del 5% possa produrre come effetto l'assenza al tavolo negoziale (ma ciò vale sia per i sindacati firmatari che per quelli aderenti) e contestualmente il vincolo di esigibilità è questione altra, conseguente alla previsione di una soglia minima per l'accesso.

La *terza ipotesi* di non esplicita parificazione tra soci fondatori e soci ordinari è data dalla previsione secondo cui la partecipazione alla procedura di elezione della RSU, previa adesione alla disciplina del trittico, comporta la rinuncia a costituire RSA, con un impegno rafforzato nell'ambito delle realtà aziendali "in cui siano state o vengano costituite RSU". Peraltro, l'eventuale passaggio dalle RSA già eventualmente costituite alle RSU "potrà avvenire solo se definito unitariamente dalle organizzazioni sindacali aderenti alle confederazioni firmatarie del protocollo del 31 maggio 2013" (parte II-2-8, cpv 3). Viceversa, nelle unità produttive "ove non siano mai state costituite forme di rappresentanza sindacale" e si sia optato per la costituzione di RSA, l'eventuale passaggio alle RSU alla scadenza della stessa RSA potrà avvenire se deciso dalle organizzazioni sindacali che rappresentino, a livello nazionale, la maggioranza del 50%+1 come determinata nella prima parte del presente accordo" e dunque considerando all'uopo anche i sindacati aderenti. Ciò considerando, ne segue che, in alcuni casi, la volontà del sindacato aderente, socio ordinario e non fondatore, è del tutto irrilevante ai fini della scelta della forma di rappresentanza sindacale in azienda. Infatti, il "socio ordinario": a) è titolare di un potere di iniziativa, anche disgiunta, per la costituzione di RSU (parte II-2-1, cpv 3-4); b) nel caso di prima costituzione di RSA può concorrere alla decisione di passare alle RSU per la quale si richiede la maggioranza del 50%+1 (parte II-1-2, lett. b); c) nel caso di passaggio dalle RSA già costituita alle RSU il socio ordinario cede alla decisione unanime dei soci fondatori, in questo caso in quanto sottoscrittori del Protocollo del 2013; d) in ogni caso, partecipando alla procedura elettorale, rinuncia a costituire RSA ai sensi dell'art. 19.

Considerando tale variegata regolazione, nella quale sembrano annidarsi in radice le incertezze in ordine alla forma stessa del canale di rappresentanza in azienda, ciò che appare con evidenza è la sostanziale marginalizzazione (della partecipazione) dei lavoratori nella scelta della forma di rappresentanza, per via dell'assenza di uno spazio proprio di libertà decisionale che certo non può essere surrogato dalla previsione di un quorum strutturale di "più della metà dei lavoratori aventi diritto al voto" per la validità della procedura elettorale di costituzione della RSU e neppure dalla previsione dell'eventuale referendum per l'approvazione del contratto aziendale approvato dalle RSA. Spazio decisionale dei rappresentati che potrebbe o dovrebbe pur sempre operare nell'ambito dell'alternativa tra la forma associativa aziendale o elettorale unitaria della rappresentanza (e dunque senza necessaria correlazione

con l'emersione collettiva degli interessi rappresentati per via della perimetrazione della *unit bargaining* come invece si ha nei sistemi di *ballot*).

##### 5. *Una riflessione conclusiva*

Insomma, a ben vedere, almeno per quanto riguarda i sindacati aderenti, la formulazione pattizia, più che confermare una qual sorta di approssimazione, tipica peraltro nella redazione condivisa di ogni testo sindacale, manifesta, io credo, una più significativa ambiguità sul piano della *politica sindacale* in ordine al senso stesso ed al significato di una *regolazione procedurale* della rappresentanza in funzione della *certezza e stabilità degli esiti della contrattazione collettiva*, sia a livello aziendale che nazionale. La correlazione teleologica tra i due momenti comporta la necessità di ripensare con attenzione ciò che Giugni definì “complessa fenomenologia del riconoscimento” ponendola a fondamento del “corpo codificato delle norme costitutive dell’ordinamento collettivo intersindacale”. Come già lo stesso Giugni segnalava, il riconoscimento e la “peculiare autolegittimazione rappresentativa che ne discende” presuppongono “un permanente sistema di rapporti contrattuali” e questo, a sua volta, presuppone “la permanenza di un relativo equilibrio di poteri” all’interno del quale risolvere le vicende di “lotta giurisdizionale tra i sindacati” e, in genere, i “conflitti di rappresentanza”. È il venir meno di quell’equilibrio politico e della conseguente sostanziale stabilità fattuale del sistema contrattuale (assicurata dalla prassi unitaria) che ha imposto oggi alle parti di rileggere il reciproco riconoscimento attraverso il filtro della misurazione quantitativa, tentando di perseguire per via del principio di maggioranza ciò che prima era assicurato per via dell’unità politica. Dunque, *autolegittimazione* dei soggetti sindacali se e quando riguardati nell’ottica dell’ordinamento statale (da questo punto di vista deve infatti ribadirsi che *il sindacato è potere sociale prima che giuridico*), ma *legittimazione procedurale* nell’ambito delle reciproche relazioni: l’ingresso di un soggetto nel sistema contrattuale e delle relazioni industriali non è più subordinato al mero consenso politico di sindacati segnati da una “autolegittimazione rappresentativa” (consenso “fondato su peculiari ragioni, che non è possibile sindacare all’esterno”, nelle parole di Giugni, prima richiamate, in relazione al disconoscimento della Cisl) ma risulta oggi condizionato dall’accettazione di un sistema di verifica del possesso di determinati requisiti all’esito della proce-

dura pattiziamente prevista, sì che non sembra residuare uno spazio di ragionevole differenziazione a motivo dell'adesione successiva da parte del sindacato rimasto originariamente estraneo alla firma.

In effetti, da un punto di vista generale la regolazione procedurale e la logica del riconoscimento consensuale risultano, a ben vedere, di non immediata integrazione: alla *necessaria inclusività* della prima (in quanto destinata ad assicurare la stabilità dell'esito contrattuale *anche* nella sfera dell'ordinamento statutale) si contrappone la *tendenziale esclusività* della seconda (in quanto destinata ad assicurare la stabilità dell'esito contrattuale *a prescindere* dall'ordinamento statutale). Tale asimmetria emerge proprio dalla evidente difficoltà delle parti contraenti di riconoscere *de plano* una eguale posizione tra "soci fondatori" in quanto firmatari e "soci ordinari" in quanto aderenti: forse, potrebbe dirsi che anche in questo caso *nel sintomo c'è il rimosso*. L'adesione, infatti, non ha più ad oggetto il contratto già stipulato, secondo una prassi ben nota, ma riguarda, ancor prima, l'integrale contenuto regolativo e dunque l'ingresso a pieno titolo nel sistema autonomo di regolazione della rappresentanza, del sistema contrattuale e dell'efficacia ed esigibilità del contratto.

Anche in considerazione di ciò è difficile negare l'utilità di un intervento legislativo che *rafforzi e sostenga le condizioni d'uso del sistema procedurale di misurazione* al fine di assicurare la stabilità degli esiti contrattuali. E ciò nella consapevolezza che "il ricorso auspicabile alla sistemazione legislativa", destinato ad "assicurare regole omogenee che coprano l'intero sistema" e a "garantire un sostegno alla diffusione delle rappresentanze di base nei luoghi di lavoro", si scontra non solo con il timore delle associazioni datoriali intorno ad un possibile "incremento di vincoli e costi", ma anche con le divergenze strategiche dei sindacati, spesso riaffermate anche a costo di "mettere tra parentesi il vantaggio comune di una presenza maggiore sui luoghi di lavoro"<sup>10</sup>. In questa prospettiva, appaiono meritevoli di particolare attenzione le indicazioni *policy pointers* poste alla fine dello studio Eurofound sul dialogo sociale in Europa<sup>11</sup>, secondo cui "*policy levers, such as legislative support for workplace employee representation, can be influential*

<sup>10</sup> CARRIERI, TREU, *op. cit.*, p. 67.

<sup>11</sup> European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Workplace social dialogue in Europe: An analysis of the European Company Survey 2009*, pubblicato nel 2012 e disponibile nel sito [eurofound.europa.eu](http://eurofound.europa.eu).

*in guiding practice*” ma con un approccio empirico e sperimentale, e perciò “*minimalist*”, dal momento che “*their impact should be evaluated and subsequently reappraised*”.

Insomma, sembra esservi ora, più di prima, non solo “l’esigenza di una evoluzione legislativa”, che sia “rispettosa delle forme e delle modalità che le parti hanno convenuto di darsi”<sup>12</sup>, ma ancor più di ritrovare ed inverare lo “spirito costituzionale”<sup>13</sup>. D'altronde, è la stessa Corte Costituzionale ad insegnare, come si legge nella sent. 1/2013, che “l’interpretazione letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica”.

Perciò vale ancora la pena rileggere l’art. 39, per riscoprire in esso i criteri direttivi di un sistema capace di assicurare il *massimo di inclusione procedurale* per garantire il *massimo di stabilità contrattuale*. Ma ricordando pur sempre le parole conclusive delle tre lezioni del 1978 di Kahn Freund<sup>14</sup>: “il conservatorismo, il culto della tradizione, è il nostro peggior nemico, ed è del tutto irrilevante che questa malattia affligga la destra o la sinistra” nella umile consapevolezza, per continuare ad usare le sue parole, che il diritto è una forza solo secondarie nelle vicende umane.

### Abstract

Il testo propone una sintetica riflessione sulla posizione delle organizzazioni sindacali non firmatarie che aderiscono successivamente alla disciplina pattizia in materia di rappresentanza. In particolare, sono discusse le questioni relative alla modalità di adesione, ai contenuti della volontà adesiva ed agli effetti della medesima. L’autore segnala la funzione ordinante esercitata dal sistema di misurazione della rappresentanza sul sistema di relazioni industriali ed evidenzia alcune tensioni tra un modello procedurale e la logica del riconoscimento politico-sindacale ai fini della regolazione della rappresentanza e dell’ammissione al gioco negoziale.

The essay proposes a brief review about the position of the Trade Unions not signatory but subsequently adhering to the collective compact on representation. In

<sup>12</sup> CARRIERI-TREU, *op. cit.*, p. 69.

<sup>13</sup> RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell’art. 39 della Costituzione*, in questa rivista, 2013 p. 283.

<sup>14</sup> KAHN FREUND, *Le relazioni sindacali: tradizione e rinnovamento*, in *DLRI*, 1980, p. 487 nonché ID., *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, 1974, p. 7.

particular, it discusses matters relating to the terms of adhesion, the contents of the adhesive will and the effects thereof. A. noted the ordering function exercised on the industrial relations system by the autonomous measurement system of representation and highlights some of the tensions between a procedural model and the logic of political recognition for both the regulation of representation and the admission to the negotial game.

**Key words**

Sindacato, autonomia, rappresentanza.

Trade Union, autonomy, representation.



## Andrea Pacella, Riccardo Realfonzo, Guido Tortorella Esposito Flessibilità del lavoro e competitività in Italia

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Le posizioni a sostegno della flessibilità del mercato del lavoro. **2.1.** La rigidità del mercato del lavoro come freno alla crescita. **2.2.** La deregolamentazione ‘incompiuta’ come ulteriore causa del ritardo competitivo. **3.** Flessibilità e crescita economica: le posizioni degli economisti classico-keynesiani. **3.1.** La regolamentazione del mercato del lavoro come supporto all’innovazione. **3.2.** Specializzazione produttiva e competitività. **3.3.** Dinamiche distributive e crescita. **3.4.** L’inefficacia delle politiche strutturali in assenza di politiche di sostegno della domanda. **4.** Conclusioni.

### 1. *Introduzione*

A partire dagli anni Novanta del secolo scorso l’Italia incomincia a sperimentare sul versante del lavoro una fase di ‘rinnovamento’ istituzionale caratterizzato da una “progressiva perdita di effettività della disciplina di regolamentazione dei rapporti di lavoro. [...] Le riforme avviate in questa direzione [...] con la privatizzazione del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, la riforma del collocamento e il c.d. “pacchetto Treu” del 1997 in materia di promozione della occupazione” (TIRABOSCHI, 2006, p. 2) vengono successivamente riprese e rilanciate con particolare vigore negli anni 2000, soprattutto con la c.d. “legge Biagi” del 2003 e la “riforma Fornero” del 2012.

Sul piano concettuale il termine flessibilità del mercato del lavoro fa riferimento ad un insieme di norme che riguardano il funzionamento del mercato del lavoro in modo permissivo (vedi SAINT-PAUL, 2000, p. 1). Come è noto, diversi aspetti possono essere oggetto di negoziazione all’interno del mercato del lavoro come ad esempio la retribuzione, le ore di lavoro, la durata contrattuale, la sicurezza sul posto di lavoro, la mobilità, il sistema degli am-

mortizzatori sociali, il meccanismo di ingresso e di uscita dal mercato, il sistema formativo, le modalità di utilizzo dei lavoratori all'interno del processo produttivo, e così via (vedi BJÖRKLUND *et al.*, 1985, pp. 64–65, McLAUGHLIN, 1992; LAYARD e NICKELL, 1997; GUTMANN and THOMPSON, 1996). Gli elementi fondamentali della flessibilità del mercato del lavoro riguardano, *in primis*, la flessibilità salariale in senso stretto e la più ampia flessibilità contrattuale. Mentre la prima forma di flessibilità attribuisce alle parti contraenti la libertà di negoziare il salario depotenziando i vincoli istituzionali esterni, la seconda attribuisce alle parti libertà di accordo sugli altri aspetti contrattuali, come la durata e la libertà delle imprese di assumere e licenziare (la c.d. flessibilità numerica).

Le riforme liberiste del mercato del lavoro in Italia, si noti, sono state precedute e accompagnate da un acceso confronto scientifico sui possibili effetti della flessibilità del mercato del lavoro su occupazione, competitività e crescita economica. In linea generale, i sostenitori della flessibilità considerano le riforme strutturali del mercato del lavoro come indispensabili per la crescita interna.

Sfortunatamente, però, le tesi liberiste sono smentite dalle verifiche empiriche. Ciò ha consentito ad una parte dell'economia non neoclassica, prevalentemente di ispirazione classico-keynesiana, di inserirsi criticamente nel dibattito scientifico in atto dimostrando l'inefficacia sul piano economico della flessibilità del mercato del lavoro e proponendo politiche per la crescita alternative, quali quelle di sostegno alla domanda aggregata e le politiche industriali.

Muovendo, quindi, da questi due paradigmi alternativi, l'obiettivo del presente lavoro è quello di ricostruire il dibattito italiano svoltosi a partire dagli anni novanta attorno alle criticità della bassa competitività nazionale e delle riforme del mercato del lavoro. Come verrà messo meglio in evidenza nelle successive sezioni, il dibattito svoltosi in Italia tra gli economisti liberisti (o *mainstream*) e i loro critici vede tutti concordi nel valutare un forte ritardo competitivo del Paese e, viceversa, posizioni molto distanti sulle cause di ciò e sulle politiche da implementare. Mentre per l'approccio *mainstream* si rinnova l'idea che la rigidità del mercato del lavoro costituisca un vincolo istituzionale al cambiamento strutturale richiesto dall'internazionalizzazione dei mercati, gli economisti di ispirazione classico-keynesiana vedono nella deregolamentazione del mercato del lavoro la risposta sbagliata ad un problema la cui origine sta proprio nello stesso processo di cambiamento strutturale connesso alla globalizzazione dell'economia.

Questo lavoro si struttura in due principali sezioni: la sezione 2 è dedicata alla ricostruzione delle posizioni *mainstream* a sostegno della flessibilità del mercato del lavoro, mentre la sezione 3 è dedicata alla ricostruzione delle posizioni eterodosse in merito alle diverse cause della perdita di competitività nazionale e ai conseguenti effetti, giudicati recessivi, della flessibilità del mercato del lavoro. La sezione 4, infine, presenterà le conclusioni.

## 2. Le posizioni a sostegno della flessibilità del mercato del lavoro

L'interesse dell'economia *mainstream* per la flessibilità del mercato del lavoro in Italia non è nuovo, ma non vi è dubbio che lo stesso abbia assunto un ruolo decisivo, sia sul piano scientifico che politico, alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, in concomitanza con le prime importanti riforme liberiste del mercato del lavoro.

Rendendo il mercato del lavoro tanto più flessibile, si argomenta, le imprese italiane avrebbero la possibilità di ridurre il costo del lavoro per unità di prodotto (da qui in avanti CLUP) e quindi i prezzi. Ciò consentirebbe loro di acquisire maggiori quote di mercato estero aumentando quindi la produzione per l'esportazione e occupando più lavoratori. Non solo, l'aumento del reddito da lavoro generato dall'aumento della produzione per i mercati esteri, si aggiunge, facendo leva sulla domanda interna, permetterebbe alle imprese italiane di aumentare anche la produzione per i mercati interni: il risultato finale sarebbe, così, maggiore occupazione e crescita economica.

Per comprendere meglio le argomentazioni qui presentate è utile prendere in considerazione una famosa equazione attraverso la quale è possibile individuare le determinanti dei prezzi:

$$p = \frac{w}{\pi} (1 + \mu) \quad [1]$$

dove:  $p$  sono i prezzi,  $w$  è il salario unitario,  $\pi$  è la produttività media del lavoro,  $\mu$  è il margine di ricarico dei costi di produzione che le imprese intendono appropriarsi come margine di guadagno (c.d. *mark-up*),  $w/p$  è il CLUP. Dalla [1] risulta che i prezzi aumentano se: 1) aumenta il salario unitario, 2) si riduce la produttività del lavoro, 3) aumenta il margine di ricarico. Poiché

il CLUP è dato dal rapporto tra il salario e la produttività del lavoro, affinché i prezzi possano scendere è necessario, a parità di mark-up, ridurre il salario e/o aumentare la produttività.

Ebbene, i sostenitori della riforme liberiste del mercato del lavoro ritengono che la flessibilità – nella duplice forma di flessibilità salariale e della durata del contratto del lavoro – riduce il CLUP perché consente alle imprese di ridurre il salario, da una parte, e di aumentare la produttività del lavoro dall'altra. In quest'ultimo caso, in particolare, si ritiene che, tanto più credibile è la minaccia del mancato rinnovo contrattuale e del licenziamento tanto maggiore è l'impegno e lo sforzo profuso sul posto di lavoro dal singolo lavoratore (c.d. "effetto disciplina").

La flessibilità del mercato del lavoro, inoltre, incrementerebbe la produttività in quanto incentiverebbe l'innovazione sia di prodotto che di processo. Le argomentazioni a supporto di questa tesi sono essenzialmente tre: *a)* poiché l'innovazione richiede una serie di aggiustamenti nel livello e nella composizione dell'organico, e poiché la flessibilità consente alle imprese di procedere liberamente a tali aggiustamenti, ne segue che la flessibilità incentiva e accelera il processo innovativo; *b)* la deregolamentazione del mercato del lavoro, poi, in quanto riduce i costi di assunzione e di licenziamento, rende più conveniente il processo di riorganizzazione del personale e da qui i processi di innovazione interni; *c)* la deregolamentazione del mercato del lavoro, riducendo il costo del lavoro, amplia le possibilità di autofinanziamento degli investimenti innovativi.

Si noti poi che gli economisti *mainstream* italiani si interfacciano con la politica "riformista" del mercato del lavoro sia in senso positivo che negativo (vedi sezioni 2.1 e 2.2). Mentre nel primo caso essi, riconoscendo nell'eccessiva regolamentazione del mercato del lavoro la principale causa di perdita di competitività e dei bassi livelli occupazionali accolgono favorevolmente gli indirizzi e gli interventi legislativi a sostegno di una sua maggiore flessibilità, nel secondo caso, invece, ne rilevato l'inefficacia in virtù della loro presunta parzialità.

### 2.1. La rigidità del mercato del lavoro come freno alla crescita

Parte degli economisti *mainstream* si presentano come ferrei sostenitori delle politiche liberiste del mercato del lavoro in genere per tre motivi fondamentali: *a)* la rigidità preclude l'equilibrio del mercato del lavoro generando disoccupazione involontaria, *b)* la rigidità innalza i costi di produzione, *c)* la ri-

gidità disincentiva l'innovazione. La rigidità, in sostanza, viene intesa come causa predominante della disoccupazione e della perdita di competitività nazionale.

Per quanto riguarda la relazione positiva tra rigidità e disoccupazione, a partire dai primi anni del 2000, i principali esponenti dell'economia *mainstream* in Italia, quali Bessanini, Bertola, Boeri, Giavazzi, Nicoletti, Messina, Scarpetta, (v. ad esempio BOERI *et. al.*, 2000; NICOLETTI *et al.*, 2001; BLANCHARD e GIAVAZZI, 2000; AMABLE e GATTI, 2001; MESSINA-GRANOWSKY, 2000; MESSINA, 2003) individuano una serie di fattori di irrigidimento del mercato del lavoro del panorama istituzionale italiano e ritenuti causa della disoccupazione di massa. Questi, in particolare, sarebbero: *a*) l'elevato potere contrattuale dei lavoratori, *b*) la centralizzazione della contrattazione salariale, *c*) l'elevato cuneo fiscale e *d*) il minor grado di mobilità del fattore lavoro (v. SCARPETTA, 1996). Dal loro punto di vista, qualunque condizionamento esterno, tendente ad irrigidire il mercato del lavoro, e da qui, ad amplificare le divergenze tra domanda e offerta di lavoro, danneggerebbe l'economia nazionale in termini occupazionali e produttivi. Stando a questa linea interpretativa, quindi, i fattori di scarsa produttività vengono ricondotti alle inefficienze delle istituzioni italiane del mercato del lavoro, in particolare del modello contrattuale e delle normative scarsamente inclini ad assecondare le esigenze di flessibilità delle imprese (v. anche BERTOLA e ROGERSON, 1997; ELMESKOV *et al.* 1998; SCARPETTA, 1998).

Successivamente, sulla base di queste argomentazioni, la letteratura *mainstream* ha affinato le proprie teorie sulla relazione inversa tra regolamentazione del mercato del lavoro e competitività. BALDASSARRI, GALLI e PIGA (2002), ad esempio, individuano alcune cause di perdita di competitività delle imprese italiane: *a*) inefficienza della pubblica amministrazione, *b*) limitata portata delle liberalizzazioni, *c*) elevata spesa pensionistica, *d*) arretratezza del sistema previdenziale integrativo e rigidità del mercato del lavoro.

Sul piano, infine, della relazione inversa tra regolamentazione del mercato del lavoro e innovazione, BASSANINI e ERNST (2002) presentano un lavoro finalizzato a valutare, prevalentemente dal punto di vista empirico, l'impatto, nei paesi OCSE, della regolamentazione sulla produttività indotta dalle innovazioni. La relazione negativa viene spiegata per il tramite del verificarsi di tre principali "forze oppponenti": *a*) poiché l'innovazione richiede una serie di aggiustamenti nel livello e nella composizione dell'occupazione, ogni tentativo istituzionale finalizzato a comprimere le libertà delle imprese a procedere a tali aggiustamenti non fa altro che frenare o ritardare il processo

innovativo; b) la deregolamentazione del mercato del lavoro, in quanto riduce i costi di assunzione e di licenziamento, rende più conveniente il processo di riorganizzazione del personale e da qui i processi di innovazione interni; c) poiché, infine, gli investimenti innovativi sono finanziati in gran parte dai profitti, una regolamentazione del mercato del lavoro, finalizzata ad irrigidire verso l'alto i salari, ridistribuisce reddito a favore dei lavoratori e danno delle imprese e comprime le possibilità di espansione competitiva delle stesse (cfr. BLUNDELL *et al.* 1995; 1999).

### 2.2. La deregolamentazione 'incompiuta' come ulteriore causa del ritardo competitivo

Verso la fine degli anni Novanta del secolo scorso una parte degli economisti *mainstream* italiani – in particolare Boeri, Garibaldi, Nicoletti e Scarpetta – incomincia a convogliare la propria attività di ricerca sulle conseguenze dei processi di riforma ritenuti “incompiuti” che avrebbero interessato il mercato del lavoro interno in quegli anni (v. ad esempio BOERI, 1998; BOERI, NICOLETTI e SCARPETTA, 1999; da ultimo BOERI e GARIBALDI, 2010).

Una delle argomentazioni portate avanti dalla letteratura *mainstream* sulla competitività concerne, infatti, le “imperfezioni” della flessibilità in Italia. Il mercato del lavoro, si sottolinea, si caratterizza per la coesistenza ‘ingiustificata’ di forme contrattuali rigide e forme contrattuali flessibili. Ricorrendo ad un approccio teorico ed empirico gli autori tentano di dimostrare il fallimento – in termini di produttività, flussi occupazionali e reddituali – dei processi di liberalizzazione (parziale e diversificata per tipologie contrattuali) del mercato del lavoro nel nostro Paese (cd. processo di *deregolamentazione stratificata* del mercato del lavoro).

Le argomentazioni possono essere così sintetizzate: A) data l'incompletezza della riforma, l'assetto istituzionale del mercato del lavoro divenire *dualistico*; ciò genera un effetto distorsivo nell'allocazione efficiente dell'occupazione tra lavoro stabile e tutelato (con un basso *turnover* e quindi considerato meno produttivo) e lavoro temporaneo con minori tutele (con un più alto *turnover* e quindi considerato più produttivo). B) I fattori istituzionali di irrigidimento dei mercati influenzano la velocità di aggiustamento degli organici in risposta a *shock* esogeni, generando, di fatto, negli imprenditori un'inerzia comportamentale, nel senso che maggiori sono i costi di assunzione e licenziamento, minore è la loro inclinazione ad adattare il proprio organico alle esigenze contingenti di mercato. Pioneristico,

nell'ambito dell'approccio qui considerato è lo studio di Boeri del 1998. Le dinamiche occupazionali in Italia, sostiene l'autore, sono fortemente influenzate dal tratto dualistico del mercato del lavoro, definito così per la co-presenza di occupazioni 'ipergarantite' e occupazioni eccessivamente instabili. L'idea generale di Boeri è la seguente: dato uno *stock* di posti di lavoro disponibili, una maggiore regolamentazione – in quanto limita il *turnover* per l'assenza di una minaccia credibile – comprime, per natura, la competitività delle imprese e frena la crescita economica e l'occupazione. Riducendosi, quindi, la velocità di ricambio dei lavoratori diminuisce la quota dei *insiders inefficienti* che 'dovrebbero' uscire dal mercato del lavoro e dall'altro si riduce la quota degli *outsiders efficienti* che vi potrebbero entrare (v. BENTOLILA e BERTOLA, 1990).

L'esistenza, poi, di un mercato dualistico con differenziali di *turnover* riduce la produttività generale anche per effetto di una riduzione di produttività nei settori deregolamentati. L'elevato costo del lavoro associato a forme contrattuali 'stabili', sostiene infatti Boeri, disincentiva gli imprenditori a modificare i contratti a termine in contratti a tempo indeterminato; a causa di ciò, i lavoratori con contratto a termine, poiché vedono ridurre la probabilità della modifica del proprio *status* contrattuale, riducono il proprio sforzo lavorativo. Da qui segue una riduzione ulteriore di produttività, una maggiore perdita di competitività e, quindi, maggiore disoccupazione (v. anche BERTOLA, 1990; SCARPETTA 1996; BLANCHARD, 1998).

A ciò gli stessi aggiungono come l'"eccessiva" regolamentazione del mercato del lavoro, modificando le preferenze imprenditoriali circa le tipologie contrattuali da utilizzare, a causa dei differenziali di *turnover* e di costo, genererebbe effetti distorsivi nell'allocazione desiderata dei lavoratori tra occupazioni di lunga e di breve durata. Allo stesso tempo, poi, un "eccessivo" irrigidimento del mercato del lavoro, comprimendo le possibilità e i tempi di rotazione del personale, ridurrebbe la capacità competitiva delle imprese in quanto limita la libertà nel modificare la composizione e i livelli della forza lavoro proprio sulla base di parametri di efficienza e/o di necessità congiunturali.

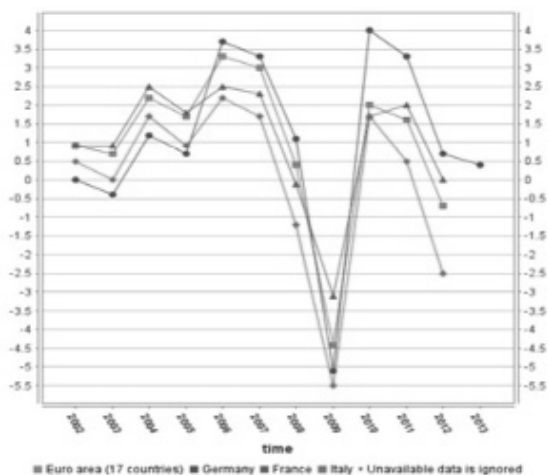
### 3. *Flessibilità e crescita economica: le posizioni degli economisti classico-keynesiani*

Alla luce delle argomentazioni presentate dagli economisti *mainstream* italiani sulle politiche di riforma del lavoro in senso liberista c'è da chiedersi,

ricorrendo inizialmente ad alcune evidenze empiriche, se tali riforme abbiano generato o meno i risultati sperati.

Un indicatore importante è innanzitutto il tasso di crescita del Pil, che qui consideriamo in termini reali. Come mostra la *Figura 1*, nel periodo compreso tra il 2002 e il 2006 l'Italia ha visto crescere il Pil in modo contenuto, raggiungendo un picco poco superiore al 2% solo nel 2006. A partire poi dal 2006, prima ancora quindi del dispiegarsi dei fenomeni congiunturali degli ultimi anni, il Pil italiano è andato riducendosi con ritmi sempre più sostenuti mantenendosi sempre al di sotto del Pil degli altri paesi.

*Figura 1 - Tasso di crescita del Pil reale*



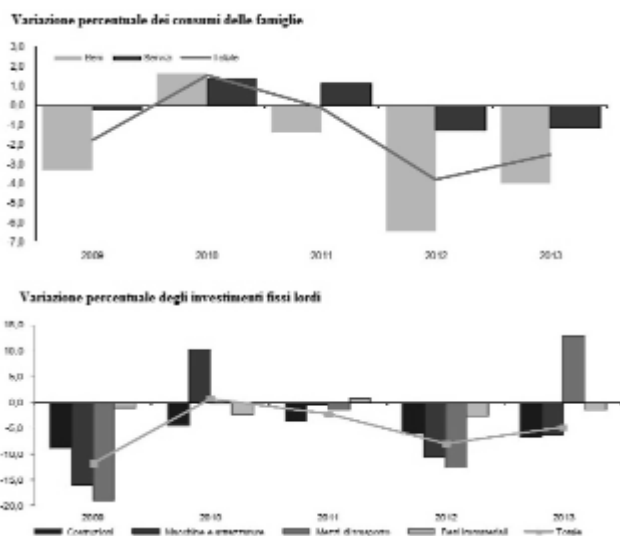
Fonte: Eurostat

I dati riportati relativi al tasso di crescita del Pil reale in Italia trova una sua possibile spiegazione nella caduta registrata proprio in quegli anni sul lato delle principali voci della domanda aggregata interna del nostro Paese: i consumi delle famiglie e gli investimenti fissi lordi del settore produttivo. Come viene evidenziato dalla *Figura 2*, infatti, i tassi di variazione della spesa per consumi finali delle famiglie italiane, nonché il tasso di variazione degli



investimenti fissi lordi, che nel 2009, anno in cui il tasso di variazione del Pil si ridusse del -5,5%, registrarono valori altrettanto negativi, rispettivamente pari a -2% e a -12%, crebbero tra il 2009 e il 2010, raggiungendo rispettivamente l'1% e poco più dello 0%, per poi ritornare a ridursi, registrando valori negativi, soprattutto negli anni 2012 e 2013.

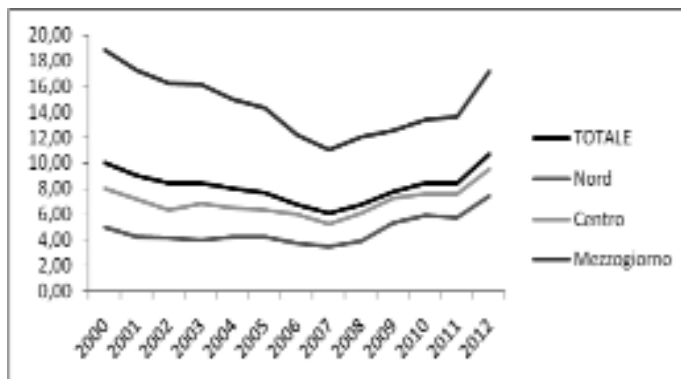
*Figura 2 - Tasso di variazione dei consumi finali delle famiglie e degli investimenti fissi lordi in Italia in valori %. Valori concatenati – anno di riferimento 2005*



Fonte: Istat, Pil e indebitamento AP, 3 marzo 2014, p. 3

I dati sulla disoccupazione appaiono ancora più allarmanti. Nel lungo periodo, come mostra la *Figura 3*, il tasso di disoccupazione totale in Italia, nell'arco temporale compreso tra il 2000 e il 2012, si è sempre mantenuto su valori preoccupanti, passati dal 10% del 2000 a un 8% nel 2007, per poi riaumentare a poco più del 10% nel 2012 (*Figura 3*); dato quest'ultimo che è andato peggiorando ulteriormente nel 2013, come mostra il suo *trend* crescente in tutto l'arco del 2013.

Figura 3 - Tassi di disoccupazione nel periodo 2000-2012 in Italia



Fonte: Ns. elaborazione su dati Istat

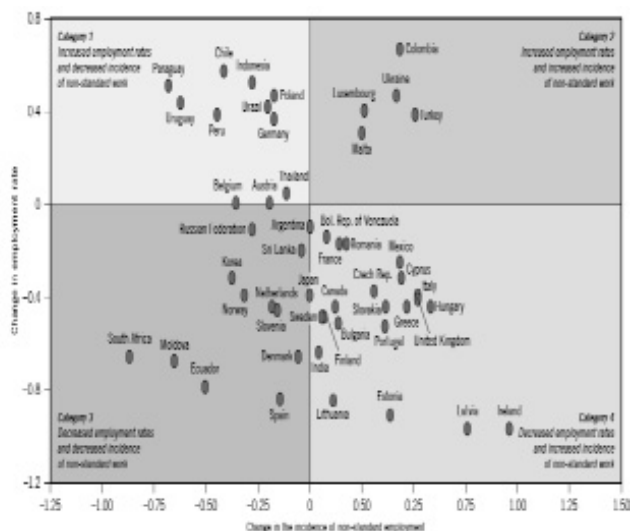
Figura 4 - Tasso di disoccupazione totale in Italia nel 2013



Fonte: Istat

Venendo poi alla presunta relazione positiva tra flessibilità contrattuale e occupazione, la *Figura 5* mostra chiaramente come l'Italia, al contrario ad esempio della Germania, vede crescere sia la disoccupazione che l'incidenza dei lavori temporanei e precari sul totale degli occupati.

*Figura 5 - Tassi di occupazione e incidenza delle occupazioni 'non standard' tra il 2007 e i 2010*



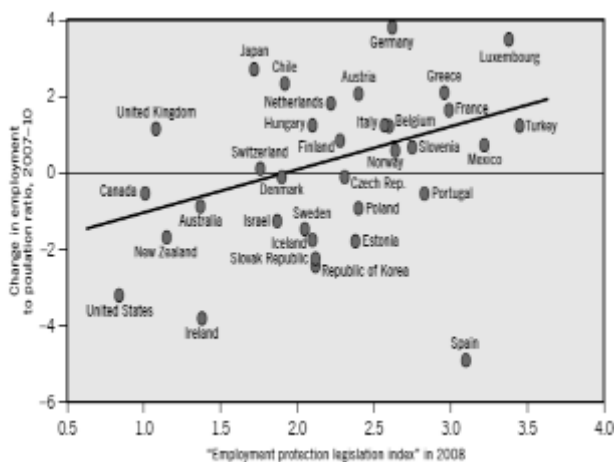
Fonte: ILO: World of Work Report 2012, p. 11<sup>1</sup>

La *Figura 6* inoltre mostra chiaramente una relazione positiva tra l'indice di protezione del lavoro (l'EPLelaborato dall'OCSE), che si riduce con le politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro, e l'occupazione. L'evidenza empirica colta da questa figura pone in grande difficoltà i sostenitori delle politiche di flessibilità dal momento che, contrariamente a quanto

<sup>1</sup> Si noti che l'Organizzazione Internazionale del Lavoro include nelle occupazioni non standard gli impieghi temporanei e i lavori precari.

essi sostengono, appare chiaro che l’impatto di queste politiche sulla occupazione è controproducente<sup>2</sup>.

Figura 6 - Relazione tra occupazione ed EPL  
 (“employment protection legislation index”)

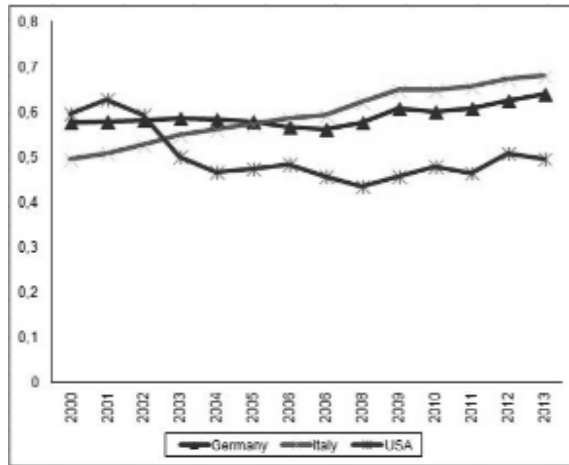


Fonte: ILO: World of Work Report 2012, p. 45

La Figura 7 mostra, invece, l’andamento del CLUP in Italia tra il 2000 e il 2013. È interessante notare come prima del 2000, in una fase precedente alla accentuazione delle riforme liberiste del mercato del lavoro, il CLUP italiano si è mantenuto al di sotto di quello tedesco e degli USA. Le cose cambiano rapidamente, invece, a partire dal 2003. Da questo momento, infatti, e nonostante le riforme liberiste, il CLUP italiano è cresciuto in maniera sostenuta, superando quello USA proprio nel 2003 e quello tedesco a partire dal 2005.

<sup>2</sup> REALFONZO 2013 mostra come al variare dell’EPL varino i salari reali. La correlazione è di tipo diretto: le riduzioni dell’EPL, conseguenti a politiche di deregolamentazione del mercato del lavoro, determinano generalmente una contrazione dei salari reali.

Figura 7 - Andamento del CLUP tra il 2000 e il 2013



Fonte: Ameco

Come osservato in precedenza, gli economisti *mainstream* attribuiscono l'elevato CLUP in Italia all'elevato costo del lavoro, da qui la giustificazione della flessibilità salariale. Non solo, l'elevato CLUP dipenderebbe anche dall'inadeguatezza delle istituzioni del mercato del lavoro (aspetti contrattuali e normativi) che non favorirebbero la crescita di produttività. Queste conclusioni però sono suscettibili di falsificazione sul piano empirico. In realtà, infatti, come si evince dall'analisi del Pil reale e delle componenti della domanda interna, la dinamica del CLUP sembra essere legata principalmente al calo degli investimenti fissi lordi da parte del settore produttivo, dovuto a sua volta alla contrazione dei consumi delle famiglie (v. *Figura 2*) generata anche dalla reazione dei lavoratori allo stato di incertezza che scaturisce dall'eccessiva deregolamentazione del mercato del lavoro (v. § 3.4).

Come si nota dall'evidenza empirica la flessibilità del mercato del lavoro non risulta così efficace come prospettato. A cosa si deve allora questa inefficacia? Alcune risposte convincenti ci vengono fornite dagli economisti italiani di ispirazione non neoclassico-liberista. A differenza delle posizioni *mainstream*, questi economisti formano proprie posizioni critiche svinco-

lando la variabile flessibilità dalla variabile competitività e dimostrando come, mentre da un lato la flessibilità del lavoro ha solo effetti recessivi, in quanto comprime la domanda aggregata e rende alla fine non credibile l'“effetto disciplina”, dall'altro il ritardo competitivo costituisce una questione di tipo strutturale rinviabile alla scarsa accumulazione di capitale (sia tecnico che umano), alla selezione avversa degli investimenti sul piano internazionale e alle modifiche degli assetti produttivi tra i paesi europei. Qui di seguito si procederà a dare un resoconto più dettagliato di tali posizioni.

### 3.1. *La regolamentazione del mercato del lavoro come supporto all'innovazione*

Stando ad un primo filone di pensiero critico, l'innovazione, in particolare quella di processo, risulta essere positivamente influenzata dalla rigidità dei contratti di lavoro. La ragione è da ricercarsi nella maggiore efficienza che i gruppi di lavoro stabili e coesi sono in grado di erogare nelle imprese.

Un gruppo di lavoro stabile e coeso, si argomenta, consente ai suoi membri di cumulare e condividere efficientemente le informazioni e conoscenze necessarie all'implementazione dei processi innovativi, ciò in ragione della omogeneità degli obiettivi, dell'assenza (o controllabilità) di conflitti interni, dell'efficacia dei *network* relazionali interni (v. MICHIE e SHEEHAN 2003). La scarsa competitività, invece, è da attribuire alle inefficienze organizzative e gestionali più che alle rigidità contrattuali (v. PAOLOZZI, 2008).

Un interessante lavoro di PIERONI e POMPEI, del 2007, dimostra empiricamente come l'innovazione in Italia sia positivamente correlata ai salari e negativamente correlata alla flessibilità contrattuale. L'effetto positivo dei salari sull'innovazione e l'effetto negativo della flessibilità contrattuale sull'innovazione hanno come origine comune l'accumulazione del capitale umano e le sue determinanti. Mentre gli alti salari, infatti, incentivano l'accumulazione di capitale umano da parte dei lavoratori, la flessibilità contrattuale riduce la propensione all'innovazione a causa degli elevati costi-opportunità dell'investimento innovativo. L'innovazione, infatti, richiede, tra l'altro, elevati investimenti per la formazione del personale, e il costo-opportunità della formazione del personale cresce al crescere della flessibilità contrattuale. Se non sussistono barriere all'uscita, infatti, ogni lavoratore potrebbe investire le *skills* accumulate presso un'impresa lavorando in un'altra. Il rischio di un deflusso di lavoratori efficienti rende quindi non conveniente investire in formazione, e quindi in innovazione (v. anche PIORE, 1986; LINDBECK e SNOWER, 1988; PIANTA e VAONA, 2007).

Stando poi a HALL, LOTTI e MAIRESSE (2008) la flessibilità del mercato del lavoro, permettendo alle imprese di ridurre i costi di produzione per il tramite del contenimento dei salari, ritarda l'uscita delle imprese inefficienti. Avendo così la possibilità di sopravvivere sul mercato, anche se al suo margine, tali imprese trascurano la ricerca di soluzioni innovative utili per il proprio sviluppo.

LUCIDI e KLEINKNECHT, infine, in un lavoro del 2010 individuano quattro conseguenze negative della flessibilità sulla produttività. Tali conseguenze riguardano nell'ordine: *a)* la propensione innovativa delle imprese, *b)* la formazione del personale, *c)* lo stato di fiducia generale e *d)* la domanda aggregata. Con riferimento al primo punto, e in linea con quanto già visto, le politiche di moderazione salariale, si sostiene, disincentivano le innovazioni *capital-intensive* e ritardano l'introduzione di innovazioni (cfr. ANTONUCCI e PIANTA, 2002). A questo si aggiunge che, minore è la durata del rapporto di lavoro maggiore è il costo-opportunità dell'investimento in formazione. Poiché, infatti, occorre del tempo affinché la nuova formazione possa rendere all'impresa, al ridursi della durata media contrattuale, si riduce anche il tempo di impiego produttivo del nuovo *stock* di capitale umano e ciò rende non conveniente formare personale 'a termine'. Una maggiore flessibilità contrattuale, inoltre, demotivando i lavoratori, e compromettendo il rapporto di fiducia tra le parti, riduce la produttività. La flessibilità infine ha effetti negativi anche sulla componente di consumi a causa del ridursi del reddito dei lavoratori e/o per l'aumento della propensione al risparmio che lo stato del rapporto di lavoro incerto può determinare.

### 3.2. Specializzazione produttiva e competitività

Una seconda linea di ricerca *non-mainstream* si interessa di spiegare la scarsa competitività italiana attraverso l'analisi delle peculiare specializzazione produttiva interna piuttosto che attraverso l'analisi della rigidità del mercato del lavoro. AMIGHINI (2003), ad esempio – seguendo l'approccio di BARRO e SALA-I-MARTIN (2005), di AININGER (2001) e della COMMISSIONE EUROPEA (2001) – individua criticamente i punti di forza e di debolezza della specializzazione produttiva all'interno dello scenario competitivo internazionale a cavallo degli anni '90 e i primi anni del 2000. L'autore discute criticamente dei risultati delle indagini empiriche a supporto delle tesi del vantaggio competitivo trainato dalla specificità produttiva interna tra la fine degli anni '90 e primi anni del 2000.

Numerosi, infatti, sono gli studi (v. ad esempio ONIDA, 1978; MODIANO, 1982; DE NARDIS, 1997; DE NARDIS e MARGARINI, 1998; FERRARI *et al.* 1995; DE BENEDICTIS e TAMBERI, 2001, ecc.) che in questo periodo tracciano le caratteristiche e le specificità dell'assetto produttivo italiano, cd. *made in Italy*, dimostrando come questo possa contribuire a generare un vantaggio competitivo sul piano internazionale (v. DE NARDIS, 1997; DE NARDIS e MALGARINI, 1998). Queste posizioni ottimistiche vengono di fatto criticate da AMIGHINI il quale solleva dei dubbi circa la sostenibilità di un tale vantaggio data l'intensità del lavoro e la bassa tecnologia che caratterizzano l'assetto produttivo nazionale.

Per supportare la propria tesi Amighini si concentra su tre possibili componenti del vantaggio competitivo di un Paese: *a*) la componente dell'innovazione (di prodotto e di processo), *b*) la componente delle esternalità positive della produzione (soprattutto per il tramite dei meccanismi di apprendimento) e *c*) la componente di *marketing*. Amighini afferma, poi, come il presunto vantaggio posizionale del *made in Italy* sul panorama internazionale rischia di essere solo di breve periodo a causa della ridotta propensione all'innovazione rispetto, al contrario, agli elevati sforzi comunicativi e di *marketing* finalizzati al consolidamento del marchio. Un vantaggio competitivo di questo tipo, aggiunge l'autore, è da giudicare 'anomalo' perché si regge fondamentalmente su dei fattori di facile imitazione, almeno nel medio periodo. Senza forti investimenti in innovazione tale 'anomalia', conclude, è destinata a non reggere nel lungo periodo e a compromettere definitivamente la competitività nazionale. Sulla stessa scia si inseriscono GUIDETTI e MAZZANTI (2007) i quali notano inoltre che, data la rilevanza delle variabili strutturali e delle differenze territoriali, le politiche per la competitività trainate dalla deregolamentazione del mercato del lavoro sono destinate al fallimento se le politiche occupazionali non sono connesse ad adeguate politiche industriali.

### 3.3. Dinamiche distributive e crescita

Tra il 2003 e il 2010 si realizzano, soprattutto a livello internazionale, una serie di studi finalizzati all'analisi degli effetti della flessibilità sulle variabili distributive, e tramite quest'ultime, sulla domanda aggregata e sulla crescita economica. Questo filone di ricerca ha ottenuto un notevole consolidamento negli ultimi anni sia dal punto di vista teorico sia empirico soprattutto attra-



verso la riconsiderazione e gli sviluppi del lavoro di BHADURI e MARGLIN del 1990.

Bhaduri e Marglin pongono, infatti, le basi per la moderna teoria della distribuzione del reddito e della crescita economica nei seguenti termini: mentre i consumi crescono al crescere della *wage share*— ossia della quota salari/Pil — gli investimenti e le esportazioni nette diminuiscono al suo aumentare. L'aumento della *wage share* infatti, comprimendo i profitti, riduce le possibilità di autofinanziamento delle imprese e quindi degli investimenti. A ciò si aggiunge che l'aumento della *wage share* tende a ridurre le esportazioni a causa dell'aumento dei costi di produzione e della conseguente riduzione del grado di competitività delle imprese sui mercati internazionali.

Si possono così individuare due principali effetti di un incremento della *wage share* sulla domanda: un effetto espansivo, conseguente all'aumento della componente dei consumi e due effetti depressivi, rispettivamente sulla componente degli investimenti e sulla componente delle esportazioni nette. La diversa elasticità delle tre componenti rispetto alla *wage share* e il grado di apertura dell'economica qualificano i paesi come *wage led* o *profit led*, ossia paesi a *trazione salariale* o paesi a *trazione da profitto*. Si tratta, in sostanza, di paesi che sperimentano fasi espansive o recessive a seconda del diverso impatto delle categorie di reddito, e delle rispettive quote distributive, sulle componenti della domanda aggregata e quindi sulla produzione. Questo filone di ricerca, inoltre, attribuisce all'analisi empirica il compito di investigare fattivamente la natura *wage* o *profit led* delle economie e di fornire i dati necessari alla definizione di opportune *policy* di crescita.

In Italia, soprattutto nel periodo 2008-2011, alcuni economisti eterodossi, quali ad esempio Brancaccio, Cesaratto, Realfonzo e Stirati, concentrano la loro attenzione sugli effetti depressivi della caduta della quota salari sul Pil. La flessibilità nel mercato del lavoro, argomentano questi economisti, ha portato il nostro Paese a una moderazione salariale. Poiché il salario è un costo di produzione per l'imprenditore, il suo contenimento ha consentito alle imprese di aumentare il proprio margine di profitto a parità di prezzo (si veda l'equazione [1]). Mentre, da una parte, i lavoratori hanno visto diminuire la quota dei salari sul reddito nazionale, le imprese, non avendo spinto sulla riduzione dei prezzi, non hanno guadagnato il vantaggio posizionale sperato sui mercati internazionali. La caduta del Pil, quindi, è ascrivibile sia alla caduta della domanda interna, causata dalla contrazione dei redditi da lavoro, sia alla caduta della domanda estera rivolta ai prodotti na-

zionali, causata dalla perdita di competitività internazionale (v. BRANCACCIO 2008A; BRANCACCIO, REALFONZO, STIRATI e SUPPA 2010; STIRATI 2010; CESARATTO e STIRATI 2011; REALFONZO 2013). Da qui la conclusione che le politiche per la crescita improntate alla flessibilità salariale risultano inefficaci per i paesi cosiddetti *wage led*.

BRANCACCIO (2008B), inoltre, considera la deflazione salariale, da una parte, e il divario di produttività dall'altra, come le principali cause dell'accentuazione degli squilibri nella crescita dei redditi e nei conti esteri dei paesi europei. L'Unione Europea, rileva l'autore, a partire dai primi anni del 2000 incomincia a identificarsi come un'area caratterizzata da una dinamica salariale simmetrica e da una dinamica asimmetrica della produttività. Mentre alcuni paesi, tra i quali l'Italia, vedono cioè ridursi sia i salari sia la produttività, altri, tra i quali la Germania, vedono crescere la produttività ma non anche i salari. Collocandosi quindi sui mercati internazionali con CLUP differenti, i diversi paesi europei vedono ampliare la divergenza in termini di competitività, produzione e occupazione.

L'autore, poi, individua nel cambiamento strutturale dell'assetto capitalistico europeo la ragione di fondo dei differenziali di produttività. Si distinguono così i centri – intesi come aree territoriali nazionali, tra le quali spicca la Germania, caratterizzate da un'elevata attrattività degli investimenti *capital intensive* ed elevate concentrazioni di capitali che garantiscono, a loro volta, un'elevata produttività del lavoro – dalle periferie, intese al contrario come quelle aree territoriali, tra le quali rientra l'Italia, che sperimentano un'elevata frammentazione del capitale che causa, a sua volta, una riduzione della produttività. Sul piano poi dell'efficacia delle politiche liberiste in tema di lavoro Brancaccio ne discute l'inefficacia sia sul piano della crescita interna sia su quello del riequilibrio dei conti con l'estero per almeno due ordini di motivi: 1) l'effetto disciplina non costituisce, nei fatti, la variabile chiave della crescita di produttività di alcuni dei paesi europei. Come visto prima, infatti, i divari di produttività sono ascrivibili fondamentalmente al cambiamento strutturale delle economie nazionali. 2) La compressione dei salari nei paesi periferici, poiché comprime la domanda interna e riduce le aspettative di profitto, frena gli investimenti interni e incentiva le delocalizzazioni nei paesi economicamente forti rendendoli ancor più competitivi.

REALFONZO (2013) critica poi la teoria secondo cui la deregolamentazione del mercato del lavoro favorisce la crescita, riprendo l'analisi keynesiana della relazione tra salari, domanda aggregata e occupazione e sviluppando

l'impostazione di HEIN e VOGEL (2008). La conclusione cui Realfonzo giunge è che le politiche di flessibilità generano una contrazione della quota dei salari sul Pil e "ogni fenomeno redistributivo a svantaggio dei salari e a vantaggio dei redditi da capitale si traduce in una riduzione della domanda di beni di consumo. Poiché la domanda di beni di consumo è una componente della domanda aggregata di beni e servizi, e poiché [...] è quest'ultima che determina il livello di produzione e quindi del Pil, ogni fenomeno redistributivo a danno dei salari tende a tradursi (a meno che non intervengano fattori contrastanti, come ad esempio un incremento della domanda di beni di investimento) in una caduta della domanda, e quindi in un freno alla crescita del Pil, con effetti di incremento della disoccupazione" (REALFONZO 2013, p. 494). Riprendendo l'analisi di BRANCACCIO, REALFONZO, STIRATI e SUPPA (2010), Realfonzo conclude che mediamente "al cadere della quota salari si verifica: a) una caduta della domanda di beni di consumo, dovuta all'effetto redistributivo dai soggetti con più elevata propensione al consumo a soggetti con minore propensione al consumo; b) una sostanziale invarianza degli investimenti; c) un aumento contenuto delle esportazioni, dovuto alla moderazione del costo del lavoro" (REALFONZO 2013, p. 496). A riguardo, commentando i dati relativi all'Italia, Realfonzo sostiene che il nostro Paese abbia uno spiccato carattere *wage-led*; è cioè uno dei paesi in cui una caduta percentuale unitaria della quota salari determina i più forti effetti recessivi.

Occupazione e produttività, argomenta poi STIRATI (2008), non costituiscono variabili esogene essendo esse determinate congiuntamente dall'andamento della domanda aggregata. "Il fatto che nell'approccio tradizionale si tenda a guardare invece la crescita del prodotto come determinata dalla crescita dell'occupazione (che a sua volta, sempre secondo questa visione, se il mercato è flessibile, riflette la crescita del lavoro disponibile) e della produttività, tende a nascondere questo legame" (STIRATI, 2008, p. 185; v. anche STIRATI, 2010; CESARATTO e STIRATI, 2011).

Un altro spetto sul quale Stirati concentra, infine, la sua attenzione è l'analisi della relazione tra flessibilità e durata media della disoccupazione, e, tramite questa, tra flessibilità e disoccupazione giovanile e di genere. In un contesto nel quale i livelli occupazionali non crescono a seguito della flessibilità, sostiene l'autrice, la durata media dell'occupazione può essere ridotta solo se l'afflusso dei lavoratori in uscita viene compensato da un corrispondente deflusso di nuovi lavoratori. La flessibilità, quindi, più che incentivare la crescita occupazionale ne incentiva solo il ricambio favorendo così solo

alcuni e danneggiandone altri. “[A] parità di dimensione della disoccupazione [scrive Stirati], una diminuzione della durata media implica necessariamente che sia aumentato il numero delle persone toccate dall’esperienza della disoccupazione [...]. Il modo più efficace, anzi l’unico veramente efficace, per ridurre sia la durata media della disoccupazione sia il livello della disoccupazione giovanile è ridurre la disoccupazione complessiva. Ma [...] non vi è ragione di ritenere che la flessibilità del mercato del lavoro possa ridurre quest’ultima” (STIRATI, 2008, pp. 186-188).

#### 3.4. *L’inefficacia delle politiche strutturali in assenza di politiche di sostegno della domanda*

Una quarta linea di ricerca, concentratasi soprattutto nel periodo compreso tra il 2004 e il 2009, ha investigato maggiormente il nesso tra flessibilità, credito e crescita mettendo in discussione l’efficacia delle politiche per la crescita basate sulle sole riforme strutturali e non assecondate da adeguate politiche di sostegno della domanda aggregata.

FORGES DAVANZATI e REALFONZO (2004), ad esempio, hanno dimostrato come la flessibilità, nella specifica forma della durata contrattuale, produce un duplice effetto negativo: mentre da una parte i lavoratori riducono la propensione al consumo per la sussistenza di uno stato di incertezza sui livelli reddituali futuri, dall’altra gli stessi aumentano la propria produttività a causa dell’“effetto disciplina” (v. SHAPIRO e STIGLITZ, 1984)<sup>3</sup>. Entrambi gli effetti, aggiungono gli autori, producono un calo di occupazione. L’argomentazione è la seguente: riducendosi la domanda aggregata, le imprese rivedono al ribasso le proprie aspettative di profitto, domandando così una minore quantità di lavoro. L’effetto disciplina, inoltre, spinge le imprese a ridurre ulteriormente la domanda di lavoro perché le stesse possono ora produrre la quantità di beni domandata dal mercato con un minore numero di occupati<sup>4</sup>.

Riprendendo, poi, il lavoro di FORGES DAVANZATI e REALFONZO, PABELLA (2005) aggiunge che la flessibilità della durata contrattuale ‘incentiva’ i lavoratori ad aumentare la produttività per effetto del dispiegarsi di una “istituzione cooperativistica” che la flessibilità stessa realizza ‘spontanea-

<sup>3</sup> Un prima formulazione di questa analisi è in REALFONZO (2003).

<sup>4</sup> Una prima analisi in questa direzione è in FORGES DAVANZATI e REALFONZO (2000). Queste tesi sono state ulteriormente sviluppate nel volume a cura di LEON e REALFONZO (2008).

mente' tra lavoratore e datore di lavoro (cfr. SHAPIRO and STIGLITZ, 1984). La deregolamentazione permette, cioè, la realizzazione di uno scambio, profittevole per entrambe le parti, tra produttività e 'garanzia' del posto di lavoro. Si argomenta infatti che, mentre il lavoratore, al fine di tutelarsi dal rischio di perdere il posto di lavoro, è spinto a erogare un maggior sforzo lavorativo, il datore è a sua volta incentivato a scambiare la 'garanzia' del posto di lavoro con la maggiore produttività erogata dal lavoratore. A ciò però si aggiunge che, questa forma di cooperazione risulta viziata dal contesto di elevata disoccupazione nel quale è di fatto invocata. In tale contesto, infatti, mentre al singolo lavoratore non conviene confliggere con il datore di lavoro poiché, tanto più aumenta la sua propensione al conflitto tanto più aumenta la sua probabilità di licenziamento, al datore di lavoro invece conviene non rispettare la promessa e questo perché lo stesso può sempre disporre di un 'esercito industriale di riserva' a buon mercato e pronto a scambiare il proprio sforzo con una successiva promessa di stabilizzazione.

Se è vero inoltre che dal lato dell'offerta la deregolamentazione consente di accrescere la produttività, dal lato della domanda, invece, lo stato di incertezza, connesso alla verifica della credibilità del comportamento dei datori di lavoro, spinge i lavoratori stessi ad aumentare i risparmi al fine di poter fronteggiare un eventuale futuro stato di disoccupazione. La riduzione dei consumi, quindi, generando anche la riduzione degli investimenti, comprime la domanda aggregata. A parità d'occupazione, allora, l'aumento dell'offerta da una parte, e la riduzione della domanda dall'altra, genera in un primo momento una crisi da sovrapproduzione che si converte poi in una crisi da domanda a seguito degli aggiustamenti dell'occupazione rispetto alla domanda attesa.

Successivamente, FORGES DAVANZATI e PACELLA (2008), con particolare riferimento alla flessibilità salariale, dimostrano come un intervento pubblico finalizzato a mantenere elevati i salari monetari risulti essere efficace sul piano della crescita in quanto incentiva l'innovazione e l'accumulazione di capitale. L'argomentazione presentata è la seguente: in un mercato del lavoro deregolamentato la singola impresa non ha incentivo ad aumentare i salari. A livello micro, infatti, l'aumento dei salari comporta per l'impresa *A* l'aumento dei suoi costi ma non necessariamente anche l'aumento dei suoi ricavi. È possibile infatti che, parte del salario erogato dall'impresa *A* venga speso per l'acquisto di beni prodotti dalle imprese che non hanno aumentato spontaneamente i salari. Poiché, pertanto, le imprese sono disincentivate ad aumentare spontaneamente i salari, gli autori attribuiscono allo Stato il compito di intervenire in tal senso.

A ciò si aggiunge che, poiché l'aumento generalizzato dei salari produce un aumento generalizzato dei costi, e quindi, una riduzione dei profitti, le imprese sono necessariamente spinte ad innovare incrementando il proprio *stock* di capitale, e ciò con un duplice effetto positivo: *a*) essendo aumentato lo *stock* di capitale aumenta l'occupazione, *b*) essendo il capitale variato anche nella sua qualità, il suo aumento genera variazioni positive di produttività.

Di recente PACELLA (2009) ritorna sull'effetto disciplina sostenendo come la flessibilità del mercato del lavoro accresce la produttività solo nel breve periodo ma non anche nel medio periodo a causa del dispiegarsi del cd. "effetto LIME" (*Last In Most Efficient*). L'argomentazione presentata è la seguente: I neoassunti, si argomenta, sono più produttivi dei lavoratori già impiegati, e questo per i differenti tassi di 'capitalizzazione attesa' dallo sforzo lavorativo (più alti per gli *insiders* rispetto agli *employed*). Un primo elemento che spinge gli *insiders* ad elevare inizialmente la propria produttività è l'incertezza sulla stabilità del proprio rapporto di lavoro. Al momento dell'assunzione, si argomenta, i lavoratori non sanno se il rapporto di lavoro potrà essere stabilizzato. L'informazione sulla possibilità di stabilizzazione, infatti, o è del tutto assente o è distribuita asimmetricamente tra datori e lavoratori stessi.

A questo si aggiunge, poi, che i lavoratori non sono in grado di vagliare, al momento dell'assunzione, la credibilità del datore di lavoro in merito alle promesse di stabilizzazione del rapporto di lavoro medesimo. La deregolamentazione, per questo, è destinata a generare un fallimento di mercato a causa dei fenomeni di incertezza, asimmetria informativa e rischio morale. Se lo stato di incertezza è elevato, gli *insiders* spingeranno al rialzo, ma solo inizialmente, la propria produttività inviando così segnali di elevata affidabilità al fine di aumentare la probabilità (soggettiva) di stabilizzazione del rapporto di lavoro. La produttività dei neoassunti, però, è destinata a ridursi nel tempo a seguito, soprattutto, della eliminazione delle barriere informative, eliminazione che deriva prevalentemente dall'osservazione dell'effettivo comportamento del datore sulle passate stabilizzazioni contrattuali.

Appurando nei fatti – attraverso l'eliminazione delle barriere informative – la non credibilità dei datori di lavoro, i neoassunti rivedranno al ribasso la propria produttività, facendo convergere l'intensità del proprio sforzo verso l'intensità dello sforzo erogato dai lavoratori già assunti, che a loro volta hanno già vagliato la non credibilità del datore di lavoro e, per questo, agjustato al ribasso la propria produttività. In conclusione, quindi, la convergenza del comportamento dei neoassunti con il comportamento dei

lavoratori già impiegati fa sì che la produttività del lavoro sia resa decrescente nel tempo (v. anche PACELLA, 2008).

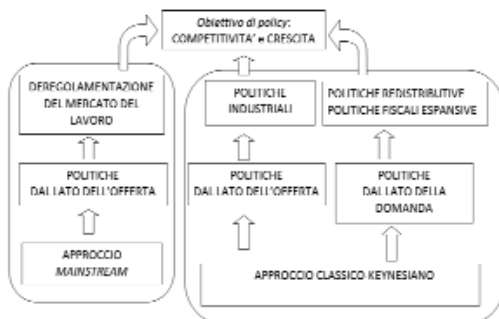
Sebbene le argomentazioni presentate dagli economisti eterodossi italiani sono abbastanza eterogenee, la conclusione alla quale giungono è chiara e molto semplice: la rigidità del mercato del lavoro non è causa del ritardo competitivo del nostro Paese e la flessibilità non solo è inefficace ma addirittura controproducente.

Il problema della competitività del nostro paese non dipende, quindi, dal livello del salario o dalle istituzioni del mercato del lavoro, bensì da alcune caratteristiche specifiche del nostro modello di specializzazione produttiva, più volte richiamate quali la bassa dotazione di capitale per addetto, la ridotta dimensione media delle imprese, la bassa dimensione degli investimenti in nuove tecnologie.

#### 4. Conclusioni

Il periodo delle riforme del mercato del lavoro in Italia, come visto, è stato preceduto e accompagnato da un acceso dibattito sulla relazione tra flessibilità del mercato del lavoro e crescita.

L'eterogeneità delle posizioni degli economisti italiani ci consente di giungere così ad una prima conclusione importante: la flessibilità del mercato del lavoro non è la via obbligata per riposizionare il nostro paese sul sentiero di crescita. Le soluzioni proposte sono, invece, molteplici e profondamente distinte, come risulta dal seguente schema:



Dalla ricostruzione della letteratura qui proposta è possibile poi giungere ad un'ulteriore importante conclusione: le tesi *mainstream* sul CLUP come causa del ritardo competitivo dell'Italia sono discutibili e l'idea che l'elevato CLUP sia la sola conseguenza della inadeguatezza delle istituzioni del mercato del lavoro risulta contestabile sotto diversi aspetti.

Una parte dell'economia italiana, infatti, è ben consapevole del fatto che l'elevato livello del CLUP non dipende, almeno non in maniera prevalente, dalla presenza di un mercato del lavoro 'rigido' bensì dalla bassa produttività del lavoro la quale, a sua volta, dipende primariamente dalle caratteristiche specifiche del nostro modello di specializzazione produttiva tra le quali spiccano: *a)* la bassa dotazione di capitale per addetto, *b)* la ridotta dimensione delle imprese e *c)* i bassi livelli di investimento.

In conseguenza di ciò, numerosi economisti italiani considerano inefficaci e controproducenti le politiche di flessibilità perché destinate solamente a comprimere la domanda aggregata e la produttività medesima. Si suggerisce così di perseguire politiche alternative e in particolare quelle industriali, redistributive e di sostegno della domanda aggregata.

### **Abstract**

L'obiettivo del presente lavoro è quello di ricostruire il dibattito italiano svoltosi a partire dagli anni novanta attorno alle criticità della bassa competitività nazionale e delle riforme del mercato del lavoro evidenziando l'eterogeneità delle posizioni degli economisti italiani sull'argomento e supportando, con recenti evidenze empiriche, le argomentazioni degli economisti critici della flessibilità. Ciò che emerge da tale ricostruzione è una netta distinzione tra i sostenitori della flessibilità, che considerano le riforme strutturali del mercato del lavoro come indispensabili per la crescita interna, e gli economisti cd. non neoclassici che dimostrano, al contrario, l'inefficacia sul piano della crescita della flessibilità del mercato del lavoro e che propongono, invece, politiche per la crescita alternative, quali quelle di sostegno alla domanda aggregata e le politiche industriali.

The aim of the paper is to reconstruct the Italian debate, held from the beginning of nineties, on the criticalities of the low national competitiveness and the labour market reforms, highlighting the heterogeneity of the Italian economists' positions and supporting, with recent empirical evidences, the arguments of the those who criticize the labour market flexibility policies. What emerges from such reconstruction is a clear distinction between the supporters of the flexibility, which consider the structural reforms of the labour market necessary for the domestic growth, and the



economists so called not neoclassical that demonstrate, on the contrary, the ineffectiveness of the of the labour market flexibility to the growth, and propose alternative growth policies, such as those to support the aggregate demand and the industrial policies.

**Key words**

Riforme del mercato del lavoro, competitività, crescita economica, Italia.

Labour market reforms, competitiveness, economic growth, Italy.

## Bibliografia

- AA.VV. (2012), *World of work report 2012: Better jobs for a better economy*, International Labour Office (ILO), Geneva, International Institute for Labour Studies.
- AININGER, K. (2001), "The Impact of Innovation: Evidence on the Macro and Sector Level", Background Report, Enterprise DG, Brussels, European Commission.
- AMABLE, B. e GATTI, D. (2000), "The impact of product market competition on employment and wages", November, mimeo.
- AMIGHINI, A. (2003), "Innovazione e competitività: un confronto settoriale tra l'Italia e gli altri Paesi europei", Intervento al convegno dal titolo Innovare per competere. Come finanziare l'innovazione? Università del Piemonte Orientale, 22-23 maggio 2003.
- ANTONUCCI, T. and Pianta, M. (2002), "Employment effects of product and process innovation in Europe", *International Review of Applied Economics*, 16 (3), pp. 295-307.
- BALDASSARRI, M., GALLI, G. and PIGA, G. (2002), "La competitività dell'Italia: regole per il mercato", in A. D'AMATO A. (ed.), *Italia più moderna per una Europa più forte*, Ricerca del Centro Studi Confindustria, Parma, 12-13 aprile, pp. 53-68.
- BARRO, R.J. and SALA-I-MARTIN, X. (1995), "Technological Diffusion, Convergence, and Growth", NBER Working Paper No. 5151.
- BASSANINI A. and ERNST E. (2002), "Labour Market Institutions, Product Market Regulation, and Innovation: Cross-Country Evidence", OECD Economics Department Working Papers 316, OECD Publishing.
- BENTOLILA, S. and BERTOLA, G. (1990), "Firing Costs and Labour Demand: How Bad is Euroclerosis?", *Review of Economic Studies*, 57, pp. 381-402.
- BERTOLA, G. (1990), "Job Security, Employment and Wages", *European Economic Review*, 34, pp. 851-886.
- BERTOLA, G. and ROGERSON, R. (1997), "Institutions and Labor Reallocation", *European Economic Review*, 41, pp. 1147-1171.
- BHADURI, A. and MARGLIN, S. (1990), "Unemployment and the Real Wage: The Economic Basis for Contesting Political Ideologies", *Cambridge Journal of Economics*, 14, pp. 375-393
- BJÖRKLUND, A., HAVEMAN, R., HOLLISTER, R. and HOLMUND, B. (1985), *Labour market policy and unemployment insurance*, Oxford, Carendon Press.
- BLANCHARD, O. (1998), "Thinking about Unemployment", mimeo.
- BLANCHARD, O. and GIAVAZZI, F. (2000), "Macroeconomic effects of regulations and

- deregulation in goods and labor markets”, *The Quarterly Journal of Economics*, 118 (3), pp. 879-907.
- BLUNDELL, R., GRIFFITH, R. and VAN REENEN J. (1999), “Market Share, Market Value and Innovation in a Panel of British Manufacturing Firms”, *Review of Economic Studies*, 66, pp. 529-554.
- BLUNDELL, R., GRIFFITH, R. and VAN REENEN, J. (1995) “Dynamic Count Data Models of Technological Innovation”, *Economic Journal*, 105, pp. 333-344.
- BOERI, T. (1998), “Enforcement of employment security regulations, on-the-job search and unemployment duration”, *European Economic Review*, 43, pp. 65-89.
- BOERI, T. and GARIBALDI, P. (2010), “Two tier reforms of employment protection: a honeymoon effects?”, *The Economic Journal*, 117, pp. 357-385.
- BOERI, T., NICOLETTI, G. and SCARPETTA, S. (1999), “Regulation and Labour Market Performance”, IGER Working Paper No. 158.
- BOERI, T., NICOLETTI, G. and SCARPETTA, S. (2000), “Regulation and labour market performance”, CEPR Discussion Paper No. 2420, April.
- BRANCACCIO, E. (2008a), “Il fallimento della deflazione salariale”, in P. LEON e R. REALFONZO (eds.), *L'economia della precarietà*, Roma, Manifestolibri, pp. 125-148
- BRANCACCIO, E. (2008b), “Deficit commerciale, crisi di bilancio e politica deflazionista”, *Studi economici*, 3, pp. 109-128.
- BRANCACCIO E., REALFONZO R., STIRATI A. e SUPPA D. (2010), “Regime di accumulazione, distribuzione del reddito e accumulazione”, Convegno annuale SIE 2010, mimeo.
- CESARATTO, S. and STIRATI, A. (2011), “German and the European and Global Crisis”, *Quaderni del Dipartimento di Economia Politica dell'Università degli Studi di Siena*, quaderno n. 607
- COMMISSIONE EUROPEA (2001), “European Competitiveness”, Report 2001, Luxembourg.
- DE BENEDICTIS, L. and TAMBERI, M. (2001), “Il modello di specializzazione italiano: normalità e asimmetria”, *Quaderni di ricerca del Dipartimento di Economia, Università di Ancona*, No. 160.
- DE NARDIS, S. (1997), Fenomeni di persistenza e cambiamento nelle specializzazioni di Paesi industriali, *Rivista di Politica Economica*, 88, pp. 89-105.
- DE NARDIS, S. and MALGARINI, M. (1998), “Cambiamento, stabilità, rafforzamento. I vantaggi comparati dei Paesi europei nell'era della globalizzazione”, *Quaderni di Ricerca Ice*, No. 8, novembre.
- ELMESKOV, J., MARTIN, J.P. and SCARPETTA, S. (1998), “Key Lessons for Labour Market Reforms: Evidence from OECD Countries' Experience”, *Swedish Economic Policy Review*, 5 (2), pp. 205-252.
- FERRARI, S., GUERRIERI, P., MALERBA, F. MARIOTTI, S. and PALMA, D. (eds.) (1995), *L'Italia nella competizione tecnologica internazionale. La meccanica strumentale*, III rapporto dell'Osservatorio Enea-Università di Roma La Sapienza – Cespri-Poli-tecnico di Milano, Milano, Franco Angeli.
- FORGES DAVANZATI, G. and PACELLA, A. (2008), “Minimum Wage, Credit Rationing

- and Unemployment in a Monetary Economy”, *European Journal of Economic and Social Systems*, 21, pp. 179-194.
- FORGES DAVANZATI, G. and REALFONZO, R. (2000), “Wages, Labour Productivity and Unemployment in a Model of the Monetary Theory of Production”, *Économie Appliquée*, 2000, 4, pp. 117-138.
- FORGES DAVANZATI, G. and REALFONZO, R. (2004), “Labour market deregulation and unemployment in a monetary economy”, in R. Arena and N. Salvadori (Eds.), *Money, Credit and the Role of the State*, Aldershot, Ashgate.
- GUIDETTI, G. and MAZZANTI, M. (2007), “Firm-level training in local economic systems: Complementarities in production and firm innovation strategies”, *Journal of Socio-Economics*, 36 (6), pp. 875-894.
- GUTMANN, A. and THOMPSON, D. (1996), *Democracy and disagreement*, Cambridge, Harvard University Press.
- HALL, B. H., LOTTI, F. and MAIRESSE, J. (2008), “Employment, innovation and productivity: evidence from Italian microdata”, *Industrial and Corporate Change*, 17 (4), pp. 813-839.
- HEIN E. and VOGEL L. (2008), “Distribution and growth reconsidered: empirical results for six OECD countries”, *Cambridge Journal of Economics*, 32, pp. 479-511.
- LAYARD, R. and NICKELL, S. (1997), “Labour market institutions and economic performance”. (Workingpaper n.60), Quaderni CEIS Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.
- LEON, P. and REALFONZO, R. (eds.) (2008), *L'economia della precarietà*, Roma, Manifestolibri.
- LINDBECK, A. and SNOWER, D.J. (1988), *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press.
- LUCIDI, F. and KLEINKNECHT, A. (2010) “Little innovation, many jobs: An econometric analysis of the Italian labour productivity crisis”, *Cambridge Journal of Economics*, 34 (3), pp. 525-546
- MCLAUGHLIN, E. (1992), “Towards active labour market policies: an overview”, in E. McLaughlin (ed.): *Understanding Unemployment: New Perspectives On Active Labour Market Policies*, London, Routledge.
- MESSINA, J. (2003), “The Role of Product Market Regulations in The Process of Structural Change”, European Central Bank, Working Paper No. 2003.
- MESSINA-GRANOWSKY, J. (2000), “The Role of Product Regulations in the Process of Structural Change”, EUI Dept. of Economics, mimeo.
- MICHIE, J. AND SHEEHAN, M. (2003), “Labour market deregulation, ‘flexibility’ and innovation”, *Cambridge Journal of Economics*, 27 (1), pp. 123-143.
- MODIANO, P. (1982), “Competitività e collocazione internazionale delle esportazioni italiane: il problema dei prodotti tradizionali”, *Economia e Politica Industriale*, 33.
- NICOLETTI, G., HAFFNER, R.C.G., NICKELL, S., SCARPETTA, S. and ZOEGA, G. (2001), “European Integration, Liberalization and Labor Market Performance”, in G. BERTOLA, T. BOERI and G. NICOLETTI (eds.) (2001), *Welfare and Employment in United Europe*, Cambridge Mass., the MIT Press.

- ONIDA, F. (1978), *Industria italiana e commercio internazionale*, Bologna, il Mulino.
- PACELLA, A. (2005), “Deregolamentazione del mercato del lavoro, incertezza e occupazione”, *Economia Azienda e Sviluppo*, 3, pp. 52-65.
- PACELLA, A. (2008), “The Effects of Labour Market Flexibility in the Monetary Theory of Production”, *Metroeconomica*, 59 (4), pp. 608-632
- PACELLA, A. (2009), “The Effects of Employment Insecurity on Demand, Productivity and Employment Levels”, *Review of Political Economy*, 21 (2), pp. 273-289.
- PAOLAZZI (ed.) (2008), *Cambiare per crescere: la performance dell’Italia nel contesto internazionale*, Roma, Editore S.I.P.I.
- PIANTA, M. and VAONA, A. (2007), “Innovation and Productivity in European Industries”, *Economics of Innovation & New Technology*, 16 (7), pp. 485-499.
- PIERONI, L. and POMPEI, F. (2007), “Evaluating innovation and labour market relationships: the case of Italy”, *Quaderno del Dipartimento di Economia, Finanza e Statistica dell’Università degli Studi di Perugia*, No. 28.
- PIORE, M. (1986), *Labor Market Flexibility*, Berkeley, CA, University of California.
- REALFONZO, R. (2003), “Flessibilità, formazione e salario reale contrattato. Gli indesiderati effetti macroeconomici della deregolamentazione”, in R. Realfonzo and L. Zoppoli (eds.), *Formazione e lavoro: l’efficacia dei nuovi strumenti giuridici e istituzionali*, FrancoAngeli, Milano, pp. 97-106.
- REALFONZO, R. (2013), “Deregolamentare per crescere? EPL, quota salari e occupazione”, *RGL*, n. 3, pp. 487-502.
- SAINT-PAUL, G. (2000), *The political economy of labour market institutions*, Oxford, Oxford University Press.
- SCARPETTA, S. (1996), “Assessing the role of labour market policies and institutional settings on unemployment: A cross-country study”, *OECD Economic Studies*, No. 26.
- SCARPETTA, S. (1998), “Labour Market Reforms and Unemployment: Lessons from the Experience of the OECD Countries”, *BancoInteramericano del Desarrollo, Office of the Chief Economist Working Paper No. 382*.
- SHAPIRO, C. and STIGLITZ, J.E. (1984), “Equilibrium unemployment as a worker discipline device”, *American Economic Review*, 74 (3), pp. 433-444.
- STIRATI, A. (2008), “La flessibilità del mercato del lavoro e il mito del conflitto tra generazioni”, in P. LEON e R. REALFONZO (eds.), *L’economia della precarietà*, Roma, Manifestolibri, pp. 181-192.
- STIRATI, A. (2010), “Changes in functional income distribution in Italy and Europe. Service sector prices, labour market conditions and institutional change”, *Collana del Dipartimento di economia Roma Tre*, working paper n. 119.
- TIRABOSCHI, M. (2006), “Le riforme del mercato del lavoro dell’ultimo decennio in Italia: un processo di liberalizzazione?”, *Associazione per gli studi internazionali e comparati sul diritto del lavoro e sulle relazioni industriali, workingpaper n.38/2006*.



**Umberto Gargiulo**  
Il licenziamento “economico”  
alla luce del novellato articolo 18

*Dal momento in cui ho scritto quella pagina  
mi è stato chiaro che la mia ricerca dell'esattezza  
si biforcava in due direzioni. Da una parte  
la riduzione degli avvenimenti contingenti  
a schemi astratti con cui si possano  
compiere operazioni e dimostrare teoremi;  
e dall'altra parte lo sforzo delle parole  
per render conto con la maggior precisione possibile  
dell'aspetto sensibile delle cose*

ITALO CALVINO\*

**Sommario:** **1.** Novella dell'art. 18 e incidenza sulle causali del licenziamento. **2.** La “convenienza” del licenziamento c.d. economico dopo la Riforma Fornero: il motivo oggettivo come *refugium peccatorum*. **3.** Accertamento dell'illegittimità e discrezionalità del giudice. **4.** La “*manifesta insussistenza del fatto*”. **5.** *Repêchage* e fattispecie del giustificato motivo oggettivo. **6.** La ripartizione dell'onere della prova. **7.** L'indicazione dei motivi di licenziamento nella procedura ex art. 7, l. 604/1966. **8.** Ricadute sulla decorrenza della prescrizione.

*1. Novella dell'art. 18 e incidenza sulle causali del licenziamento*

A ridosso dell'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012 n. 92 numerosi sono stati i tentativi di fornire una lettura, invero non facile, della normativa, particolarmente con riferimento al delicatissimo tema della novella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori<sup>1</sup>. Agli approcci iniziali, però, opportu-

\* *Esattezza*, in *Lezioni americane*, Garzanti, Milano, 1988.

<sup>1</sup> Molti sono ormai i contributi sulla c.d. Riforma Fornero, diversi dei quali saranno citati

namente caratterizzati da uno sguardo d'insieme e dal tentativo di ricondurre a sistema la nuova "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo" (così la rubrica, anch'essa riformulata, dell'art. 18), è forse il caso ora, a mente fredda e nell'attesa di conoscere le soluzioni che prenderanno forma nelle aule dei tribunali, di soffermarsi su singoli aspetti della disciplina.

In queste pagine si è scelto di concentrare l'attenzione sulle conseguenze della dichiarazione di illegittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo, si direbbe, "in senso stretto", cioè connesso a ragioni economico-organizzative<sup>2</sup>: non tanto per il gusto di un'analisi parcellizzata su uno dei tanti profili di novità, quanto per la convinzione che il disegno del legislatore potrebbe portare, nella prassi, ad una centralità del ricorso alla causale oggettiva<sup>3</sup> in base ad una valutazione di "convenienza" ovvero, nel complesso, di minore rischio, quanto ad esiti giudiziari, tra le diverse possibili motivazioni di recesso datoriale dal rapporto di lavoro subordinato.

La "strada maestra"<sup>4</sup> per tentare di affrontare i tanti problemi del mercato del lavoro italiano, e tra questi il tema della flessibilità in uscita, avrebbe dovuto essere quella di agire, prima ancora che sull'apparato sanzionatorio, sulle causali giustificative del licenziamento<sup>5</sup> oppure, con attenzione al profilo processuale, principalmente sul tema dell'onere probatorio (e sulla relativa valutazione).

nelle note seguenti. Va anche segnalato, oltre ai *working papers*, l'utile raccolta dei primi commenti alla riforma, effettuata dal CSDLE "Massimo D'Antona", che ha dedicato un apposito spazio alla discussione: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro* (in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>).

<sup>2</sup> Alla luce dell'inserimento nella fattispecie di figure tecnicamente non riconducibili ad esso, come l'ipotesi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore o di recesso in violazione dell'art. 2110, co. 2., c.c.

<sup>3</sup> CARINCI E, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, p. 331, evidenzia come "è proprio il licenziamento economico ad aver rappresentato, fin dall'inizio, l'obiettivo principale" del legislatore "[...] e, al tempo stesso, ad aver costituito, in prosieguo, il fronte ultimo dove si è assestato il legislatore".

<sup>4</sup> L'espressione è di MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 420.

<sup>5</sup> ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 267 (ma v. anche p. 273) segnala "il rischio di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo normativo più recente, che intende individuare specifiche ipotesi di licenziamento ingiustificato sulle quali innestare tutele differenziate, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio del potere di recesso".



Ancora una volta, invece, il nostro legislatore ha imboccato una sorta di “complanare normativa”, intervenendo su profili paralleli ai principali, nel tentativo di decongestionare l’interpretazione della disciplina dei licenziamenti, passando per soluzioni che attengono (apparentemente soltanto<sup>6</sup>) alle conseguenze dell’accertamento di illegittimità o anche agendo sul processo, ma con una riscrittura dell’intero rito da applicare ai licenziamenti che ricadono nell’ambito applicativo dell’art. 18; in quest’ultimo caso, peraltro, in vistosa controtendenza rispetto alla riduzione e semplificazione dei riti, auspicata dagli studiosi del processo e fino a pochi mesi prima condivisa dal medesimo legislatore<sup>7</sup>.

Va peraltro rilevato sin da subito – come già messo in luce da molti commentatori – che se uno degli scopi dichiarati della riforma voleva essere la riduzione della discrezionalità del giudice e del tasso di incertezza delle decisioni, il testo approvato dal Parlamento pone più problemi di quanti ne vorrebbe risolvere<sup>8</sup>, dando la sensazione, ormai abbastanza netta, che anche stavolta si sia incorsi in una significativa eterogenesi dei fini<sup>9</sup>.

Non va trascurato, infine, che essendo le causali di licenziamento contenute in una disposizione, l’art. 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, riconducibile alla figura definita come “norma generale”, vale a dire una norma completa a contenuto variabile, che viene riempita di concreto significato nell’elaborazione giurisprudenziale, la quale rinvia, caso per caso, “a modelli comportamentali e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell’ambiente

<sup>6</sup> Si vedano, infatti, i rilievi che seguono nel testo, attraverso i quali si prova a dimostrare che l’intervento normativo opera, inevitabilmente, anche se in maniera surrettizia, sulle ragioni giustificative, prima ancora che sulle conseguenze inerenti alla valutazione delle medesime.

<sup>7</sup> È il caso del d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, attuativo della delega contenuta nell’art. 54, l. 18 giugno 2009 n. 69.

<sup>8</sup> Ne sono testimonianza le parole di VIDIRI, *La Riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 617.

<sup>9</sup> In ogni caso, la critica – nell’insieme certamente fondata – all’ennesima legge che pretende di accrescere il grado di “certezza” dell’ordinamento, sfociando nel suo esatto opposto, deve tenere in debito conto il dato *genetico* dei modelli di produzione normativa degli ordinamenti giuridici moderni (anche di livello sovranazionale), che consiste proprio nel combinare una tecnica regolamentare analitica, caratterizzata dalla moltiplicazione delle fattispecie considerate, con il ricorso a nozioni giuridiche “a contenuto variabile” (su cui v. *infra*), talora effettuato nella forma estrema del rinvio ai principi o a clausole generali. In questo contesto, l’incremento della centralità del ruolo del giudice e l’avvicinamento di quest’ultimo alla figura dell’interprete di *common law* si presenta come dato forse ineliminabile. È utile rinviare sul punto ai rilievi di BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *LD*, 2007, p. 443.

sociale in cui opera”<sup>10</sup>, un intervento riformatore che insiste sul ruolo del giudice e sulla sua discrezionalità, confinandola ed ampliandola allo stesso tempo, finisce inevitabilmente per incidere implicitamente sulla norma stessa che il giudice è chiamato ad applicare<sup>11</sup>.

È peraltro tuttora condivisibile l’opinione che avverte come il problema di fondo di tutte le nozioni giuridiche “a contenuto variabile” è proprio che il rinvio a valori esterni presupponga “un comune modo di “sentire” e valutare le situazioni variabili, così da offrire al giudice un ragionevole metro di riferimento. Sennonché una “comunione” o consonanza di vedute è assai difficilmente ipotizzabile su di un terreno, come quello lavoristico, scandito da forti tensioni sociali”<sup>12</sup>.

Anche per questo motivo, tra le diverse novità contenute nel nuovo ed ipertrofico art. 18 dello Statuto dei lavoratori si è scelto di esaminare gli aspetti connessi alle conseguenze della dichiarazione di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La ragione, come anticipato, sta nella convinzione che, nel bilanciamento costi-benefici che ogni impren-

<sup>10</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 9, il quale, come esempio di norma generale, indica proprio l’art. 3, l. 604/1966. “Questa tecnica legislativa – osserva l’Autore – lascia al giudice un margine di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme” (p. 10). Sottolinea le precisazioni operate da Mengoni, CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 26. Sminuisce la rilevanza della distinzione tra le diverse figure di nozioni a contenuto variabile, RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1987, p. 709. In argomento si vedano anche i rilievi di FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1991, p. 159. Esamina opportunità e limiti del ricorso alla tecnica della norma generale con specifico riferimento alla tematica dei licenziamenti economici FALERI, *L’adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *RIDL*, 2011, I, p. 291.

<sup>11</sup> Va comunque segnalato che il legislatore, nell’art. 30, l. 4 novembre 2010 n. 183, novellato poi dalla l. 92/2012, seppure nell’ambito di un testo non proprio ineccepibile, fa riferimento a disposizioni di legge contenenti “clausole generali, ivi comprese le norme in tema di [...] recesso”. Il legislatore pare dunque far rientrare le causali di recesso nella nozione di clausola generale.

<sup>12</sup> MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, p. 593. L’Autore si riferisce espressamente alle clausole generali, ma non manca di osservare: “Questi problemi di fondo che riguardano l’impiego di tutte le più diffuse nozioni giuridiche “a contenuto variabile”, che circolano nell’ordinamento, non possono essere trascurati dal giudice, nel momento in cui si pone ad elaborare la regola concreta da applicare al caso sottopostogli e dovrebbero orientarlo a valutarne con la massima prudenza ed oculatezza il concreto spazio di operatività”.

ditore è chiamato a fare, l'analisi dei rischi collegati alla dichiarazione giudiziale d'illegittimità di un recesso per ragioni economiche potrebbe portare a privilegiare questa via d'uscita dal rapporto anche quando il datore dovrebbe ricorrere a motivazioni diverse, raffrontando le sanzioni in esame con quelle previste nelle altre ipotesi d'illegittimità<sup>13</sup>.

Il dato dal quale prendere le mosse è, invero, il nuovo comma 5 dell'art. 18, al quale rinvia espressamente il successivo 7° alinea. La norma prevede, infatti, che nel caso di accertamento dell'illegittimità del recesso, perché non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, “il giudice ... dichiara risolto il rapporto”, condannando altresì il datore di lavoro al pagamento di una “indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”. Va aggiunto che in tal caso non è previsto alcun versamento contributivo, essendo l'onnicomprendività dell'indennità soddisfattiva anche del profilo previdenziale<sup>14</sup>.

Nella fattispecie esaminata, la risoluzione del rapporto ha luogo, dunque, *in ogni caso* (“il giudice ... dichiara risolto il rapporto”) e la gravità della carenza che investa la causale – fatta eccezione per l'ipotesi di “manifesta insussistenza” (su cui v. *infra* par. 4) – non incide sull'efficacia risolutiva dell'atto di recesso, che viene, appunto, soltanto accertata dal giudice.

La disciplina appare, a dire il vero, più *tranchante* dell'art. 8, l. 604/66, che prevede comunque l'obbligo per il datore di lavoro di riassumere il la-

<sup>13</sup> Di contrario avviso, SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”*.IT, n. 190, 2013, p. 35. Secondo l'Autore, che analizza i primi provvedimenti della giurisprudenza, “Le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del giustificato motivo oggettivo in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi – tentativo obbligatorio di conciliazione ed interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva dalla nuova disciplina – può spiegare l'esiguità del contenzioso sino ad oggi esistente”. In realtà l'esiguità del contenzioso, ponendosi necessariamente “a valle” dei licenziamenti e delle relative impugnazioni, non può spiegare i numeri ridotti di recesso giustificato in termini oggettivi. Semmai c'è ancora un atteggiamento di “attesa”, da parte delle imprese, connesso alle incertezze interpretative della stessa giurisprudenza; incertezze – piuttosto che l'efficacia degli strumenti di deflazione – che spiegano anche l'elevato numero di conciliazioni che si registra nel corso della fase sommaria del nuovo rito processuale.

<sup>14</sup> La dichiarazione giudiziale confermativa dell'effetto risolutivo del rapporto di lavoro, peraltro, non determinando ricostituzione, neppure formale, del rapporto di lavoro, impedisce l'operare del sinallagma e quindi priva l'indennità di qualsivoglia profilo retributivo/corrispettivo.

voratore illegittimamente licenziato. Il fatto che, in quel caso, si possa optare per il versamento di una somma in luogo della riassunzione<sup>15</sup>, non fa venir meno il giudizio di disvalore sociale e giuridico che l'ordinamento riconnette all'esercizio, giudizialmente dichiarato illegittimo, di un potere che, trovando fondamento nell'art. 41 Cost., è costituzionalmente riconosciuto, ma non può essere esercitato in danno dell'altrui dignità.

È indubbio, allora, che la previsione del comma 7, poc'anzi richiamata, determini, in certo qual modo, uno svilimento del profilo causale del recesso per giustificato motivo oggettivo e non è forse ardito sostenere che il legislatore abbia, in tal maniera, operato in fin dei conti una surrettizia modifica dell'art. 3, l. 604/66, intervenendo, nei fatti, sulla (ampiezza e rilevanza della) giustificazione addotta a sostegno del licenziamento oggettivo<sup>16</sup> e soprattutto, come si tenterà di dimostrare, sull'indispensabile nesso di causalità che deve sussistere tra la ragione organizzativa/produttiva ed il singolo licenziamento adottato.

La ragione del licenziamento – o meglio il *quantum* di infondatezza della medesima – rileva, invero, sulla permanenza del vincolo contrattuale soltanto nell'ipotesi estrema di sua carenza assoluta, mentre nella maggior parte dei casi incide esclusivamente, insieme ad altri fattori (alcuni dei quali possono “bilanciare” il peso dell'illegittimità accertata), sull'ammontare dell'indennità, senza inficiare in alcun modo l'efficacia risolutiva dell'atto di recesso.

In questa (e solo in questa) ipotesi, dunque, l'imprenditore è in grado di valutare anticipatamente gli oneri connessi al licenziamento, mettendo in conto l'esborso massimo di ventiquattro mensilità quale costo-limite dell'operazione; vero e proprio, ma anche unico, *firing cost* che egli è tenuto a considerare. In fin dei conti il legislatore – pur con tutte le contraddizioni messe in luce dai commentatori e che verranno esaminate di qui a poco – sembra aver fatto propria sul punto, nella sostanza, la posizione di chi, aderendo a teorie di *law and economics* che giustificano la soppressione del posto

<sup>15</sup> Secondo alcuni infatti non sarebbe configurabile un'obbligazione alternativa bensì con facoltà alternativa, nella quale, come noto, l'obbligazione resta una, nella specie quella di riassumere.

<sup>16</sup> Sembra questa anche l'opinione di CARINCI F., *Ripensando il “nuovo” articolo 18*, cit., p. 335, secondo il quale l'intervento del legislatore, oltre che determinare una “svalutazione del *repêchage*” (su cui v. *infra*, nel testo), rimette in discussione la stessa interpretazione giurisprudenziale delle “ragioni” di licenziamento “sì da restituirle depurate da limitazioni radicate in quella stessa politica della difesa ad ogni costo della singola occupazione”.

di lavoro, ma anche la sostituzione del lavoratore, in base a (mere) valutazioni di costo-opportunità<sup>17</sup>, suggerisce da tempo la necessità che l’ordinamento consenta alle imprese la quantificazione anticipata degli oneri connessi all’esercizio del recesso per ragioni economiche, sottraendo questo tipo di licenziamento alla discrezionalità del giudice – limitata alla quantificazione dell’indennità all’interno dei margini previsti per legge<sup>18</sup> – ed alle incertezze che ne derivano.

La disciplina del comma 7, del resto, è coerente con il complessivo ordito normativo, nel quale “l’indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda”<sup>19</sup>: un sistema di graduazione delle conseguenze sanzionatorie posto in rapporto, si è detto, allo “spessore della illegittimità, intesa peraltro come illegittimità dal punto di vista sostanziale”<sup>20</sup>.

## 2. La “convenienza” del licenziamento c.d. economico dopo la Riforma Fornero: il motivo oggettivo come *refugium peccatorum*

Non occorrono allora particolari doti divinatorie per immaginare un uso piuttosto “disinvolto” del ricorso al motivo oggettivo come causale giustificativa dei licenziamenti individuali, anche quando la “reale” motivazione sia altra.

A poco rileva infatti la previsione dell’ultima parte del richiamato set-

<sup>17</sup> Il concetto di costo-opportunità è richiamato da Pietro Ichino in numerosi scritti. Si veda, tra gli altri, ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; ID., *Il contratto di lavoro*, in CICU, MESSINEO, MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 441 ss.; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012. Sul tema v. pure NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in RIDL, 2007, II, p. 990.

<sup>18</sup> PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in ADL, 2012, p. 790, ritiene però che non sia stata accolta questa ipotesi che è “finalizzata alla completa “sterilizzazione” dell’ufficio del giudice”.

<sup>19</sup> MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 437.

<sup>20</sup> Così CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, 2012, suppl. al n. 33, p. 32.

timo comma, in base al quale “qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”.

La debolezza di tale disposizione può essere rinvenuta su diversi piani. Innanzitutto, essa è attivabile, si direbbe parafrasando il diritto penale, unicamente “a querela di parte”: il giudice, infatti, può applicare una sanzione diversa soltanto se il lavoratore lo ha chiesto preventivamente; certo si tratta di previsione rispettosa del principio dispositivo che regola il processo civile, ma che nei fatti impedisce la caducazione dell’atto illegittimo nell’ipotesi, affatto astratta, in cui le “vere” ragioni (ad esempio disciplinari) del licenziamento, emergano nel corso dell’istruttoria, a meno che non sia lo stesso lavoratore che, prima del termine della fase accelerata di primo grado, introduce ai sensi dell’art. 125 c.p.c. e quindi non soggetta alle preclusioni dell’art. 414 del codice di rito, modifichi le proprie conclusioni<sup>21</sup>.

Convince ancor meno se si pensa che nell’ipotesi di discriminazione la sanzione prevista è la nullità, proprio in considerazione del grado di conflitto tra l’atto vietato e i principi dell’ordinamento: non sarebbe dunque “scandaloso” se, nell’eventualità in cui la discriminazione emergesse in maniera evidente, *manifesta*, nel corso del giudizio, l’atto discriminatorio fosse dichiarato nullo d’ufficio. Da questo punto di vista, una lettura coordinata con il primo comma dell’art. 18, che non pare rinviare alle richieste di parte, potrebbe condurre ad un’interpretazione correttiva della disposizione che valorizzi il ruolo del giudice, consentendo anche il ricorso al potere officioso nell’ipotesi di discriminazione palese.

<sup>21</sup> Si tratta di capire se il nuovo procedimento giudiziale, introdotto dalla riforma, consenta, come sembrerebbe, almeno in primo grado, successivamente all’atto di parte introduttivo della fase “accelerata”, un’integrazione delle conclusioni che non sia connesso alle difese della controparte, ovvero se sia retto da un regime di preclusioni che, seppure minore di quello che contraddistingue il processo del lavoro introdotto ai sensi dell’art. 414 c.p.c., impedisca la integrazione “spontanea” delle conclusioni iniziali. In termini di apertura sono i primi commenti, che segnalano la differenza tra il rito accelerato – introdotto con un atto *ex art.* 125 c.p.c. – e il successivo giudizio di opposizione, nel quale le preclusioni agiscono secondo lo schema “ordinario” del rito del lavoro, introdotto ai sensi dell’art. 414 c.p.c. Di questo avviso CURZIO, *Il nuovo procedimento in materia di licenziamenti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 407; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, 2012, p. 75; MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 371.

È peraltro ipotizzabile che l'illiceità nella maggior parte dei casi vada ricondotta, piuttosto che alla discriminazione in senso stretto (per ragioni ideologiche, religiose ecc.), alla non infrequente situazione della ritorsione da parte del datore di lavoro, in risposta a richieste del prestatore finalizzate ad ottenere un miglioramento delle condizioni di lavoro e di retribuzione. Non va tuttavia trascurato, infatti, che ancor prima della legge, la giurisprudenza richiedeva, per riconoscere una tutela ripristinatoria, che il licenziamento fosse determinato in maniera esclusiva dal motivo illecito.

Orbene – e prescindendo in questa sede da valutazioni di carattere più generale – va sottolineato che il richiamato art. 18, co. 1, rinvia testualmente alla previsione dell'art. 1345 c.c., facendo dunque propria la posizione della Cassazione, la quale, in ossequio ad un'applicazione rigorosa delle previsioni del codice civile – lettura che andrebbe forse condotta ora alla luce della più recente normativa, anche di fonte europea<sup>22</sup> – richiede, per dare spazio ad una tutela di tipo ripristinatorio, che la ritorsione, quale motivo illecito addotto, sia l'unico determinante, *ex art. 1345 c.c.*, il recesso e che il lavoratore, sul quale incombe il relativo onere, ne fornisca la prova<sup>23</sup>: che non vi sia, pertanto, in ipotesi, anche un'altra ragione che concorra con la prima a giustificare, e dunque legittimare, il licenziamento.

La ritorsione deve cioè costituire l'unica ragione del provvedimento espulsivo<sup>24</sup>; né è sufficiente, a dimostrare l'intento ritorsivo, provare, ad esempio, che vi fossero contrasti circa le condizioni di lavoro, occorrendo che il lavoratore dimostri in maniera inequivoca che la reazione datoriale abbia configurato gli estremi di una vera e propria rappresaglia<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Questa giurisprudenza ritiene peraltro che il motivo discriminatorio risulti assorbito da quello legittimo e provato ai sensi dell'art. 3, l. 604/1966. Lettura discutibile, facendo prevalere una ragione la cui carenza porterebbe alla mera annullabilità rispetto ad una causa il cui disvalore conduce alla nullità dell'atto di recesso. V., al riguardo, Cass. 25 novembre 1980 n. 6259, in *FI*, 1982, I, c. 157. Ricostruisce in termini critici questo orientamento, tra gli altri, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 601.

<sup>23</sup> Solo per citare alcune decisioni, tra le più recenti: Cass. 26 marzo 2012 n. 4797, Cass. 8 agosto 2011 n. 17087; Cass. 28 marzo 2011 n. 7046, tutte in *DJ*.

<sup>24</sup> Così Cass. 3 agosto 2011 n. 16925; Cass. 18 marzo 2011 n. 6282, Cass. 9 marzo 2011 n. 5555, tutte in *DJ*.

<sup>25</sup> La Suprema Corte ha invero più volte evidenziato come non sia sufficiente dimostrare che vi fosse stato un atteggiamento critico o polemico del lavoratore per dedurne una natura essenzialmente vendicativa dell'atto di recesso, semmai qualificato come disciplinare (v. al riguardo Cass. 18 marzo 2011 n. 6282: nel constatare che il licenziamento era stato disposto "a

Ne discende che la compresenza di due motivi, uno solo dei quali riconducibile al più grave vizio della nullità per illiceità, sia sufficiente a disattivare il detonatore della tutela reale piena, in favore di altro tipo di sanzione: determinando, nella situazione in esame, l'applicazione di una tutela a contenuto indennitario, quantitativamente predeterminata, in luogo di quella a carattere ripristinatorio.

C'è poi da chiedersi se tale esegesi restrittiva si applichi solo agli "altri" motivi illeciti, come sembrerebbe far propendere il testo della disposizione, ovvero anche ai motivi discriminatori e ai restanti casi di nullità testuale previsti dalla prima parte della norma, qualora essi concorrano con una giustificazione, potenzialmente legittima, del recesso. Una lettura a mio avviso più corretta dovrebbe condurre ad un'applicazione "secca" della reintegrazione piena in tali ultimi casi e ad un'applicazione "condizionata" alla verifica di illiceità determinante (*ex art. 1345 c.c.*) nei primi.

Quanto poi all'ipotesi della discriminazione, va in ogni caso ricordato che restano le difficoltà della sua dimostrazione, sebbene il regime di ripartizione dell'onere probatorio risulti oggi più equo e bilanciato per effetto, da ultimo – sulla scia delle previsioni dei d.lgs. 215/2003 e 216/2003<sup>26</sup> – dell'art. 28, co. 4, d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150, che ne dispone un'inversione, si direbbe, "attenuata". La prova dell'insussistenza della discriminazione è invero adossata al convenuto, purché il ricorrente non si limiti ad affermare o denunciare la discriminazione, ma fornisca al giudice "elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori"<sup>27</sup>.

Altrettanto "astratto" appare, poi, anche il richiamo a "ragioni ... disciplinari" sottese alla reale giustificazione del recesso. Sul punto, eccettuato il caso, individuabile a fini didascalici, di un imprenditore che attivi il proce-

causa delle posizioni rigide e polemiche" assunte dal lavoratore nei confronti della società datrice di lavoro e rese pubbliche dalla stampa, la Corte dichiara l'illegittimità del licenziamento disciplinare adottato in violazione delle procedure richieste dalla legge, senza ritenere tuttavia che il licenziamento stesso possa essere considerato un atto vendicativo o di rappresaglia).

<sup>26</sup> WIDMANN, *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 633, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>27</sup> Consapevole che il rapporto di lavoro sia un luogo particolarmente "poroso" alle discriminazioni, il legislatore precisa: "I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".



dimento disciplinare e poi, senza portarlo a conclusione, licenzi il lavoratore invocando un motivo oggettivo, l'ipotesi più realistica è che il datore resti acquiescente rispetto ad un comportamento disciplinarmente valutabile e licenzi, a distanza di qualche tempo, il dipendente, invocando ragioni oggettive. Qui il lavoratore dovrebbe richiamare egli stesso una propria mancanza, con i rischi connessi a siffatta auto-denuncia (in ipotesi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrebbe essere annullato o revocato<sup>28</sup>, ex art. 18, co. 10, l. 300/1970, e, se ancora tempestivo – circostanza affatto improbabile, in considerazione della tempistica del nuovo rito – potrebbe ancora essere attivato un procedimento disciplinare), ovvero dovrebbe ricostruire un'altrui colpevole acquiescenza in termini quasi di frode alla legge, rispetto ad un suo comportamento che, a rigore, sarebbe disciplinarmente valutabile.

Ammesso pure che sia agevole, e non pare, ricostruire in fatto un'altrui condotta omissiva, residuerebbero non pochi ostacoli sul piano probatorio, dovendo il lavoratore ricorrente fornire una prova “in negativo” delle omissioni, mancate reazioni ecc., imputabili alla controparte.

Nella sostanza, dunque, quando il datore di lavoro invocherà il motivo oggettivo, per il lavoratore ricorrente, e quindi per il giudice, si porrà un'alternativa tutto sommato netta: o la dichiarazione di illegittimità del recesso perché “non ricorrono gli estremi del giustificato motivo”, con conseguente risoluzione del rapporto e condanna al pagamento della sola indennità risarcitoria, ovvero l'accertamento di “manifesta insussistenza” del giustificato motivo addotto, con reintegrazione c.d. attenuata del dipendente licenziato.

È allora proprio al concetto di “*manifesta insussistenza*”<sup>29</sup> che occorrerà, di qui a poco, dedicare qualche parola: una “uscita di emergenza”, a dire il vero piuttosto stretta, rimessa al giudice per evitare l'applicazione di una tutela puramente indennitaria. Considerazione, quest'ultima, che evidenzia quanto segnalato dai primi commentatori circa l'ampiezza della discrezionalità giudiziale, che il nuovo art. 18 innesta nel sistema e sulla quale è utile soffermare l'attenzione.

<sup>28</sup> Qualora l'eccezione sui reali motivi disciplinari emergesse nella fase conciliativa, il datore di lavoro potrebbe ancora revocare la propria volontà di licenziare (che precedendo temporalmente il provvedimento di licenziamento non sarebbe neppure sottoposta al termine di quindici giorni, decorrente dall'impugnazione del lavoratore) durante il procedimento di conciliazione, salvo attivare una procedura di contestazione dell'illecito disciplinare nei confronti del dipendente.

<sup>29</sup> SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 560, parla al riguardo di “un “infortunio linguistico” del legislatore”.

### 3. *Accertamento dell'illegittimità del licenziamento e discrezionalità del giudice*

Un primo dato non trascurabile è il recepimento nella giurisprudenza del principio in base al quale le valutazioni dell'imprenditore circa l'organizzazione dell'azienda sono insindacabili, per cui il giudice deve limitarsi a controllare che le scelte imprenditoriali siano state effettivamente attuate e che il singolo licenziamento ne costituisca una conseguenza pressoché necessaria ed inevitabile: il recesso, dunque, si legge nelle sentenze, oltre a porsi come *extrema ratio*, deve essere accompagnato da una verifica circa l'impossibilità di utilizzare altrimenti il lavoratore (c.d. onere del *repêchage*, che viene però declinato, nelle decisioni, con gradazioni differenti<sup>30</sup>: v. *infra* par. 5).

In realtà, al di là della reiterazione tralascia di questi principi di rigorosa separazione tra scelte imprenditoriali e controllo giudiziale, va tuttavia segnalato che i repertori mostrano poi una pluralità di motivazioni, talune delle quali portano a dire che siffatta affermazione di insindacabilità sia più proclamata che applicata; vi è anche chi ha osservato che una così netta dichiarazione di astensione da parte della giurisprudenza è velata di ipocrisia, considerando che “se questa enunciazione non fosse soltanto rituale e i giudici che la inseriscono nelle proprie sentenze si attenessero rigorosamente a ciò che essa significa, la regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ne risulterebbe svuotata di ogni contenuto pratico, cioè la limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore verrebbe meno quasi del tutto”<sup>31</sup>.

In realtà, tale posizione nasce da una lettura della nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento decisamente ristretta, nella quale non sarebbe dato individuare alcuno spazio “per elementi di natura non patrimoniale, cioè comprendere quali possano essere le “ragioni” a cui la norma fa riferimento, se non consistenti in una perdita attesa, esprimibile in termini monetari”<sup>32</sup>: si tratta di opinione discutibile.

La stessa nozione di giustificato motivo oggettivo considerata dalla legge, in effetti, fa riferimento non solo a ragioni strettamente produttive, ma anche

<sup>30</sup> La verifica circa il corretto esercizio dell'onere di *repêchage*, in ogni caso, impone al giudice un controllo nel quale l'attrito con il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali si fa spesso assai stridente.

<sup>31</sup> ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 453-454.

<sup>32</sup> ICHINO, *Il contratto di lavoro*, p. 460, il quale non a caso porta come esempio, in termini di eccezione, la disciplina del recesso nelle organizzazioni di tendenza. V. però ZÖPPLI L., *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DML*, 2010, p. 415.

di *organizzazione* del lavoro e della produzione che, a rigore, potrebbero non essere connesse ad una perdita di produttività o al margine di profitto, ma semmai a profili diversi di “economicità” della gestione, attinenti appunto all’organizzazione e dunque al miglioramento di efficienza di quest’ultima, anche se, in termini immediati, finanziariamente neutrali<sup>33</sup>. Non va trascurato, poi, che una ri-organizzazione della produzione o del lavoro possa anche essere collegata alla necessità di garantire un differente benessere organizzativo ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 e, più in generale, dell’art. 2087 c.c.

Il punto, semmai, è poi anche quello di considerare *quanto* la divaricazione tra atteso e conseguito, che si vorrebbe determini la risoluzione, sia accettabile dall’ordinamento: di qui la disciplina limitativa del recesso e la necessità di un “moderno” intervento sull’art. 3, l. 604/1966, piuttosto che (o esclusivamente) sulle sanzioni<sup>34</sup>.

In ogni caso, se il sistema del controllo circa l’illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo<sup>35</sup> viene ricostruito senza significative variazioni rispetto ai principali orientamenti della giurisprudenza, va invece segnalato come lo stesso venga chiuso da una norma che recupera il principio dell’insindacabilità. Quest’ultimo è reso suscettibile di una peculiare applicazione processuale, che consente l’“impugnazione per violazione di norme di diritto” – e quindi essenzialmente di ricorrere in Cassazione ai sensi del-

<sup>33</sup> ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *RIDL*, 2013, II, p. 661, osserva che “una diversa soluzione comporterebbe l’ingiustificatezza di qualunque licenziamento per ragioni tecnico-organizzative adottato da un’impresa dotata di bilanci non in passivo”.

<sup>34</sup> In secondo luogo, poi, passando alla verifica operata “a valle” della scelta di licenziare e quindi al momento in cui essa va attuata, non va trascurata una tendenza della giurisprudenza ad applicare analogicamente, anche nell’ambito del licenziamento individuale, la disciplina dei licenziamenti collettivi con riferimento ai carichi di famiglia e all’anzianità del lavoratore; quindi a profili che esulano espressamente dal calcolo costi/benefici inerente al sacrificio della singola posizione lavorativa, quando occorra procedere ad una scelta tra più lavoratori coinvolti dalla soppressione della posizione. In dottrina, per tutti v. ZOLI, *La tutela delle posizioni “strumentali” del lavoratore». Dagli interessi legittimi all’uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 233; in giurisprudenza: Trib. Milano 8 luglio 2010, in *D&L*, 2010, p. 866; Trib. Torino 18 febbraio 2005, in *DJ*; Cass. 11 giugno 2004 n. 11124, in *RGL*, 2005, II, p. 273, con nota di SALVAGNI; Cass. 21 dicembre 2001 n. 16144, in *DJ*.

<sup>35</sup> Secondo MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, che ritiene condivisibile siffatta impostazione, “si tratta, quindi, di prendere atto della distinzione concettuale che nel nuovo art. 18 separa il profilo relativo all’illegittimità del licenziamento da quello concernente l’individuazione della sanzione applicabile”.

l'art. 360, n. 3, c.p.c. – nell'ipotesi in cui il controllo giudiziale non sia stato "limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità", ma sia sfociato in un "sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive" riservate all'imprenditore (così l'art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010 n 183, come modificato dalla l. n. 92/2012).

La reale portata applicativa di tale riaffermazione normativa di un principio, come visto, costituente *jus receptum* da parte della giurisprudenza (almeno, come anticipato, sul piano dell'enunciazione), lascia invero inalterato, in fondo, il problema dell'ampiezza del controllo, perché a presidiare i confini di legittimità del sindacato giudiziale sarà chiamata la stessa Cassazione che in questi anni, pur richiamando il principio, ha spesso consentito non pochi sostanziali aggiramenti di esso<sup>36</sup>.

In effetti, è stato evidenziato<sup>37</sup> come la novità sia proprio l'autonoma proponibilità dell'impugnazione dinanzi alla Suprema Corte di una censura inerente alla valutazione operata nei gradi di merito, qualificando la violazione dei limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive quale "motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto", ad evitare quindi che il giudice di legittimità possa accantonare la censura relegandola tra le questioni di fatto, escluse dal suo scrutinio.

Preme allora segnalare ancora una volta che, con la legge 92/2012, un legislatore che sembra volersi tenere a debita distanza dal tema delle causali giustificative del recesso, finisca per rimetterle al centro del dibattito, imponendo una ripresa della riflessione su estensione e contenuti delle medesime.

Quelli descritti sono però solo alcuni dei profili problematici relativi al ruolo del giudice, che è investito di una discrezionalità di particolare ampiezza; è opportuno allora evidenziare altri aspetti della tematica prescelta, che per le ragioni dette e per quanto si andrà a chiarire, appaiono essenziali nella ricostruzione della disciplina e della sua attitudine a determinare la rivisitazione stessa delle letture sulla giustificazione del licenziamento.

<sup>36</sup> Opportunamente, allora, è stato rilevato (MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 419) come "il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per g.m.o. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunciare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intende estinguere il rapporto di lavoro".

<sup>37</sup> VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 72.

#### 4. La “manifesta insussistenza del fatto”

Da subito si è compreso che – accantonando la suggestione “penalistica” e approcciando il tema ricorrendo ad un lessico più vicino alla teorica del diritto civile – centrale risulta l’interpretazione del concetto (non privo di ambiguità) di “fatto” posto a fondamento del licenziamento per ragioni oggettive; ciò, evidentemente, prima ancora di soffermarsi sul significato da attribuire alla sua insussistenza manifesta.

In effetti, il problema non si pone in termini differenti, se non in parte, anche là dove il legislatore rinvia al concetto di fatto nel descrivere le sanzioni connesse ad un licenziamento per ragioni soggettive<sup>38</sup>. Altri hanno ragionato approfonditamente su tale nozione e non è qui il caso, per esigenze di sintesi prima ancora che di utilità argomentativa, di ripercorrere l’ampio dibattito che appare al momento sopito solo perché, come si è già detto, la parola è passata alla giurisprudenza.

Una presa di posizione è però metodologicamente necessaria anche in questa sede. A me pare che quando in una fattispecie come il licenziamento nel contratto di lavoro subordinato il legislatore richiami il “fatto”, non si possa far riferimento ad un elemento identificato nella sua astratta materialità, bensì pur sempre ad un accadimento giuridicamente significativo, cioè idoneo a costituire il dato al quale vengano connessi determinati effetti.

Partendo da questa premessa, se in linea logica e di principio si può anche condividere l’idea che il fatto *c’è o non c’è*<sup>39</sup>, non si aderisce poi all’argomentazione secondo la quale esso deve intendersi come fatto materiale “ben preciso che ne costituisce la causale legittimante”<sup>40</sup>, facendone discendere una lettura del nuovo art. 18 secondo la quale il legislatore abbia inteso “modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione ad indennità risarcitoria) tenendo conto proprio di come tale fatto, una volta che sia stato riscontrato nella sua materialità, diviene oggetto di valutazioni discrezionali

<sup>38</sup> PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785.

<sup>39</sup> MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in SCARPELLI, FEZZI (a cura di), *I quaderni di wikilabour. Guida alla Riforma Fornero*, 2012, in *www.wikilabour.it*, p. 87.

<sup>40</sup> MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 438.

per quanto attiene l'ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento"<sup>41</sup>.

Si è detto che verrebbe in rilievo il fatto materiale, produttivo-organizzativo, posto a fondamento del licenziamento che, nella prospettiva accolta dal legislatore, non risulterebbe esistente sul piano fenomenico, contrappo- nendo questa situazione a quella in cui la motivazione del licenziamento sia connessa ad una ragione economica materialmente esistente, ma non idonea ad integrare, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo oggettivo: in tal caso la sussistenza di un fatto carente del nesso causale con il recesso viene ricondotta alla previsione di non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo e, quindi, sanzionata con l'indennizzo.

Maggiormente condivisibile, alla luce della premessa operata, è invece l'opinione di chi ritiene che il fatto la cui valutazione è rimessa al giudice, anche nel caso di licenziamento oggettivo, allorquando si debba scrutinarne l'eventuale illegittimità per manifesta insussistenza, "non è il fatto materiale che il giudice deve valutare, bensì il fatto giuridico"<sup>42</sup>. Come è stato corret- tamente osservato, "il "fatto", nella sua essenza fenomenologica, non è giu- ridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi [...] Altrimenti il fatto (la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell'ef- fetto"<sup>43</sup>.

Più nello specifico, proprio partendo dalla nozione ricompresa nell'art. 3, l. 604/66, che identifica la ragione giustificativa del recesso, il *fatto* è l'intera "ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al re- golare funzionamento di essa", vale a dire, semmai, una molteplicità di *fatti* non sempre preventivamente individuabili; in tale prospettiva, uno solo di essi, pertanto, può essere rappresentato dalla "perdita di utilità di una deter- minata prestazione lavorativa che si riveli non più rispondente all'interesse

<sup>41</sup> Ancora MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 438.

<sup>42</sup> ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 137.

<sup>43</sup> PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit., p. 794, il quale osserva condivisibilmente: "Ra- gionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore*". L'A., peraltro, non manca preliminarmente di osservare come la prima e più significativa "aporìa consiste nell'aver preteso di distinguere, nell'ambito della disciplina delle conseguenze del li- cenziamento illegittimo, tra "fatto" ("manifesta insussistenza del fatto") e sua "valutazione giu- ridica" (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo)" (p. 793).

dell'imprenditore per modifiche introdotte nella produzione, nell'organizzazione o nelle tecnologie impiegate”<sup>44</sup>.

Va anche aggiunto che la causale giustificativa del recesso, ai sensi della legge 604/66, può consistere, in definitiva, in una fattispecie più complessa, composta da un fatto in senso stretto, ma altresì da una conseguenza e dal relativo nesso di causalità: tant'è che in assenza di quest'ultimo – il rapporto tra la ragione e la posizione individuale –, il fatto (ad esempio: una riorganizzazione), pur astrattamente sussistente, non giustifica il licenziamento<sup>45</sup>.

Assumendo questo punto di vista, non pare opportuno indugiare troppo su una differenza concettuale tra fatto ed estremi del giustificato motivo<sup>46</sup>. Ad evidenziare una distinzione – supportata dal testo del comma 7 dell'art. 18 – si giungerebbe ad attribuire rilevanza, quale fatto, ad ogni ragione organizzativa, purché astrattamente sussistente, seppure completamente distante e sganciata dalla singola soppressione della posizione lavorativa. In questi termini, la ragione addotta come causa del recesso sarebbe equiparabile a qualunque altro “fatto”, umano o naturale, che lambisca la vita di un'azienda.

<sup>44</sup> ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero*, cit. p. 138, il quale prosegue: “Al riguardo andrà accertata la sussistenza della modifica, ovviamente, ma anche quella della possibilità reale di utilizzare il lavoratore in altra collocazione aziendale (c.d. *extrema ratio*) perché, in ragione del diritto giurisprudenziale vivente, il fatto in cui si concretizza il giustificato motivo non esiste se il lavoratore è ancora riutilizzabile”. Su tale ultimo delicato punto si vedano, però, i miei rilievi contenuti nel testo.

<sup>45</sup> Vi è, invece, l'identificazione del fatto con la causa del recesso nella lettura proposta da CARINCI M. T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all'italiana” a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 560: “Poiché è nel presupposto del ragionamento che il licenziamento sia stato irrogato in concreto per un “fatto” (causa) diverso da quello posto formalmente a base dell'atto (cioè gc o gms) e non è dato immaginare alcuna differenza fra “insussistenza” e “manifesta insussistenza” della causa – la causa ricorre o non ricorre –, la norma, pur propendendo per quella obbligatoria, demanda qui la scelta della tutela al giudice”. Meno condivisibile, tuttavia, è la premessa del ragionamento (p. 557): “Quello che si vuole, allora, è con tutta evidenza ribadire che qualunque causa giustificativa diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale, inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa – è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente”. Anche ALBI, *op. cit.*, p. 275 ritiene difficile una distinzione e condivide i rilievi di incostituzionalità già avanzati da SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., p. 560 ss. e condivisi da PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit. p. 791.

<sup>46</sup> È questa, invece, l'opinione di PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, p. 79; ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *RIDL*, 2013, II, p. 663.

La frammentazione delle nozioni, poi, porterebbe a individuare negli “estremi del giustificato motivo” soltanto il nesso di causalità tra ragione e soppressione del posto, nonché, con tutte le riserve del caso, la possibilità di ricollocazione del lavoratore; ricostruzione che strida con la nozione di giustificato motivo pacificamente individuata per decenni da dottrina e giurisprudenza, che vi hanno ricompreso tutti gli elementi che precedono l’atto di recesso in termini di presupposto materiale-organizzativo e di relazione causale.

Limitarsi al solo accertamento del fatto, di cui si assuma una prospettiva riduttiva, porterebbe altrimenti a dire che se c’è una riorganizzazione, anche se non coinvolge la posizione del dipendente, sussiste pure il fatto ed il lavoratore licenziato non può invocare la manifesta insussistenza, e quindi la reintegrazione, bensì una più debole illegittimità per carenza della giustificazione che dà luogo alla tutela risarcitoria<sup>47</sup>. Se così fosse, basterebbe allora l’esistenza ontologica di un “qualsiasi” fatto, in ipotesi completamente slegato dalla posizione del singolo lavoratore, a privare quest’ultimo del posto di lavoro e quindi a risolvere il rapporto a fronte di un costo predeterminato nella misura massima<sup>48</sup>.

Seguendo questa linea di ragionamento, la mera sussistenza di una ragione giustificativa di licenziamento potrebbe condurre, paradossalmente, a due “paralleli” atti di recesso: quello del lavoratore interessato dalla causa organizzativa (es. la soppressione di una posizione di lavoro), ma anche il licenziamento di un soggetto la cui prestazione non abbia il minimo

<sup>47</sup> In questa linea pare muoversi anche TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., p. 67, secondo la quale “ai fini dell’individuazione della sanzione applicabile, la legge distingue fra un giustificato motivo oggettivo addotto, la cui assenza risulti più appariscente, collegando a tale situazione la pena della reintegrazione, e d’altro canto un giustificato motivo meno appariscente, sanzionato attraverso un obbligo forfettizzato di risarcimento del danno, definito dal giudice entro una forbice fissata dalla legge”. L’idea di collegare due sanzioni così differenti sul piano strutturale ed ancor più su quello funzionale – come sono l’indennità predeterminata ed il ripristino del contratto di lavoro – alla condizione che l’illegittimità sia più o meno “appariscente” lascia ancor più perplessi.

<sup>48</sup> È questa infatti la prospettiva accolta da MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, secondo il quale: “Una sanzione “forte” (quella della reintegrazione) più rigorosa ed incisiva se il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, cioè quando la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c’è o non c’è); mentre la sanzione è “ridotta” (l’indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento”.



collegamento con la causa addotta dal datore. In entrambi i casi si risolverebbe il contratto di lavoro e il secondo licenziamento, collegato illegittimamente ad un evento che tuttavia sussiste nella realtà fenomenica, sarebbe segnato, secondo l'interpretazione criticata, da un vizio “minore”, la cui illegittimità è caratterizzata dal mero indennizzo, con un vistoso aggiramento del principio di ragionevolezza.

Secondo la ricostruzione analizzata, peraltro, soltanto “il vizio “grosso-lano” consistente nell'inesistenza del fatto/atto organizzativo darebbe luogo alla reintegrazione del lavoratore, dovendo essere le altre ipotesi ricondotte all'inesistenza del nesso causale, da considerarsi come presupposto della sanzione meramente economica nella misura massima di ventiquattro mensilità di risarcimento”<sup>49</sup>. Dei requisiti sinora richiesti per aversi giustificato motivo oggettivo – in estrema e forzata sintesi: effettività delle ragioni poste a fondamento della decisione di licenziare, definitività della soppressione del posto di lavoro e nesso causale tra ragioni addotte e singolo licenziamento – sovente riconosciuti come necessari, la legge 92/2012 collegherebbe cioè soltanto ad uno di essi, la effettività, la reintegrazione, peraltro rimessa alla discrezionalità del giudice (il quale “può”, non deve disporla obbligatoriamente<sup>50</sup>); soluzione in aperto contrasto con la consolidata giurisprudenza di legittimità e con la prevalente dottrina sull'art. 3, l. 604/1966, che hanno interpretato tali elementi come costitutivi, tutti, della fattispecie<sup>51</sup>.

L'opinione secondo la quale “una volta assodata la sussistenza del fatto [...] ciò è sufficiente ad escludere subito l'applicazione della reintegrazione”<sup>52</sup>, potrebbe anche essere condivisa, ma solo a condizione che il fatto il quale, sussistendo, esclude in radice la reintegrazione non sia un fatto “qualsiasi”, ma risulti causalmente collegato (o comunque collegabile) alla soppressione del singolo posto di lavoro<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> In uno dei primi commenti pubblicati, ricostruisce in questi termini, seppure con toni non privi di accenti dubitativi, connessi alla complessità del problema, TOPO, *op. cit.*, p. 67.

<sup>50</sup> Secondo LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, cit., p. 4, si tratta di previsione incostituzionale per “irragionevolezza”.

<sup>51</sup> Cass. 11 agosto 1998 n. 7904, in *DJ*.

<sup>52</sup> MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 440.

<sup>53</sup> Di questo avviso CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 547, secondo il quale “se è vero che in generale un fatto o sussiste o non sussiste, è anche vero che un fatto che interessi al diritto solo se intrecciato con una certa valutazione (nozione complessa e per così dire integrata di giustificato motivo oggettivo), è su-

Secondo la prospettiva ricostruttiva proposta, quindi, il fatto andrà considerato manifestamente insussistente anche qualora esso non abbia alcun nesso con la posizione di lavoro soppressa, là dove, cioè, vi sia un *fatto* ma esso sia *altro* rispetto al posto di lavoro effettivamente sacrificato; sia cioè privo di collegamento con l'unità lavorativa destinataria dell'atto di recesso. Si pensi, ad esempio, alla revoca di un'autorizzazione amministrativa che però non abbia coinvolto la posizione del lavoratore licenziato, perché estraneo alla revoca o perché svolga un'attività non soggetta ad autorizzazione; ovvero ancora ad una riorganizzazione che non abbia alcuna ricaduta sul settore al quale è addetto il dipendente, in quanto interessi altri segmenti dell'organizzazione, lasciando inalterati la catena di comando, i compiti lavorativi, le gerarchie, le responsabilità ecc., direttamente inerenti alla posizione del singolo lavoratore.

scettibile di una considerazione entro certi limiti diversificata da parte del giudice. Considerazione diversificata che potrebbe ritenersi ammissibile non solo con riferimento alle ipotesi-limite di vera e propria pretestuosità, ma anche negli ambiti – certamente più ampi di tali ipotesi anche se comunque più ristretti di quelli nei quali la giurisprudenza talora si avventura – nei quali non si discute delle scelte aziendali come tali (insindacabili), ma del nesso eziologico fra le stesse e l'individuazione del singolo lavoratore da licenziare”. In termini solo apparentemente dubitativi MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 612, secondo il quale: “nel caso (forse teorico) in cui il motivo addotto per il licenziamento non sia astrattamente idoneo a configurare un giustificato motivo oggettivo per assenza di una qualsiasi connessione causale tra i fatti adottati ed il recesso (ad esempio, una riduzione di volumi di attività riferita ad una sede diversa da quella del lavoratore licenziato) il licenziamento è illegittimo ma non è ben chiaro quale sia la sanzione applicabile. Se quei fatti sussistessero, ad un'interpretazione letterale della disposizione dovrebbe corrispondere l'applicazione della sanzione indennitaria ma è legittimo dubitare che questa possa essere la soluzione corretta per l'evidente anomalia che ciò produrrebbe. Potrebbe accadere che un fatto coerente con il licenziamento, ma risultato manifestamente insussistente, dia luogo alla reintegrazione mentre un fatto sussistente, ma del tutto privo di rilevanza ai fini del licenziamento, imponga al Giudice di applicare la tutela indennitaria. In verità in tali evenienze potrebbe (e forse dovrebbe) trovare applicazione la sanzione della reintegrazione perché il fatto dedotto non ha alcun collegamento con il licenziamento e non può quindi essere “posto a base” del licenziamento”. L'Autore propone una sorta di tripartizione del possibile accertamento circa i fatti adottati come giustificativi del licenziamento, riservando la reintegrazione solo all'ipotesi di carenza assoluta del presupposto fattuale: “Diversamente, ove il motivo di licenziamento contenga l'illustrazione di fatti attinenti al licenziamento di quel lavoratore, e quindi alla soppressione della sua posizione di lavoro, ma il Giudice non ritenga che gli stessi rappresentino un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si deve procedere all'accertamento dell'esistenza o meno dei fatti potendo conseguentemente emergere, se è consentita una esemplificazione: la loro esistenza, la loro parziale esistenza oppure la loro “manifesta insussistenza””.

In questa prospettiva, appare necessario, come si diceva, svalutare la distinzione, pur presente nel testo del nuovo art. 18, tra *fatto* ed *estremi* del giustificato motivo<sup>54</sup>: a rigore, infatti, la carenza degli estremi – uno per tutti: il nesso causale – determinerebbe soltanto il diritto all’indennità risarcitoria, purché sussista il fatto (*rectius* la ragione produttivo-organizzativa) dal quale tragga origine la scelta di licenziare<sup>55</sup>. In tal maniera, però, una ragione organizzativa esistente ma causalmente del tutto scollegata dalla posizione lavorativa soppressa, sì da essere in definitiva utilizzata quale mero pretesto del licenziamento, verrebbe trattata dal legislatore in maniera del tutto differente rispetto alla situazione “speculare” nella quale pur sussistendo, in astratto, gli altri estremi della decisione di recedere dal rapporto, sia manifestamente insussistente la ragione organizzativa a monte.

<sup>54</sup> ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo*, cit., p. 663.

<sup>55</sup> Nell’ipotesi di licenziamento connesso alla generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, essendo le posizioni lavorative equivalenti ed i lavoratori tutti potenzialmente licenziabili, “il nesso di causalità si configura non tra il motivo e la soppressione di un determinato posto di lavoro, ma tra il motivo e la soppressione dell’uno o dell’altro, indifferentemente, tra più posti di lavoro”: così Cass. 21 dicembre 2001 n. 16144, in *DJ*. In precedenza la giurisprudenza aveva talora escluso la possibilità di ricorrere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo in presenza della scelta imprenditoriale di dare nuove dimensioni, in termini esclusivamente quantitativi, all’attività economica: Cass. 9 marzo 1987 n. 2456; Cass. 13 settembre 1986 n. 5566, entrambe in *DJ*.

In tal caso la scelta del dipendente da licenziare non è totalmente libera per il datore di lavoro, risultando limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza e buona fede. In questa situazione, essendo accertata la legittimità dell’esigenza produttivo-organizzativa che dà luogo al recesso dal singolo rapporto di lavoro, è da escludere che possa rinvenirsi un’insussistenza manifesta del motivo oggettivo; ché altrimenti si dovrebbe considerare sussistente (e legittima) ovvero manifestamente insussistente una medesima ragione di licenziamento soltanto perché essa abbia coinvolto un lavoratore piuttosto che un altro, non venendo in questione qui il nesso di causalità tra ragione giustificativa del recesso e posto di lavoro individuale soppresso, in quanto le posizioni in comparazione sono, per definizione, professionalmente equivalenti. In siffatta ipotesi, come noto, la posizione dei singoli è, sul piano organizzativo e professionale, assolutamente identica, tant’è che la scelta viene sovente agganciata a criteri differenti, connessi alle condizioni personali del lavoratore. Ne discende che, qualora il giudice ritenga che il datore, sulla base di una valutazione organizzativa legittima, abbia operato la propria *concreta* scelta di licenziare in violazione delle regole di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), non potrà che farne discendere l’applicazione del 5° comma dell’art. 18, determinando l’entità dell’indennità risarcitoria, così come peraltro previsto dalla norma, anche alla luce del comportamento datoriale che appaia violare i criteri codicistici nella scelta del dipendente da licenziare. La reintegrazione potrà aversi invece soltanto qualora si dimostri, con onere probatorio a carico del lavoratore, che la predetta scelta è fondata su un motivo discriminatorio o illecito, come previsto dall’art. 18, co. 7, ultima parte.

Punto delicato ed essenziale è il ruolo da riconoscere al *repêchage*. Ad una posizione che individua nell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore in azienda (su mansioni equivalenti o, eventualmente, anche inferiori) il ruolo di elemento costitutivo, seppure "implicito" del giustificato motivo oggettivo di recesso<sup>56</sup>, si contrappone l'opinione che ritiene il *repêchage* estraneo alla nozione: lettura che ha ripreso vigore proprio in seguito all'introduzione della descritta divaricazione dell'apparato sanzionatorio connesso alla dichiarazione d'illegittimità di un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo<sup>57</sup> introdotta dal legislatore nel nuovo testo dell'art. 18. Sul punto si tornerà più ampiamente nelle pagine seguenti.

Tutto ciò premesso, se l'interprete intende opportunamente adottare una prospettiva di sistema, con letture che provino a razionalizzare il dato normativo, è altresì vero, tuttavia, che egli deve pur sempre evitare, in linea di principio, una *interpretatio abrogans*; con riferimento al concetto di manifesta insussistenza del fatto, dunque, non può prescindere dal considerare l'autonomia del concetto, che si ricava dalla norma in commento, e lo "spazio", sul piano testuale, che il legislatore ha riservato ad esso nel nuovo art. 18.

Mi pare, infatti, che la lettera del comma 7 (il giudice "può"<sup>58</sup> disporre

<sup>56</sup> È opportuno, al riguardo, riportare l'opinione di ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, I, p. 48, formulata peraltro con l'invito ad un'applicazione "ragionevole" da parte della giurisprudenza: "Si tratta di una soluzione che, pur non prevista espressamente né dall'art. 3, legge n. 604 del 1966, né dall'art. 24, legge n. 223 del 1991, non contrasta con essi, anzi può essere desunta dagli stessi, nella misura in cui non impone all'imprenditore di creare posti di lavoro contro la sua volontà, ma lo obbliga a destinare eventuali nuovi posti che decida di coprire ai lavoratori in esubero in grado di svolgere l'attività richiesta: è quanto riconosce la stessa giurisprudenza, la quale ha ulteriormente attenuato il rigore della prova gravante sul datore, ponendo a carico del prestatore di lavoro l'onere di provare il fatto positivo rappresentato dalla possibilità di una diversa collocazione in azienda".

<sup>57</sup> Tra le poche pronunce della giurisprudenza va segnalata Trib. Milano 5 novembre 2012, in *DRI*, 2013, p. 152, con nota di SANTORO PASSARELLI G.; anche in *MGL*, 2013, p. 39, con nota di VALLEBONA: il giudice ritiene che in tal caso la violazione dell'onere di *repêchage* non essendo inerente ad un requisito "costitutivo" del motivo di recesso, non possa condurre alla reintegrazione, ma solo alla tutela indennitaria. La decisione è indicata anche da FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 347. In linea con questa decisione anche Trib. Varese 2 settembre 2013, in *www.diritto24.ilsole24ore.com*.

<sup>58</sup> PERULLI, *op. cit.*, p. 792, ritiene che, per salvaguardare la norma da censure di incostituzionalità (con riferimento alla disciplina del recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la cui carenza per insussistenza del fatto determina sempre il ripristino del contratto, anche con riferimento alle "altre ipotesi" in cui non ricorre il motivo oggettivo), si debba ri-

la reintegrazione) non vada affatto svalutata<sup>59</sup>; la discrezionalità riconosciuta al giudice ha senso proprio in quelle situazioni nelle quali il legislatore non è in grado di predeterminare – come invece fa per il licenziamento disciplinare – le ipotesi nelle quali, in concreto, può verificarsi la circostanza che “aggrava” la carenza di legittima motivazione.

In effetti, con il termine “manifesta”, rapportato all’insussistenza del fatto, il legislatore, più che blindare il concetto, nel senso che “la modalità di accertamento della sanzione applicabile al licenziamento per g.m.o. illegittimo deve scontare che la reintegrazione nel posto di lavoro opererà ormai come *extrema ratio*”<sup>60</sup>, ovvero indicare tipo e “quantità” dell’accertamento giudiziale<sup>61</sup>, pare riferirsi, per escludere la reintegrazione, ad una insussistenza che non sia *chiara, evidente*<sup>62</sup>, vale a dire che sia subordinata a valutazioni probabilistiche ovvero opinabili sul piano tecnico.

L’attributo, connesso all’insussistenza del fatto, insomma, sul piano sostanziale sembra proprio riferito all’esclusione della “opinabilità”, che finirebbe anche per rendere fragile l’accertamento giudiziale, esponendo la decisione, in un senso o nell’altro, a ribaltamenti nelle successive sedi di gravame<sup>63</sup> ed a ricadute pesanti (perché semmai operanti a distanza di tempo) sull’organizzazione; sul piano probatorio, invece, porterebbe ad escludere accertamenti dall’esito potenzialmente non univoco<sup>64</sup>.

correre ad una interpretazione correttiva, in base alla quale “il può si legge *deve*”. Del medesimo avviso SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 347 ss.; PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in RIDL, 2012, I, p. 667.

<sup>59</sup> Come invece MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 442.

<sup>60</sup> Così ancora MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 443.

<sup>61</sup> Di questo avviso già PALLADINI A., *op. cit.*, 666; VALLEBONA, *L’ingiustificata qualifica del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in RIDL, 2012, I, 624; SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa*, cit., 341.

<sup>62</sup> Manifesto è ciò che è “definito da un’indiscussa evidenza”: così DEVOTO, OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 2010, p. 1642, alla voce *manifesto* (agg.).

<sup>63</sup> Va tuttavia segnalato che un eventuale ribaltamento della sentenza di primo grado per effetto di una successiva pronuncia in sede di appello non avrebbe comunque gli effetti, economicamente destabilizzanti, della normativa previgente, stante l’apposizione di un tetto di 12 mesi al risarcimento (dal quale andrà detratto tanto l’*aliunde perceptum* che il *percipiendum*) connesso alla pronuncia di reintegrazione per l’ipotesi in esame nel testo.

<sup>64</sup> Ritiene la questione esclusivamente probatoria PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in ADL, 2013, I, p. 80, la quale rileva pure, tuttavia, che così inteso, il requisito della manifesta insussistenza del fatto appare di difficile realizzazione.

Se invero può condividersi l'assunto che una distinzione tra "fatto" e "valutazione di esso" operata dall'ordinamento non è concettualmente proponibile prima ancora che complessa, non si può tuttavia pervenire ad una sostanziale svalutazione del dato normativo, che distingue l'ipotesi della non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo (secondo la lettura che si è inteso adottare) da quella della manifesta insussistenza di esso.

La differenza tra le due ipotesi considerate dalla disposizione in esame finisce allora per essere rimessa, discutibilmente ma indubbiamente, alla discrezionalità del giudice<sup>65</sup>: si direbbe, con un auspicio, al suo prudente apprezzamento. Se così non fosse il legislatore avrebbe usato il verbo *dovere* in luogo del "semplice" *potere*, quale predicato della reintegrazione.

Vuol dire che la legge ipotizza la ricorrenza di situazioni nelle quali, pur essendo, ad avviso del giudice, manifesta l'insussistenza del fatto (*rectius*: del giustificato motivo), questi può comunque *non* disporre la reintegrazione, ma fare ricorso alla determinazione del solo indennizzo.

Ciò avverrà, nella lettura che si è inteso proporre, proprio allorché il giudice ritenga palesemente insussistente la giustificazione, perché, ad esempio, sia emersa la possibilità di un'alternativa al recesso agevolmente percorribile sul piano organizzativo, la quale comporti però un'inevitabile ingerenza nelle scelte imprenditoriali; interferenza che, prima ancora che vietata dalla legge ordinaria, appare in contrasto con l'art. 41 Cost.

In tal maniera l'opzione legislativa in commento può risultare conforme a Costituzione, in quanto rispettosa del necessario bilanciamento tra iniziativa economica, tutela della dignità del lavoratore e ruolo del giudice, senza determinare, peraltro, sul piano parallelo di interpretazione della singola disposizione, la scelta di un esito ermeneutico che fa dire alla legge il contrario di ciò che è scritto nella norma<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> La facoltà di scelta tra i due regimi sanzionatori riconosciuta al giudice è ritenuta in costituzionale da diversi autori: PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, I, p. 1, la considera potenzialmente in conflitto con l'art. 3; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, p. 41, vi ravvisa un contrasto anche con l'art. 101, co. 2, Cost.

<sup>66</sup> Si veda la diversa posizione di PERULLI, già richiamata alla nota 58. Al riguardo TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 147, osserva che "non pare che al giudice venga consegnata alcuna paternalistica facoltà di scegliere il rimedio applicabile, né alcun potere d'equità integrativa. Si tratta semmai d'un avvertimento o un monito relativo alla *policy* del sindacato giudiziario: la reintegra sarebbe ammissibile

Per converso, se il concetto di “insussistenza manifesta” viene riconnesso unicamente al profilo processuale ed alla prova circa la carenza della ragione giustificativa addotta, l’incostituzionalità (per irragionevolezza) appare francamente inevitabile, perché si finisce per regolare in maniera significativamente differente due situazioni sostanziali ipoteticamente identiche quanto ad illegittimità, riconnettendo la sanzione non al *quantum* di illegittimità dell’atto, ma di prova della stessa, raggiunta dalla parte interessata. Sarebbe una disparità, insomma, non più inerente al profilo sostanziale della disciplina, ma all’andamento della vicenda sul piano squisitamente processuale e, in definitiva, probatorio.

La soluzione che appare più corretta è allora quella di considerare manifestamente insussistente, sì da rendere sostanzialmente inevitabile il ripristino, la ragione addotta ma “materialmente” inesistente (es. una contrazione delle vendite contraddetta dagli incassi) ovvero esistente ma palesemente pretestuosa (si pensi al caso di un licenziamento seguito da un’assunzione di altro lavoratore per lo svolgimento delle medesime mansioni<sup>67</sup>).

C’è poi da domandarsi come vadano risolte le situazioni nelle quali il fatto (ad esempio: una riorganizzazione) è solo programmato: vale a dire se sia da considerare sostanziale, “materiale” nel senso prima detto, ciò che è ancora *in fieri*. Adottando una lettura restrittiva del concetto di fatto, qui si potrebbe arrivare a dedurne la manifesta insussistenza e si determinerebbero esiti certo non auspicati dagli autori che sostengono la lettura del fatto, si direbbe, *in senso stretto*. Viceversa, in una prospettiva che valorizzi la complessità della fattispecie, la programmazione di una riorganizzazione renderebbe legittimo il recesso causalmente collegato ad essa e posto semmai all’inizio della fase attuativa.

In questo senso potrebbe anche desumersi il possibile conflitto tra *fatto*,

solo nei casi più evidenti e manifesti d’infondatezza della causale oggettiva, in quanto rappresenta una tutela giuridica di ultima istanza, un’*extrema ratio* [...] Se l’obiettivo è davvero quello di emarginare il più possibile l’applicabilità della sanzione forte, persino nel caso-limite della totale infondatezza del recesso, sarebbe consigliabile una maggior chiarezza da parte del legislatore. Non può bastare un suggerimento o un invito rivolto al giudice per ritenere che la tutela reale diventi assolutamente eccezionale”.

<sup>67</sup> Discorso più delicato è quello dell’esternalizzazione dell’attività o dell’affidamento del compito lavorativo – laddove ciò sia giuridicamente possibile – ad un lavoratore autonomo ovvero ad un professionista esterno. In tal caso, il risparmio dei costi connessi all’utilizzo di un lavoratore subordinato, la cui attività sia surrogabile con quella di un lavoratore autonomo può giustificare la soppressione del posto.

la cui vistosa insussistenza dà luogo alla sanzione reintegratoria, e *valutazioni* produttivo-organizzative<sup>68</sup>, rimesse all'imprenditore e sottratte al sindacato giudiziale, potenzialmente idonee, se non pretestuose, a legittimare un atto di recesso: è il caso del venir meno dell'utilità attesa da una prestazione lavorativa.

Il dubbio di fondo che si sta ponendo tra gli interpreti, in realtà, come si diceva poc'anzi, attiene alla conformità a Costituzione di siffatta moltiplicazione dei regimi sanzionatori; e, prima ancora, se lo sia l'individuazione di un regime generale che non contempli più la reintegrazione, bensì, come a me pare, un risarcimento economico quale "sanzione-perno"<sup>69</sup> nell'ambito applicativo dell'art. 18.

La risposta non è agevole, ma in ogni caso va cercata affiancando al binomio legittimo/illegittimo un genitivo indispensabile, vale a dire confrontando la situazione "solo" con la Costituzione. Non è infatti condivisibile la prospettiva, talvolta adottata, di esame della riforma alla luce del diritto vivente: se invero il percorso – peraltro tutt'altro che lineare – della giurisprudenza è sempre un importantissimo ausilio quando si deve interpretare una nuova normativa, perché si può fare tesoro dell'esperienza, è altresì vero che considerare l'interpretazione, fosse pure consolidata, del diritto previgente quale limite all'applicazione della novità legislativa significa fissare un limite

<sup>68</sup> Tema connesso a tale ultimo profilo è quello della riconducibilità al motivo oggettivo del c.d. scarso rendimento. Ad un più consistente indirizzo interpretativo che lo riconnette all'inadempimento del lavoratore e dunque al licenziamento disciplinare, si contrappone, infatti, un orientamento ermeneutico che fa rientrare il rendimento del prestatore nell'ambito della utilità della prestazione, la cui verifica sarebbe riconducibile alle prerogative imprenditoriali e a profili di valutazione produttivo-organizzativa: Trib. Milano 3 aprile 2003, in *LG*, 2003, p. 1166; Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, p. 689, con nota di ICHINO e CAVALLARO, ricostruisce lo scarso rendimento come fattispecie ambivalente, che può configurare sia un inadempimento, sia, in talune circostanze, un giustificato motivo oggettivo, là dove la prestazione al di sotto di minimi di rendimento "cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione". È indubbio, tuttavia, che la previsione di una sanzione unica, la reintegrazione, da un lato, e gli atteggiamenti tutto sommato "restrittivi" della giurisprudenza, dall'altro, abbiano, per molto tempo, sottratto terreno alla disputa: ora, invece, la diversificazione delle tutele potrebbe rendere più "appetibile" la riconduzione dello "scarso rendimento" al giustificato motivo oggettivo, soprattutto nella misura in cui si dovesse diffondere un'applicazione giurisprudenziale "moderata" della tutela reintegratoria per "manifesta insussistenza".

<sup>69</sup> Sulla centralità "etica" della reintegrazione, come segnale della reazione dell'ordinamento all'uso illegittimo dei poteri riconosciuti all'imprenditore, sono ancora attuali le riflessioni di D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.



indiretto e, si passi, improprio alla funzione legislativa ordinaria, che può essere vincolata e, al più, arrestata, solo dinanzi al “confine” della Carta costituzionale e nella consapevolezza che quest’ultima fa convivere valori talvolta contrapposti, il cui bilanciamento non è dunque agevole, né per il legislatore, né per l’interprete<sup>70</sup>.

In buona sostanza, il legislatore, pur nella sua contraddittorietà, potrebbe avere scelto – e francamente così pare – di portare avanti e forse a completamento un sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è destinata alle ipotesi estreme (discriminazione o motivo illecito unico e determinante) di licenziamento ovvero alle situazioni nelle quali la professionalità/dignità è messa in gioco per effetto di “accuse” non vere, infamanti, o quando si discute di colpevolezza del prestatore: condizioni potenzialmente in grado di incidere sul rientro del lavoratore nel mercato.

Qui non si tratta, però, di essere o meno “ideologicamente” a favore o contro la tutela reale<sup>71</sup>, quanto di indagare se, a legislazione vigente (e che difficilmente verrà rivista da questo o dal prossimo Parlamento), possa ancora sostenersi una “centralità” della sanzione ripristinatoria.

L’unico modo per interpretare il sistema lasciando al centro la reintegrazione, in effetti, dovrebbe passare per la dimostrazione della sua “costituzionalizzazione”<sup>72</sup>: dimostrazione che, pur riconoscendo l’indubbio fascino delle ricostruzioni che la ipotizzano, non è dato ancora leggere in termini di certezza.

Del resto la Corte costituzionale, quasi quarant’anni fa, ha affermato

<sup>70</sup> Il dibattito su quest’ultimo, essenziale profilo è vastissimo. Mi pare opportuno, però, richiamare un recente scritto di MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, p. 235, il quale, chiamato ad intervenire su un “accesso” scambio di opinioni in merito al ruolo del giudice del lavoro, offre spunti di riflessione ed un invito al dialogo che andrebbero ripresi.

<sup>71</sup> Personalmente ho manifestato in altri occasioni (mi permetto di rinviare a: GARGIULO, *Sulla sanzionabilità ex art. 388 c.p. c.p. dell’omessa reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *RGL*, 2000, II, p. 320; GARGIULO, *Licenziamento e lavori atipici: brevi note alla luce del Libro Verde*, in ZOPPOLI L., DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, Roma, 2008, p. 125), la mia attenzione per lo strumento ripristinatorio, ma credo pure che si debba tener conto delle scelte legislative, anche quando non si condividono, a meno che non siano da considerare costituzionalmente illegittime.

<sup>72</sup> Quanto ai limiti posti dall’art. 30 della Carta di Nizza v. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT, n. 58, 2008; ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, 619.

che “la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una disciplina non uniforme dei licenziamenti individuali, sfugge, per se stessa a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa, aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l’adozione nell’interesse generale”<sup>73</sup>. Ora, se è vero che la Consulta, con una giurisprudenza confermata poi nel tempo<sup>74</sup>, era chiamata in quel caso a valutare la coerenza con la Costituzione di un regime differenziato di tutele in relazione alle dimensioni dell’impresa, è altresì vero che il riferimento agli “equilibri economico-sociali” è di per sé idoneo ad essere esteso a situazioni anche molto diverse dal mero profilo dimensionale e, con riguardo al licenziamento per ragioni economiche, forse pure a fondare una valutazione di coerenza delle scelte recenti del legislatore con gli equilibri costituzionali nel loro complesso.

##### 5. *Repêchage e fattispecie del giustificato motivo oggettivo*

Alla luce di quanto detto appare essenziale domandarsi se il c.d. *repêchage* costituisca o meno un elemento della fattispecie del giustificato motivo oggettivo. La domanda, prima della riforma, poteva anche essere elusa e lo è stata: l’esistenza di un’unica sanzione nell’area di applicazione dell’art. 18, insieme ad un atteggiamento della giurisprudenza che, nello scrutinare le ragioni del licenziamento, considerava sempre essenziale la verifica circa la sussistenza di alternative al recesso, ha messo sovente la sordina al tema, di cui si è occupata soltanto la dottrina<sup>75</sup>, talora con l’atteggiamento di chi è cosciente di affrontare un aspetto significativo sul piano dogmatico, ma destinato ad avere scarsa portata applicativa.

La giurisprudenza degli ultimi anni, infatti, sebbene con accenti diversi,

<sup>73</sup> Corte cost. 6 marzo 1974 n. 55. Alla costituzionalizzazione della reintegrazione dovrebbe poi conseguire, in coerenza, l’estensione dello strumento ripristinatorio a tutte le ipotesi di licenziamento, indipendentemente dall’ambito nel quale ha luogo il recesso. È noto, però, come la giurisprudenza costituzionale, all’opposto, abbia in diverse occasioni dichiarato legittima l’esistenza di una pluralità di percorsi sanzionatori, giudicandoli compatibili con l’art. 3. Cost.

<sup>74</sup> V. Corte cost. 19 giugno 1975 n. 152, Corte cost. 8 luglio 1975 n. 189, Corte cost. 23 novembre 1994 n. 398; Corte cost. 23 febbraio 1996 n. 44.

<sup>75</sup> Su origine e fondamento del *repêchage* v. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2008, specialmente p. 277 ss.

non ha più messo in discussione la necessità di verificare che l'imprenditore abbia ricercato effettivamente un percorso alternativo prima di adottare la soluzione “estrema” del licenziamento; talvolta, anzi, la possibilità di ricollocazione del lavoratore è stata oggetto di un ventaglio di soluzioni giudiziali “creative” non sempre condivisibili<sup>76</sup> o comunque destinate a moltiplicare l'incertezza degli operatori e, per converso, ad accrescere la discrezionalità del giudice.

Va peraltro segnalato, al contempo, che più di recente altro orientamento<sup>77</sup> ha operato una rilettura della distribuzione dell'onere probatorio, determinando un'attenuazione del *repêchage*<sup>78</sup>: pur gravando sul datore l'onere di provare l'impossibilità di adibire il prestatore ad altre mansioni equivalenti all'interno dell'azienda, occorre quindi che il lavoratore, impugnando il licenziamento, allegghi (quanto meno) l'esistenza di altri posti nei quali possa essere utilmente impiegato<sup>79</sup>.

Discorso diverso sembra profilarsi dopo la novella in esame: già una parte della giurisprudenza di merito, infatti nell'applicare il nuovo art. 18, connette alle carenze di prova del datore in tema di ricerca di alternative per la ricollocazione del lavoratore la conseguenza risarcitoria prevista al comma 5 e non la reintegrazione, ritenendo appunto che in tal caso non si possa privare di effetti l'atto di recesso<sup>80</sup> che risulti, per altri profili, giustificato.

Mentre dunque in precedenza la dottrina appariva quasi rassegnata all'idea che il concetto fosse così cristallizzato nella giurisprudenza da essere considerato, *bon gré mal gré*, un dato ormai imprescindibile nella valutazione

<sup>76</sup> Si è fatto riferimento alla ricollocabilità del lavoratore oltre che in mansioni inferiori, anche presso società appartenenti allo stesso gruppo, semmai utilizzando lo strumento del distacco, oppure utilizzando il lavoratore in mansioni alle quali il dipendente può essere assegnato all'esito di un percorso formativo o facendo ricorso al part-time. Esamina criticamente questi orientamenti “estensivi” del *repêchage*, PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la “creazione” si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 2013, 4, p. 186.

<sup>77</sup> Segnala questo “temperamento” interpretativo della Cassazione SANTORO PASSARELLI G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela risarcitoria*, in *DRI*, 2013, p. 152.

<sup>78</sup> In questi termini MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 11. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 12 febbraio 2014 n. 3224, in *DJ*.

<sup>79</sup> Cass. 18 marzo 2010 n. 6559; Cass. 8 febbraio 2011 n. 3040, tutte in *DJ*.

<sup>80</sup> È il caso di Trib. Milano 20 novembre 2012, in *RIDL*, 2013, II, p. 654; Trib. Varese 4 settembre 2013, in *FI*, 2013, I, c. 3333. Dà atto dei primi orientamenti della giurisprudenza di merito BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *ADL*, 2013, II, p. 1235.

circa la ricorrenza di un motivo legittimo<sup>81</sup> e ci si era concentrati sul tentativo di limitare gli orientamenti più estremi e potenzialmente distorsivi, la bipartizione sanzionatoria disegnata nel nuovo art. 18 appare idonea a consentire una ripresa della riflessione sugli elementi costitutivi della fattispecie, la cui sola carenza manifesta può, in ipotesi, determinare ancora oggi il ripristino del posto di lavoro.

Ora, pur senza arrivare a definire il *repêchage* una “incrostazione “paternalistica” introdotta dalla giurisprudenza”<sup>82</sup>, appare francamente difficile riuscire a considerarlo come elemento strutturale delle “ragioni” di un licenziamento<sup>83</sup>, se non ricorrendo al concetto di limite esterno all’esercizio del potere datoriale di recedere dal rapporto di lavoro.

Il discorso, secondo alcuni ruota attorno al concetto di *extrema ratio*, di cui il *repêchage*, almeno nella prospettiva che viene accolta in giurisprudenza, è figlio se non legittimo, certamente riconosciuto<sup>84</sup>. In effetti, ci si dovrebbe domandare se possa ancora ragionarsi in siffatti termini in un contesto ordinamentale caratterizzato (tuttora) da ipotesi di recesso *ad nutum* e soprattutto da una tutela obbligatoria che è residuale sul piano tecnico ma non certo su quello dei numeri.

In realtà, per restare al tema di queste pagine, il legislatore – quanto consapevolmente è profilo che esorbita dal compito dell’interprete – detta una disciplina che prescinde dalla ricostruzione teorica del c.d. ripescaggio. Anche a voler considerare la ricollocazione quale elemento della fattispecie – che

<sup>81</sup> Secondo Cass. 13 giugno 2012 n. 9656: “Trattasi di orientamento diretto a realizzare il miglior equilibrio possibile tra i diversi interessi delle parti interessate in materia, che trae la sua ispirazione dal rilievo attribuito al lavoro dall’Ordinamento giuridico, in primo luogo dalla Carta costituzionale, per cui il relativo sacrificio nell’interesse oggettivo dell’impresa deve essere sostenuto dalla effettività e rilevanza di quest’ultimo e rappresentare pertanto l’*extrema ratio*, per l’assenza di soluzioni alternative possibili”. V., anche, tra le più recenti, Cass. 26 marzo 2010 n. 7381, in *DJ*.

<sup>82</sup> Così CARINCI F., *Ripensando il “nuovo” articolo 18*, cit., p. 334.

<sup>83</sup> Diversamente da quanto accade nell’ordinamento tedesco, nel quale la possibilità di reimpiego del lavoratore fa sì che il licenziamento risulti privo di “giustificazione sociale”: così il § 1 del Kündigungsschutzgesetz (KSchG). V. al riguardo le riflessioni, in ottica comparata, di SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *DML*, 2012, p. 560. Per uno sguardo approfondito sugli altri ordinamenti europei: NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, p. 661; PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013.

<sup>84</sup> Sulla relazione tra *extrema ratio* e *repêchage* v. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit.

dunque non sussiste qualora sia individuabile una ragione oggettiva astrattamente legittima, ma manchi la verifica di ricollocabilità del lavoratore ovvero essa conduca a reperire un’alternativa occupazionale – è indubbio che la legge consideri il recesso illegittimo ma efficace, riconnettendo la reintegrazione alla sola ipotesi di insussistenza manifesta della ragione giustificativa.

La novella sembra dunque deivalizzare le opinioni che, sotto la vigenza del “vecchio” testo dell’art. 18, consideravano il *repêchage* quale elemento della fattispecie; la biforcazione sanzionatoria, infatti, non pare risentire della ricostruzione dogmatica “a monte” del concetto di giustificato motivo ed anzi, come si è premesso, la riscrittura dell’apparato sanzionatorio ha proprio lo scopo di aggirare i nodi interpretativi inerenti alle causali di recesso.

A conferire centralità al concetto, si è detto che il controllo sul rispetto del *repêchage* altro non sarebbe che la “verifica più dettagliata e in una prospettiva per così dire negativa”<sup>85</sup> dell’esistenza del nesso causale tra decisione organizzativa e posizione del prestatore di lavoro. In realtà siffatta lettura è fondata sul presupposto, per vero discutibile, se ben se ne comprende la portata, che il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo sia, a differenza di quello collettivo, diretto a “ridurre il personale in senso qualitativo”.

Proprio l’attuale polimorfismo sanzionatorio dell’art. 18<sup>86</sup>, che individua espressamente i motivi “altri”, diversi da quello dichiarato come oggettivo (essenzialmente: motivo discriminatorio ovvero motivazione disciplinare simulata), sanzionando con la reintegrazione l’“abuso” di quest’ultimo, impe-

<sup>85</sup> CARINCI M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005. Il concetto è ripreso anche in CARINCI M. T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, p. 787, là dove l’Autrice ribadisce trattarsi di “un’ulteriore verifica, questa volta in senso negativo, dell’esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore, nel senso che il giudice sarebbe chiamato a valutare se in ipotesi non esista un collegamento fra posizione del lavoratore ed un interesse del datore di lavoro *diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall’ordinamento*”.

<sup>86</sup> Secondo CARINCI F., *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell’art. 18*, relazione tenuta il 27 novembre 2013 presso la Scuola Superiore della Magistratura, p. 13 del dattiloscritto, il regime di tutela dell’art. 18 dà “l’impressione di volersi ispirare ad una logica sequenziale, peraltro vista e valutata dalla prospettiva della controparte datoriale. Sembra qui emergere quella inversione di marcia che, con l’accattivante terminologia inglese, viene indicata come la transizione dalla *job property* alla *liability rule*, se pur in una variante per così dire “etica”, nel senso di una tutela costruita in modo da correlare il costo di un licenziamento ingiustificato al grado di “scusabilità dell’errore del datore di lavoro””.

disce, a mio avviso, siffatta lettura “in negativo”. La mancata prova in ordine alla possibilità di ricollocare il dipendente in altra posizione, professionalmente equivalente, dell’organizzazione, non potrà, alla luce del nuovo dettato normativo, essere considerata di per sé sintomatica dell’assenza di una legittima e reale scelta organizzativa che giustifichi la soppressione del posto, dovendo essere accompagnata dalla prova di quale sia, nello specifico, la diversa ragione che abbia condotto alla decisione di licenziare e solo in tale caso, se essa risulti discriminatoria ovvero surrettiziamente disciplinare, determinare la reintegrazione del lavoratore.

Altra dottrina ha poi individuato nella possibilità di continuare ad occupare il lavoratore in altra posizione un “limite esterno, imposto dall’art. 3 stesso, ma distinto dalla sussistenza della modifica organizzativa che porta alla soppressione del posto di lavoro”<sup>87</sup>, talora chiarendo che il c.d. ripescaggio non va ricondotto all’incerta nozione di *extrema ratio*, accolta e tralaticamente ripetuta dalla giurisprudenza, ma è una conseguenza della ricostruzione dell’oggetto dello scambio negoziale come riferibile alla professionalità, anche potenziale, del lavoratore; il quale, come può essere chiamato a svolgere mansioni diverse da quelle di assunzione, nell’area di equivalenza tracciata dalla professionalità potenziale, così, all’atto del recesso, vede disegnato da quei medesimi confini l’ambito entro il quale va effettuata la verifica circa l’inevitabilità di sopprimere la sua posizione lavorativa. In questi termini “il ripescaggio resta circoscritto nei rigorosi limiti del regolamento contrattuale così come liberamente voluto dalle parti”<sup>88</sup>.

Siffatta suggestiva lettura affianca due piani destinati inevitabilmente – stante l’indubbio legame tra contratto di lavoro e organizzazione – ad intrecciarsi: l’oggetto dello scambio negoziale, i suoi confini ed i margini di utilizzo della professionalità nella fase di esecuzione del contratto di lavoro subordinato, da un lato, e i limiti alla scelta organizzativa che determini la soppressione del posto nel quale la medesima professionalità viene impiegata, dall’altro.

Si tratta, invero, delle classiche due facce della stessa medaglia, una inerente alla “fisiologia” del rapporto, l’altra alla delicata fase di risoluzione del

<sup>87</sup> Sono parole di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 648, il quale riprende, con taluni distinguo, le posizioni di LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 72 ss. e ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 158.

<sup>88</sup> NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 650.

contratto. Del resto è quanto meno discutibile, sul piano interpretativo, adottare due distinte nozioni di professionalità: una “aperta”, potenziale, per effetto della quale il prestatore può essere legittimamente impiegato non solo nei compiti che sa svolgere ma anche in ciò che dovrebbe o potrebbe saper fare come sviluppo della sua capacità professionale, ed un’altra, da utilizzare allorché si ponga in discussione il contratto stesso, che riduca la professionalità ad una fotografia statica di ciò che il lavoratore ha fatto fino ad allora.

La riflessione riporta, quindi, al collegamento con la disciplina della mobilità professionale. Nel momento in cui si accoglie una nozione dinamica di equivalenza professionale, nel contesto di una (da più parti auspicata) rilettura aggiornata dell’art. 2103 c.c.<sup>89</sup>, ne discende, appunto, che dovranno essere proprio i confini dell’equivalenza l’ambito entro il quale si potrà/dovrà verificare l’impossibilità di recupero del lavoratore.

Il *repêchage*, in questa prospettiva non è, cioè, il tentativo, non privo di coloriture paternalistiche, di preservare il posto di lavoro del singolo, talvolta sotteso ad alcuni richiami all’*extrema ratio*, ma un corollario della rigorosa applicazione della logica del contratto di lavoro, in base alla quale se viene stipulato un accordo che fa “acquistare” una professionalità, i cui confini di utilizzo sono disegnati dall’ambito di equivalenza accolto nella specifica organizzazione produttiva – e qui viene in rilievo, inevitabilmente, l’ausilio imprescindibile delle classificazioni professionali operate dalla contrattazione collettiva<sup>90</sup> – sarà sempre nell’ambito di quei medesimi confini che si dovrà valutare la legittimità della risoluzione.

Il recesso è dunque legittimo se, e nella misura in cui, il datore di lavoro non è in grado di utilizzare la professionalità oggetto dello scambio, in quanto essa non è più utile alla sua organizzazione: o perché è soppresso del tutto il profilo che la identifica ovvero perché le postazioni di lavoro che ne prevedono l’impiego sono tutte già occupate.

<sup>89</sup> Si consenta, per esigenze di sintesi, di rinviare a GARGIULO, *L’equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

<sup>90</sup> Chiariscono utilità e limiti del ricorso alle determinazioni contenute nei contratti collettivi: Cass. 20 marzo 2004 n. 5651, in *DJ*; Cass. 9 aprile 1992 n. 4314, in *RIDL*, 1993, II, p. 287, con nota di GHINOY; Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, in *DL*, 1996, II, p. 356; Cass. 23 gennaio 1988 n. 539, in *NGL*, 1988, p. 313; Cass. 8 febbraio 1985 n. 1038, in *FI*, 1986, I, c. 149. Si vedano anche le decisioni richiamate da BETTINI, *Mansioni e qualifiche del lavoratore nel dialogo fra dottrina e giurisprudenza*, in *DL*, 1997, I, p. 293; Corte giust. CE 6 luglio 1982, *Commissione delle comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e d’Irlanda del Nord*, causa C-61/81, in *RIDL*, 1983, II, p. 834.

Accolto, quindi, un concetto di *repêchage* che va letto nella prospettiva di garanzia dell'oggetto dello scambio contrattuale, piuttosto che di salvataggio "ad ogni costo" del posto di lavoro, appare evidente che la sua carenza non configuri *di per sé* una manifesta insussistenza del fatto, anche nella lettura qui condivisa, di sovrapposizione tra fatto e ragione giustificativa del recesso. L'inosservanza del *repêchage* può, cioè, alla luce della nuova disciplina, ricadere anch'essa, al pari delle violazioni relative agli altri elementi del giustificato motivo oggettivo, nell'ambito dell'alternativa insussistenza "semplice"/insussistenza *manifesta* con effetti sul connesso binomio indennizzo/reintegrazione.

Così come, nella lettura che si è inteso accogliere, ritenendola più aderente al nuovo testo dell'art. 18, la carenza di uno degli estremi del giustificato motivo oggettivo non conduce "automaticamente" alla reintegrazione, identica sorte toccherà alla violazione del *repêchage*; ché altrimenti si registrerebbe un'ulteriore incongruenza sistematica, vale a dire che la non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo condurrebbe al risarcimento, mentre la violazione di un limite esterno alla fattispecie determinerebbe la più grave reintegrazione.

Appare in definitiva più corretta un'interpretazione che non costruisca una improbabile graduatoria tra i vizi del recesso per ragioni oggettive, laddove il legislatore sembra muoversi in direzione opposta, e soprattutto eviti di collegare la sanzione più dura alle "infrazioni" che, incrociando in via mediata la ragione giustificativa del licenziamento, si pongono a valle della medesima.

Per evitare di incrementare gli elementi di incertezza, si può tentare, in conclusione e su un piano più operativo, una lettura "mediana" del *repêchage*, compatibile con l'alternativa tra insussistenza manifesta e carenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo.

Potrebbe invero scindersi, quanto al profilo dell'incidenza sulla verifica di legittimità della causale, l'ipotesi nella quale in azienda sussista la vacanza di una posizione lavorativa identica a quella soppressa o che, in prossimità del licenziamento, venga coperta con altra assunzione, dalla situazione nella quale l'utilizzo del lavoratore debba avvenire nell'ambito di una posizione professionalmente equivalente, ma in un posto "organizzativamente" differente: soltanto in questo secondo caso, peraltro, si avrebbe *repêchage* in senso stretto<sup>91</sup>.

<sup>91</sup> Sono consapevole che un "punto debole" del ragionamento potrebbe individuarsi nell'assenza, nel lavoro privato, di obblighi di formalizzazione dell'assetto organizzativo e della dotazione di personale; si tratta di obiezione che, però, prova troppo, non avendo sinora impedito alla giurisprudenza un intervento incisivo, ricorrendo a concetti talora anche decisamente dilatati di verifica della disponibilità aziendale alla ricollocazione dei dipendenti.



Pur adottando una lettura della professionalità (e dell’equivalenza) aperta e dinamica, non può invero prescindersi dal fatto che una prestazione lavorativa deve sempre essere innervata in un’organizzazione: possono cioè esistere, ovviamente, due posizioni lavorative professionalmente identiche (mansioni equivalenti e identica qualifica contrattuale) ma organizzativamente distinte. È però diverso il discorso se le due professionalità sono connesse ad un’identica posizione organizzativa, distinguendosi soltanto il luogo (in ipotesi: due posizioni di autista in diverse sedi dell’azienda) e/o il tempo (ad esempio: due posizioni di cassiere di supermercato, inserite in turni differenti) di esecuzione della prestazione.

Orbene, se il giudice accerta il mancato riutilizzo del lavoratore licenziato in posizioni “solo” professionalmente equivalenti, qualora impone la reintegrazione finisce per investire l’organizzazione da altri prescelta, con tutti i rischi concreti più volte evidenziati, ma anche con il pericolo di violazione dell’art. 30, l. 183/2010 e, in fondo, degli stessi orientamenti della giurisprudenza, la quale almeno in astratto ribadisce di non essere legittimata a sindacare il merito delle scelte imprenditoriali; mentre nel caso di posizioni professionalmente equivalenti e surrogabili sul piano organizzativo la verifica giudiziale ha ad oggetto la specifica scelta datoriale posta a fondamento del licenziamento.

Alla luce della nuova formulazione dell’art. 18, soltanto la verifica di coincidenza di una posizione organizzativa e, al contempo, professionale equivalente rispetto a quella soppressa potrebbe configurare un’*insussistenza manifesta* del fatto/ragione e, quindi, determinare la reintegrazione; mentre la possibilità di reimpiego del lavoratore, utilizzando la professionalità dello stesso in un differente ambito dell’assetto organizzativo, inciderebbe sulla valutazione del comportamento datoriale in termini, al più, di buona fede e, di conseguenza, non risultando “evidente”, unicamente sull’ammontare del risarcimento.

Si potrebbero fare altre considerazioni, ma non è utile continuare in assenza di un numero significativo di pronunce, soprattutto da parte del giudice di legittimità. È indubbio, invero, per le tante ragioni espresse in premessa, che, anche in questo caso, l’interpretazione che finirà per consolidarsi in giurisprudenza determinerà l’assestamento di un testo non privo di ambiguità e il prevalere di logiche di resistenza ovvero di cambiamento<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Non intendo dare ai termini di *resistenza* e *cambiamento* alcuna valenza sul piano assiologico, ma accenno nel testo solo ad una capacità “dinamica” del testo novellato.

Per questo motivo nelle prossime pagine ci si dedicherà a profili di (apparente) dettaglio, in grado anch'essi, tuttavia, di condizionare l'operatività della norma ed incidere su quella che si è definita come "convenienza" applicativa del ricorso alla causale oggettiva.

### 6. *La ripartizione dell'onere della prova*

Il testo del nuovo art. 18 non sembra apportare significative innovazioni in tema di prova, relativamente cioè alla ripartizione dell'onere. È ovvio, tuttavia, che sul terreno "pratico" della gestione del processo, il lavoratore avrà interesse a (e talora necessità di) provare che il fatto giustificativo del licenziamento economico, addotto dal datore ed eventualmente da questi asseverato, sia *manifestamente insussistente*.

Si potranno infatti verificare due situazioni: anzitutto che l'insussistenza del fatto giustificativo si appalesi come *manifesta* all'esito di una prima fase dell'istruttoria, qualora il datore di lavoro, tenuto a fornire la prova della ragione del licenziamento, non ci riesca: non dimostri al giudice la sussistenza di alcun sostrato materiale (*id est*: organizzativo) alla decisione di licenziare ovvero del necessario collegamento causale con il recesso individuale. Si pensi al caso di una motivazione di tipo produttivo ovvero organizzativo che appaia da subito come pretestuosa, in quanto vistosamente contraddetta dalle emergenze istruttorie<sup>93</sup>.

La seconda ipotesi, molto più realistica, è che il datore deduca e provi in giudizio la sussistenza di una ragione astrattamente idonea alla giustificazione del licenziamento, come ad esempio la programmazione o anche l'inizio di realizzazione di una riorganizzazione aziendale la quale, nella motivazione del licenziamento, costituisca il presupposto della decisione di risolvere il contratto di lavoro. Sarà in tal caso il lavoratore, necessariamente, a dover dimostrare che "il fatto non sussiste", perché, sempre a mo' di esempio, quella riorganizzazione è fittizia, nel senso che non è mai stata programmata né attuata, ma soltanto dichiarata al fine di licenziare il dipendente oppure che la scelta organizzativa non abbia alcuna ricaduta sulla sua posi-

<sup>93</sup> Si può ipotizzare – paradossalmente, ma a fini di esemplificazione – il caso in cui il datore abbia addotto una crisi di vendite dei prodotti, contraddetta poi da dati pubblici circa le vendite medesime, risultati semmai in crescita o sostanzialmente invariati.

zione lavorativa. Del resto, addossare al datore anche questo tipo di prova “negativa” appare discutibile sul piano teorico e privo di utilità, se non addirittura controproducente, su quello pratico: il datore di lavoro dovrebbe invero dimostrare che esista il fatto o meglio che esso, qualora provato nella sua materialità, *non sia* manifestamente insussistente.

7. *L’indicazione dei motivi di licenziamento nella procedura ex art. 7, l. 604/1966*

Richiamando i rilievi anticipati all’inizio di questo scritto, in merito al vantaggio applicativo del nuovo regime di sanzione dell’illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, va ora dedicata qualche riflessione alla procedura di conciliazione obbligatoria introdotta dalla legge, che novella sul punto la disciplina dell’art. 7, l. 604/66.

Da più parti è stata salutata positivamente questa novità, introdotta dall’art. 1, co. 40, l. 92/2012. Si è osservato come attraverso di essa, in qualche maniera, il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è stato equiparato ai licenziamenti disciplinare<sup>94</sup> e collettivo, per i quali è prevista una procedura anticipata rispetto alla comunicazione di recesso.

Si è anche evidenziata la necessità di arginare i tentativi di abuso del procedimento da parte del lavoratore<sup>95</sup>, che tenti di dilatare lo svolgimento della procedura e ritardare così l’adozione del provvedimento risolutivo. Va però segnalata anche la possibilità che ad abusare dello strumento introdotto dalla riforma sia il datore di lavoro.

L’art. 7, l. 604/66 prevede infatti che il datore comunichi al lavoratore la propria intenzione di procedere ad un licenziamento per motivo oggettivo, indicandogli altresì “i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore”<sup>96</sup>. A stretto rigore,

<sup>94</sup> È questa l’opinione di DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 152, 2012, p. 4.

<sup>95</sup> BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in CARINCI F, MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., p. 14, le definisce come “possibili (e comprensibili) azioni di *filibustering*”.

<sup>96</sup> Si sofferma su questo aspetto CARINCI F, *Ripensando il “nuovo” articolo 18*, cit., p. 334, il quale osserva: “Se ne potrebbe dedurre che, come nella procedura prevista per il licenziamento collettivo anche in questa che la riecheggia, se pur alla lontana, la possibilità di un posto venga lasciata alla trattativa fra le parti; fermo restando che se condotta dal datore in mala fede, lo esporrà alla corresponsione dell’indennità risarcitoria di cui all’articolo 18, comma 7”.

dunque, il soggetto che invochi un giustificato motivo oggettivo deve, al più, attivarsi per un'iniziativa di *outplacement*, ma non anche indicare, sin da allora, l'assenza di concrete possibilità di reimpiego del prestatore, che non è riconducibile né ai "motivi" del recesso, né alle "misure di assistenza alla ricollocazione"<sup>97</sup> del lavoratore.

Conferma di questa lettura viene dal residuo testo dell'art. 7, l. 604/1966, nel quale l'esame di eventuali "soluzioni alternative al recesso" è lasciata al "vivo" della procedura, rimessa alle parti, "con la partecipazione attiva della commissione"<sup>98</sup>. Ciò pare avvalorare l'interpretazione che, in assenza di richieste in tal senso, da parte del lavoratore o della commissione, il datore non sia tenuto perentoriamente, in questa sede, all'individuazione di ambiti di possibile *repêchage*.

In tal caso il datore potrebbe limitarsi a dichiarare, ricorrendo ad una clausola di stile frequente nella prassi, che non esiste la possibilità di utilizzare il lavoratore in altre posizioni lavorative rispettando il vincolo dell'equivalenza delle mansioni. Così facendo porterebbe la controparte a passare all'attacco, forse già nella fase stragiudiziale, ma certamente in quella di impugnazione giudiziale del licenziamento, spingendo il lavoratore ricorrente a contestare l'impossibilità di *repêchage*, indicando semmai le ricollocazioni endo-aziendali che ritiene di identificare<sup>99</sup>.

Il datore convenuto (e tenuto a provare la legittimità del recesso) potrà così confinare la sua prova al solo ambito produttivo oggetto dell'avversa censura, senza dover affrontare un onere probatorio che abbracci, sul piano del contenuto, l'intero assetto organizzativo.

<sup>97</sup> Nella circolare n. 3 del 16 gennaio 2013, p. 6, il Ministero del Lavoro fa proprio l'orientamento della Suprema Corte (Cass. 23 marzo 2011 n. 6625), ritenendo che tali misure "non necessariamente debbano avere la caratteristica del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta riguardare una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa".

<sup>98</sup> Sembra questa la prospettiva accolta anche dal Ministero del Lavoro, che nella circolare 3/2013 citata alla nota precedente, definisce la partecipazione della commissione quale "attività mediatrice" anche in ordine a quelle che definisce, in maniera (forse volutamente) atecnica, "forme alternative al recesso (ad esempio, il ricorso al tempo parziale, il trasferimento, l'occupazione presso altro datore di lavoro, l'offerta di una collaborazione autonoma anche presso altri datori di lavoro, il distacco temporaneo, l'attribuzione di altre mansioni)", raggruppando, dunque, sotto un medesimo ombrello, figure giuridiche assai distinte quanto a struttura, funzioni e presupposti applicativi.

<sup>99</sup> Si veda, al riguardo, la giurisprudenza richiamata alla nota 79.

## 8. Ricadute sulla decorrenza della prescrizione

Qualche cenno conclusivo va, poi, effettuato riguardo alla relazione, affatto trascurabile, ma finora poco indagata, tra riforma dell’art. 18, proprio con riferimento alle conseguenze della dichiarazione di illegittimità di un licenziamento per motivo oggettivo con riconoscimento del diritto alla sola tutela risarcitoria – ipotesi che dovrebbe risultare percentualmente preponderante – e decorrenza della prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto di lavoro.

Non è ovviamente il caso di riprendere concetti noti<sup>100</sup>, ma è utile ricordare, in premessa, come il presupposto dell’inapplicabilità della sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione in corso di rapporto ai contratti di lavoro assistiti da una tutela reale, fosse proprio la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo<sup>101</sup>: situazione carente nell’ipotesi in cui, pur accertata l’illegittimità del licenziamento, il giudice “dichiara risolto il rapporto di lavoro”, condannando il datore al pagamento dell’indennità risarcitoria onnicomprensiva.

La rilettura di questi principi conduce con sé la sensazione – non condivisa evidentemente in dottrina da tutti i commentatori<sup>102</sup> – che tale pre-condizione sia ormai vistosamente venuta meno e, a mio avviso, principalmente ed essenzialmente proprio per effetto della riforma dell’art. 18 con riferimento alle conseguenze di una dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento disposto alla luce di un giustificato motivo oggettivo che non abbia “retto” allo scrutinio giudiziale.

<sup>100</sup> In dottrina, MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983; GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, in RIDL, 2008, I, p. 3.

<sup>101</sup> Cass. S.U. 12 aprile 1976 n. 1268, in FI, 1976, I, c. 915, sulla scia della nota giurisprudenza della Corte costituzionale (precedente alle leggi 604/1966 e 300/70) inaugurata dalla sentenza 1° giugno 1966 n. 63, in FI, 1966, I, c. 985.

<sup>102</sup> Secondo MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 454, “la tutela derivante dal nuovo art. 18, pur non essendo più quella reale alla quale faceva riferimento la giurisprudenza relativa alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, è pur sempre idonea a consentire al lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato”. Di questa opinione sembra anche FALERI, Sub art. 2948 c.c., in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, p. 666; in giurisprudenza Trib. Palmi 7 marzo 2013, in DJ. Di contrario avviso MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 244; ma già CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 547.

Il discorso potrebbe essere allargato, sostenendo cioè che l'intera modifica della disciplina di tutela nell'ambito applicativo della norma dello Statuto porti con sé il venir meno della tutela reale in quanto tale. Il solo fatto che un lavoratore sia esposto nell'intero arco della vita lavorativa al licenziamento illegittimo, rispetto al quale non sia automatico il ripristino del contratto quale "unica" conseguenza della dichiarazione di illegittimità, dovrebbe di per sé condurre a sospendere la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto.

Senza contare, poi, che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determina l'espulsione dal contesto produttivo di un soggetto assolutamente "incolpevole", vale a dire che un lavoratore il quale sia irreprensibile e produttivo per tutta la vita lavorativa potrebbe, ad un certo punto, per effetto di scelte sulle quali non può influire in alcun modo, essere esposto ad un atto di risoluzione del suo rapporto di lavoro che, anche qualora illegittimo – ma non fondato su fatti/ragioni manifestamente insussistenti – determini comunque il definitivo scioglimento del vincolo contrattuale.

È indubbio, tuttavia, che la sola eventualità, normativamente considerata, che possa verificarsi siffatta situazione comporti una condizione di debolezza del prestatore di lavoro, accrescendo significativamente quella asimmetria di posizioni che, per effetto di tale incertezza, sfocia in un indubbio squilibrio tra le parti del contratto, portando inevitabilmente il soggetto più debole, perché sottoposto all'altrui potere di recedere, a mettere la sordina alle istanze di rivendicazione dei propri diritti<sup>103</sup>.

Non pare quindi peregrino sostenere che, per effetto della novella in esame, sia venuta meno quella *stabilità* considerata dalla Consulta quale elemento, fattuale e normativo al contempo, che sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 18, consentiva la decorrenza della prescrizione dei diritti del prestatore di lavoro in costanza di rapporto<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Del resto, anche a seguire il ragionamento di quanti ritengono "comunque" sussistente un regime di stabilità, può richiamarsi al riguardo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – formatosi con riferimento ai rapporti non qualificati *ab origine* come di lavoro subordinato – in base al quale, ai fini dell'individuazione del regime di prescrizione applicabile ai crediti retributivi, la stabilità del rapporto di lavoro deve essere verificata come sussistente e garantita sin dall'inizio (in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto nel corso del suo svolgimento) e non già attribuita dal giudice all'esito del processo; tra le altre: Cass. 6 luglio 2002 n. 9839; Cass. 13 dicembre 2004 n. 23227; Cass. 23 agosto 2007 n. 17935; Cass. 19 gennaio 2011 n. 1147; Cass., S.U., 28 marzo 2012 n. 4942, tutte in *DJ*.

<sup>104</sup> È questa l'opinione anche di MARAZZA, *op. cit.*, p. 621; SANTORO PASSARELLI G., *Diritto*

## Abstract

Il saggio analizza la nuova disciplina dei licenziamenti introdotta dalla legge 92/2012 con riferimento al licenziamento economico; l'autore ritiene, peraltro, che la riforma dell'apparato sanzionatorio determini una surrettizia modifica delle causali del licenziamento individuale.

L'articolo esamina poi il ruolo del giudice ed i margini di discrezionalità dell'intervento giudiziale, particolarmente con riferimento all'opzione tra reintegrazione e indennità risarcitoria.

Nella seconda parte il saggio si concentra sul tema del *repêchage*, indagandone fondamento e relazione con la fattispecie del giustificato motivo oggettivo, su profili di carattere procedurale e sulle conseguenze della riforma in tema di prescrizione dei crediti del lavoratore.

The essay analyzes the new discipline for dismissals provided for by law 92/2012 with reference to economic dismissal. The author believes, however, that the reform of the sanctions determines a surreptitious change of the reasons for individual dismissal.

The article then examines the role of the judge and the margins of discretion for judicial intervention, with particular reference to the option between reinstatement and compensation for damages.

In the second part, the essay focuses on the issue of *repêchage*, investigating on its foundation and relationship with the case of objective justification, on profiles of procedural nature and on the consequences of the reform on the prescription of worker's claims.

## Key words

Licenziamento, causali, reintegrazione, indennità, *repêchage*, prescrizione.

Dismissal, reasons, reinstatement, compensation, *repêchage*, prescription.





## Claudia Murena

### Lavoro domestico e contributo di licenziamento

**Sommario:** **1.** Un breve riepilogo dei fatti. **2.** Il sistema di finanziamento dell'ASpI ed il contributo di licenziamento. **3.** Il lavoro domestico: alcuni dati. **4.** La complessità del lavoro domestico nella legge... **5.** *Segue:* ...e nel CCNL. **6.** Lavoro domestico e contributo di licenziamento: coerenza di un ordine ... e di un contrordine.

#### I. *Un breve riepilogo dei fatti*

Alla fine del gennaio dello scorso anno l'Assindatcolf – associazione sindacale dei datori di lavoro domestico – rilevava con scalpore come la riforma Fornero non avesse escluso questi ultimi dalla platea dei destinatari del c.d. “contributo di licenziamento”: una somma da versare alle casse dell'ASpI – l'ormai nota assicurazione sociale per l'impiego introdotta dalla l. 28 giugno 2012 n. 92 – in tutti i casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, fatte salve alcune eccezioni di cui si dirà a breve.

Tale previsione veniva considerata dal sindacato “una limitazione alla libertà del datore di lavoro di risolvere il rapporto in qualsiasi momento e un onere economico eccessivo”<sup>1</sup>.

Meno di due settimane più tardi, una circolare dell'Inps, la n. 25 dell'8 febbraio 2013, precisava, in relazione a tale contributo, come lo stesso non fosse applicabile “al rapporto di lavoro domestico, *attese le peculiarità di quest'ultimo*”<sup>2</sup>.

Tali precisazioni suonavano più che altro come un tentativo di sedare una protesta che si sarebbe potuta rivelare alquanto nociva in piena campagna

<sup>1</sup> Cfr. [www.corriere.it](http://www.corriere.it), articolo del 26 gennaio 2013.

<sup>2</sup> Il corsivo è mio.

elettorale<sup>3</sup>; tuttavia, resta da interrogarsi sulla loro coerenza rispetto al dettato normativo: se, infatti, indubbie sono le “peculiarità” del lavoro domestico – e lo si vedrà nei paragrafi ad esso dedicati – l’intervento in questione impone di riflettere quantomeno su due punti: a) la valenza dello strumento adoperato per puntualizzare l’intervento legislativo, ovvero una *circolare interpretativa*; b) la possibilità di una soluzione meno *tranchant* per il caso di specie, che alla totale esclusione del lavoro domestico dall’onere contributivo sostituisse una sua ragionevole graduazione sulla base di parametri tratti dalla regolamentazione di tale rapporto, principalmente contrattuale.

## 2. Il sistema di finanziamento dell’ASpI ed il contributo di licenziamento

Procedendo con ordine, è necessario innanzitutto riepilogare brevemente i meccanismi che regolano il finanziamento della nuova assicurazione sociale<sup>4</sup>, a cui sono dedicati ben 13 commi dell’art. 2 della legge 92/12<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Come si ricorderà, il 24 e 25 febbraio 2013, a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere del 22 dicembre 2012, si votava per il rinnovo dei due rami del Parlamento.

<sup>4</sup> Sull’ASpI e la mini ASpI cfr., *ex plurimis*, BOZZAO, *L’assicurazione sociale per l’impiego (ASpI)*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 427 ss.; CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro. A proposito degli artt. 2-4 della legge n. 92/2012*, in RDSS, 2012, p. 227 ss.; FAIOLI, *L’obbligazione contributiva*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 572 ss.; FRAIOLI, POZZAGLIA, *Le tutele contro la disoccupazione*, in VALLEBONA (a cura di), *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 97 ss.; GAROFALO, *Il sistema pubblico di tutela della disoccupazione*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 437 ss.; ID., *Gli ammortizzatori sociali per la Riforma Fornero*, in LG, 2012, p. 1003 ss.; GIUBBONI, *La mini Aspi*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 446 ss.; LISO, *Il “nuovo” trattamento di disoccupazione*, in RDSS, 2013, p. 1 ss., il quale parla, in un raffronto tra la nuova ASpI e la vecchia assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione, di un’“operazione di maquillage” (p. 13). V. altresì i contributi di ALAIMO, *Servizi per l’impiego e disoccupazione nel “welfare attivo” e nei “mercati del lavoro transizionali”*. Note sulla riforma dei servizi all’occupazione e delle politiche attive nella legge 28 giugno 2012, n. 92, in RDSS, 2012, p. 555 ss.; DI STASI, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Giappichelli, 2013; GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in DLRI, 2012, p. 573 ss.; PASCUCCI, *Servizi per l’impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012. Una prima ricognizione delle novità*, in RDSS, 2012, p. 454 ss.; RENGA, *La ‘riforma’ degli ammortizzatori sociali*, in LD, 2012, p. 621 ss.; SPATTINI, TIRABOSCHI, TSCHÖLL, *Il nuovo sistema di ammortizzatori sociali*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, p. 341 ss., nonché, in particolare, le Circolari Inps n. 140 del 14 dicembre 2012; n. 142 del 18 dicembre 2012, e n. 44 del 22 marzo 2013.

<sup>5</sup> Co. 25-37. Sul finanziamento dell’ASpI v. sp. GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali*, cit.,

L'ASpI e la mini ASpI si inseriscono infatti in un sistema alimentato da un contributo ordinario<sup>6</sup>, nonché da eventuali maggiorazioni.

Destinatari dell'obbligazione contributiva sono i datori di lavoro privati – per tutti i lavoratori dipendenti (ivi inclusi gli apprendisti e i soci di cooperativa con contratto di lavoro subordinato)<sup>7</sup> – nonché le P.A. per i contratti di lavoro a tempo determinato.

Il contributo ordinario, stando alla lettera dei commi 25 e 27 dell'art. 2 della l. 92/12, è pari all'1,61% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali – risultato che si ottiene aggiungendo all'1,31%<sup>8</sup> lo 0,30% previsto dall'art. 25 della l. 21 dicembre 1978 n. 845 (fondi inter-professionali)<sup>9</sup> – senza dimenticare le eventuali riduzioni e misure compensative previste per le piccole e medie imprese e per i lavoratori soci di cooperativa<sup>10</sup>.

Relativamente, invece, al contributo addizionale, secondo quanto previsto dall'art. 2, co. 28, l. 92/12, i datori di lavoro sono tenuti innanzitutto a versare alle casse della nuova assicurazione una percentuale pari all'1,40% della retribuzione imponibile per tutti i rapporti di lavoro a tempo determinato in essere al 1° gennaio 2013<sup>11</sup>, seppur con la previsione di: a) un'esen-

p. 182 ss.; ID., *Il sistema pubblico*, cit., p. 528 ss.; BONARDI, *La riforma degli ammortizzatori sociali*, in FEZZI, SCARPELLI (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it), p. 134 ss.; FAIOLI, *op. cit.* Cfr. altresì la circ. Inps n. 140/12, punti 2 ss.

<sup>6</sup> V. art. 2, co. 25-27, e co. 36 l. 92/12.

<sup>7</sup> Art. 2, co. 2, l. 92/12. Si ricorda che, in virtù del combinato disposto dei co. 2 e 69, lett. c), dell'art. 2 l. 92/12, anche il personale artistico con rapporto di lavoro subordinato rientra tra i destinatari della nuova prestazione (cfr. Circ. Inps n. 142/12, punto 2.1).

<sup>8</sup> Che, a sua volta, si ottiene sommando all'1,30% di cui all'art. 12, comma 6, l. 3 giugno 1975 n. 160, lo 0,01% di cui all'art. 28, co. 1, della stessa legge: cfr. art. 2, co. 25, l. 92/12.

<sup>9</sup> Cfr. art. 2, co. 27, l. 92/12. Per i lavoratori somministrati, il contributo ordinario non comprende lo 0,30% di cui alla l. 845/78, art. 25 (cfr. circ. Inps n. 44/13, punto 5). Si ricorda che la l. 92/12, con riguardo all'estensione dell'ASpI ai lavoratori non inclusi nel campo di applicazione della precedente assicurazione contro la disoccupazione, ha previsto un allineamento graduale del contributo ASpI all'aliquota ordinaria dell'1,61% per il periodo 2013-2017, previa adozione annuale di un apposito decreto ministeriale: in attuazione del co. 27 dell'art. 2 della legge in questione, per il 2013 è stato emanato il decreto n. 71253 del 25 gennaio 2013, per il cui ambito di applicazione cfr. circ. Inps n. 144 dell'8 ottobre 2013.

<sup>10</sup> Cfr. art. 2, co. 26 e 27, l. 92/12, nonché la circ. Inps n. 140/12, punto 3.1.

<sup>11</sup> E non solo, quindi, per i contratti a termine stipulati successivamente a tale data. Tale contributo deve essere versato anche per i lavoratori somministrati con contratto di lavoro a tempo determinato, fatta eccezione per i lavoratori assunti in sostituzione di lavoratori assenti e per quelli assunti per attività stagionali (cfr. Min. Lav., Interpello n. 15 del 17 aprile 2013), tuttavia con la pre-

zione totale per i contratti riguardanti lavoratori assunti in sostituzione di lavoratori assenti, stagionali<sup>12</sup>, apprendisti e dipendenti delle pubbliche amministrazioni (co. 29); *b*) una restituzione del contributo “nei limiti delle ultime sei mensilità ... successivamente al decorso del periodo di prova<sup>13</sup> ... in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato” (co. 30), dunque, in un’ottica di favore verso la stabilizzazione del rapporto a tempo determinato<sup>14</sup>.

Ancora – ed è questo il punto che qui interessa maggiormente – la legge prevede il pagamento di un “contributo di licenziamento”<sup>15</sup> – ovvero una somma pari al 41% del trattamento ASPI<sup>16</sup>, da versare in un’unica soluzione<sup>17</sup> – in tutti i casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato – fatte salve le eccezioni di cui si dirà – per ogni 12 mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni<sup>18</sup>.

visione, altresì, di una riduzione, per le agenzie di somministrazione – *ex art. 2, co. 39, l. 92/12* – a partire dal 2014, dell’1,4% dell’aliquota contributiva che esse sono tenute a versare ai sensi dell’art. 12, co. 1, d.lgs. 276/03; il contributo addizionale non è invece dovuto per le assunzioni a tempo determinato di lavoratori in mobilità, *ex art. 8, co. 2, l. 223/91* (cfr. circ. Inps n. 44/13, punto 5).

<sup>12</sup> Per la criticità della nozione di “lavoratore stagionale” cfr. FAIOLI, *op. cit.*, pp. 576-577.

<sup>13</sup> GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali*, cit., ritiene “improvvido” condizionare la restituzione del contributo al “decorso del periodo di prova”, “considerato che nel caso di trasformazione, e cioè, nel caso di prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto sorto a termine, non può esservi periodo di prova, in quanto è l’originario rapporto che prosegue alla scadenza o prima che scada il termine.” (p. 183). V. altresì ID., *Il sistema pubblico*, cit., p. 531.

<sup>14</sup> In seguito alle modifiche apportate dall’art. 1, co. 135, l. 147/13, all’art. 2, co. 30, l. 92/12, è stato previsto il recupero *integrale* di tale maggiorazione contributiva per le trasformazioni di rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti a tempo indeterminato a partire dal 1° gennaio 2014. Si ricorda che la decurtazione contributiva opera anche nel caso di assunzione del lavoratore a tempo indeterminato entro sei mesi dalla cessazione del precedente contratto a termine; in tale ipotesi, opera la riduzione prevista dal co. 30, art. 2, l. 92/12 (cfr. circ. Inps n. 15 del 29 gennaio 2014, punto 2.1, e circ. Inps n. 140/12, punto 4.2).

<sup>15</sup> Art. 2, co. 31-35. V. circ. Inps n. 44/13.

<sup>16</sup> La retribuzione da prendere come riferimento per il 2014, *ex art. 2, co. 7, l. 92/12*, è pari a 1.192,98 euro (cfr. circ. Inps n. 12 del 29 gennaio 2014, punto 5). E, dunque, a far data dal 1° gennaio 2014 tale contributo è pari a 489,12 euro per ogni anno di anzianità aziendale del lavoratore licenziato e 40,76 per ogni mese, fino ad un massimo di 1467,36 euro. Precedentemente alla modifica apportata al comma 31 dell’art. 2 l. 92/12 dalla l. 24 dicembre 2012 n. 228, art. 1, co. 250, lett. *f*), l’originaria previsione obbligava il datore di lavoro a versare una somma pari al 50% del massimale mensile dell’ASPI.

<sup>17</sup> Entro e non oltre il termine di versamento della denuncia successiva a quella del mese in cui si verifica la risoluzione del rapporto di lavoro (sempre a far data dal 1° gennaio dello scorso anno).

<sup>18</sup> V. art. 2, co. 31 e 32, l. 92/12. La circ. Inps n. 44/13 precisa che “per i rapporti di lavoro

Nel computo dell'anzianità aziendale, secondo quanto chiarito dalla circ. Inps n. 44/13 (punto 2), se, da un lato, si deve tener conto di tutti i periodi di lavoro a tempo indeterminato, quelli a tempo determinato rilevano se il rapporto è stato trasformato senza soluzione di continuità o se comunque si è dato luogo alla restituzione del contributo addizionale dell'1,40%. Non si tiene conto, invece, dei periodi di congedo di cui all'articolo 42, co. 5, d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151<sup>19</sup>.

Si tratta di un importo che va ad incrementare le casse dell'ASpI anche nell'ipotesi in cui un rapporto di lavoro termini con un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, da versare in tutti i casi in cui la cessazione del rapporto genera in capo al lavoratore il teorico diritto all'indennità, a prescindere dall'effettiva percezione della stessa (cfr. art. 2, co. 31, l. 92/12 – come sostituito dalla l. 24 dicembre 2012 n. 228 – e msg. Inps n. 10358/13, punto 1).

Tale contributo si applica anche al contratto di apprendistato (art. 2, co. 32, l. 92/12) in caso di interruzione del rapporto per cause diverse dalle dimissioni o dal recesso dell'apprendista, ivi inclusa l'ipotesi di recesso del datore al termine della formazione di cui all'art. 2, co. 1, lett. m), d.lgs. 14 settembre 2011 n. 167.

Restano escluse da tale obbligo contributivo le ipotesi di dimissioni – fatte salve quelle rassegnate per giusta causa o durante il periodo protetto di maternità<sup>20</sup> – e di risoluzione consensuale del rapporto, a meno che quest'ultima non sia intervenuta nell'ambito di una conciliazione presso la DTL<sup>21</sup>, o a seguito di un trasferimento del dipendente ad una sede distante

inferiori ai dodici mesi, il contributo va rideterminato in proporzione al numero dei mesi di durata del rapporto di lavoro; a tal fine, si considera mese intero quello in cui la prestazione lavorativa si sia protratta per almeno 15 giorni di calendario” (punto 2). Precisioni sul computo dell'anzianità aziendale sono contenute nel msg. Inps del 27 giugno 2013, n. 10358.

<sup>19</sup> Si tratta dei periodi di congedo fruibili in caso di *handicap*, o patologie invalidanti, di particolare gravità accertata, da cui sia affetto un membro del nucleo familiare.

<sup>20</sup> Equiparabili, secondo quanto già affermato da C. Cost. 24 giugno 2002 n. 269, al licenziamento: “l'atto di dimissioni, ancorché proveniente dal lavoratore, sarebbe comunque da ascrivere al comportamento di un altro soggetto ed il conseguente stato di disoccupazione non potrebbe che ritenersi, ai sensi dell'art. 38 della Costituzione, involontario”. Cfr. BONARDI, *op. cit.*, p. 131; CINELLI, *Gli ammortizzatori sociali*, *cit.*, p. 243; ID., *Il welfare tra risparmio e razionalizzazione. Gli interventi di riforma 2011-2012 su pensioni e ammortizzatori sociali*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 405 (in nota); BOZZAO, *op. cit.*, p. 432; GAROFALO, *Il sistema pubblico*, *cit.*, p. 467, oltre alla circ. Inps n. 44/13.

<sup>21</sup> Come è stato evidenziato, “La norma introduce così chiaramente una importante di-

oltre 50 Km dalla residenza del medesimo e/o raggiungibile in 80 minuti o più, mediamente, con i mezzi pubblici<sup>22</sup>.

Sono altresì esonerati dall'onere contributivo (almeno fino al 31 dicembre 2016) i datori di lavoro tenuti al versamento del contributo d'ingresso nelle procedure di mobilità *ex art. 5, co. 4, della legge n. 223/91*<sup>23</sup>.

Un'ulteriore esenzione opera poi, ai sensi dell'art. 34, co. 54, lett. b), l. 17 dicembre 2012 n. 221, nelle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro a seguito di accordi sindacali intervenuti nell'ambito delle procedure di cui agli artt. 4 e 24 della legge 223/91, ovvero a seguito di accordi con l'associazione sindacale stipulante il contratto di categoria finalizzati a risolvere il rapporto con personale dirigenziale. Si tratta, tuttavia, di esenzioni circoscritte alle situazioni che rientrano nel quadro dei provvedimenti di "tutela dei lavoratori anziani", nell'ambito della procedura di cui all'articolo 4, co. 1-7 *ter*, della legge 92/12.

Ancora, esulano da tale obbligo contributivo – ma solo per il periodo 2013-2015: a) i licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 2, co. 34), e

b) le interruzioni di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore edile per completamento delle attività e chiusura del cantiere (*ivi*).

### 3. *Il lavoro domestico: alcuni dati*

Passando all'esame del lavoro domestico<sup>24</sup>, ben si può intuire come mai

suguglianza, sia nei confronti dei lavoratori che hanno risolto il rapporto per mutuo consenso senza esperire tale procedura, sia nei casi di risoluzione determinata da giustificato motivo oggettivo ma al di fuori dell'ambito di applicazione della procedura dell'art. 7, come avviene in tutti i casi in cui il datore di lavoro non ha i requisiti dimensionali stabiliti per l'esperimento della procedura" (BONARDI, *op. cit.*, p. 131).

<sup>22</sup> Cfr. circ. Inps n. 44/13, punto 1, e n. 142/12, punto 2.2, lett. b).

<sup>23</sup> V. art. 2, co. 33, l. 92/12, nonché circ. Inps n. 140/12, punto 5. Si ricorda che, a partire dal 1° gennaio 2017, il contributo sarà invece triplicato nei casi di licenziamenti collettivi non preceduti da accordo sindacale (art. 2, co. 35).

<sup>24</sup> Da non confondere con il lavoro c.d. "alla pari" di cui alla l. 18 maggio 1973 n. 304,

il legislatore non avesse sin da subito pensato di escludere tale rapporto dall'ambito del contributo di licenziamento: si tratta infatti di un "fenomeno" di incredibile portata, in continua espansione. "Figura sempre più centrale del tessuto sociale del nostro Paese, spina dorsale del *welfare* 'fai da te' e sostegno indispensabile per una popolazione che invecchia, ma anche componente sempre più integrata del nucleo familiare, il collaboratore domestico costituisce ormai una presenza stabile in moltissime case italiane": è quanto si legge in un comunicato stampa del Censis del 13 luglio 2010<sup>25</sup>.

Un recente rapporto dell'OIL sul lavoro domestico<sup>26</sup>, che ha raccolto una serie di dati in 117 Paesi – sino al 2010, prevalentemente – mostra come il periodo intercorrente tra la metà degli anni '90 ed il 2010 abbia visto un incremento sbalorditivo dei lavoratori domestici nel mondo: 52,6 milioni (di cui molti migranti) contro i 33,2 del 1995, cioè ben 19 milioni in più in 18 anni<sup>27</sup>, di cui l'83% costituito da donne. Sebbene, a livello mondiale, il lavoro domestico costituisca ben il 3,5% del lavoro femminile, in alcune regioni il livello è considerevolmente superiore: 1 donna su 5 nel Medio Oriente, 1 su 6 in America Latina e Caraibi.

Questo *trend* ben si rispecchia nella situazione italiana: i dati forniti dal Censis in un recente studio, del 2013<sup>28</sup>, condotto su un campione di 1500 collaboratori domestici sull'intero territorio nazionale, mostrano come in poco più di dieci anni (dal 2001 ad oggi), il numero di collaboratori domestici, nella molteplicità di profili che tale categoria racchiude, abbia subito un incremento del 53%, raggiungendo 1.655.000 unità. In media, l'anzianità lavorativa dei collaboratori familiari è di 8 anni, con inizio dell'attività lavorativa all'età di 33,7 anni.

che "consiste nell'accoglimento temporaneo in seno a famiglie, come contropartita di alcune prestazioni, di giovani stranieri venuti allo scopo di perfezionare le loro conoscenze linguistiche ed, eventualmente, professionali e di arricchire la loro cultura generale con una migliore conoscenza del Paese di soggiorno" (art. 2).

<sup>25</sup> *Sommerso e con poche tutele: il lato oscuro del lavoro domestico*, in [www.censis.it](http://www.censis.it).

<sup>26</sup> International Labour Office, *Domestic Workers Across the World: Global and regional statistics and the extent of legal protection*, Geneva, 2013, scaricabile, in inglese, dal sito [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>27</sup> Si ritiene, peraltro, che tale cifra sottostimi il numero reale dei lavoratori domestici, poiché non tiene conto né del lavoro sommerso, né dei lavoratori al di sotto dei 15 anni, che ammonterebbero a ben 7,4 milioni. V. [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

<sup>28</sup> Di cui si riportano di seguito una serie di dati riguardanti la situazione nazionale, presentati in occasione del convegno del 28 novembre 2013, tenuto a Roma, su *Il lavoro domestico. Una realtà sociale ed economica*. Cfr. [http://www.assindatcolf.it/public/docs/CS\\_CONVEGNO\\_AS-SINDATCOLF\\_28\\_11\\_2013\\_PM.pdf](http://www.assindatcolf.it/public/docs/CS_CONVEGNO_AS-SINDATCOLF_28_11_2013_PM.pdf).

L'83,4% si occupa della gestione della casa; il 54,8% di "assistenza semplice" alla persona, mentre il 29,4% di "assistenza di base" a persone non autosufficienti (il 15,3% si occupa invece di assistenza più specialistica) e il 18,3% accudisce i bambini. In ogni caso, la maggior parte dei collaboratori presta assistenza ad almeno una persona adulta bisognosa di cure (60,2%), soprattutto ultra settantacinquenni.

Le donne si confermano protagoniste del lavoro domestico (82,4%), e sono ricomprese in una fascia di età media che va dai 36 ai 50 anni (56,8%); si evidenzia poi una prevalenza di collaboratori stranieri<sup>29</sup> (77,3% del totale), con una concentrazione più elevata al Nord (81,4%) e al Centro (81,7), mentre al Sud la presenza di italiani è pari al 35,7%.

Il coinvolgimento di stranieri aumenta per le attività di assistenza alla persona, registrando un 68,1% rispetto al 33,3% degli italiani. Di questi, gran parte proviene dai Paesi dell'Europa dell'Est (55,4%, nel complesso) – in particolare dalla Romania ed Ucraina – oltre che dalle Filippine (7,8%).

Con riguardo alla *diffusione territoriale* del lavoro domestico, uno studio elaborato dalla Fondazione veneta Leone Moressa<sup>30</sup>, basato su un'analisi dei dati Inps al 2011, pone in evidenza come oltre un terzo dei collaboratori domestici presenti sul territorio nazionale sia distribuito tra la Lombardia ed il Lazio, rispettivamente il 20,2% e il 17,2%, con un'incidenza maggiore di stranieri nel Lazio; Roma, Milano e Torino risultano le prime tre province per numero di lavoratori domestici: la prima, con oltre 109 mila iscritti all'Inps, accoglie il 15,5%<sup>31</sup> dei lavoratori domestici italiani, seguita da Milano (11,7%) e Torino (4,8%).

<sup>29</sup> Sul lavoro domestico degli stranieri v., *ex multis*, ANDALL, SARTI (a cura di), *Servizio domestico, migrazioni e identità di genere in Italia dall'Ottocento a oggi*, fascicolo monografico di Polis, 2004, n. 1; CATANZARO, COLOMBO (a cura di), *Badanti & Co. Il lavoro domestico straniero in Italia*, il Mulino, 2009; DE FELICE AN., MARTUCCI, *Lavoro domestico e immigrazione nel Mezzogiorno d'Italia tra complementarità e competitività*, in ISE, 2007, p. 53 ss.; MILIANTI, *Del lavoro domestico. Commento agli artt. 2240-2246 c.c.*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro* (fondato da Grandi, Pera), Cedam, 2013, pp. 644-645; TALINI, MASI, *Il contratto di lavoro domestico. Lavoratori comunitari ed extracomunitari*, Epc Editoria professionale, 1995; SARTI, *Who are the servants? Defining domestic service in Western Europe (16<sup>th</sup> – 21<sup>th</sup> Centuries)*, in PASLEAU, SCHOPP (a cura di), *Proceedings of the Servant Project*, Éditions de l'Université de Liège, 2005, p. 3 ss.; EAD., *Conclusion. Domestic Service and European Identity*, *ivi*, p. 195 ss.; EAD., *Lavoro domestico e di cura: quali diritti?*, Ediesse, 2010, p. 75 ss.

<sup>30</sup> V. il comunicato stampa dell'11 gennaio 2013, in [www.fondazioneleonemoressa.org](http://www.fondazioneleonemoressa.org).

<sup>31</sup> 16% nel rapporto Censis del 2013, cit.



Non incoraggianti sono i dati sul lavoro irregolare, con grandi disparità tra Nord e Sud<sup>32</sup>: mentre nell'area settentrionale del Paese il 47,3% delle famiglie è del tutto in regola, ciò non si può dire per il Centro e per il Sud, dove la percentuale di rapporti di lavoro completamente regolari arriva rispettivamente al 23,3% ed al 23,7%, con una elevata presenza di lavoro sommerso soprattutto nel Meridione, dove si registra il 53,9% di casi di totale omissione del versamento dei contributi, che scende al 33,9% al Centro, dove, tuttavia, si registra un 35,6% di casi di versamento contributivo solo parziale. Sono le lavoratrici italiane a vedersela peggio, rispetto alle straniere, con una percentuale del 53,1% di lavoro del tutto *irregolare* contro il 20,2% di queste ultime, mentre la totale *regolarità* si registra nel 26,4% dei casi, contro il 36,9% delle straniere.

Sempre con riguardo ai dati contributivi, se si pensa che già nel 2010 risultavano oltre 871 mila lavoratori domestici regolarmente iscritti all'Inps, di cui circa 710 mila contribuenti stranieri – per un ammontare di circa 700 milioni di euro versati nelle casse della previdenza italiana<sup>33</sup> – ben si intuisce la portata di un intervento legislativo che, in un modo o nell'altro, con tali cifre deve confrontarsi.

#### 4. *La complessità del lavoro domestico nella legge...*

Nella Convenzione OIL n. 189 del 16 giugno 2011<sup>34</sup> il “lavoratore domestico” viene definito come “ogni persona che svolge un lavoro domestico nel quadro di una relazione di lavoro”<sup>35</sup>, con la precisazione che l'espressione “lavoro domestico” sta ad indicare “il lavoro svolto in o per una o più famiglie”<sup>36</sup>.

La nostra legge fondamentale in materia, la n. 339 del 2 aprile 1958, nel delimitare il proprio ambito di applicazione ai rapporti di lavoro concernenti “gli addetti ai servizi domestici che prestano la loro opera, continuativa e

<sup>32</sup> Cfr. nuovamente lo studio del Censis da ultimo citato.

<sup>33</sup> Cfr. il comunicato stampa della Fondazione Leone Moressa del 27 gennaio 2012.

<sup>34</sup> In [www.ilo.org](http://www.ilo.org). L'Italia, si ricorda, è stato il primo Paese europeo a ratificare la Convenzione, entrata in vigore il 5 settembre 2013, ed il settimo al mondo dopo Uruguay, Filippine, Mauritius, Nicaragua, Bolivia e Paraguay.

<sup>35</sup> Art. 1, co. 1, lett. b).

<sup>36</sup> Art. 1, co. 1, lett. a).

prevalente, di almeno 4 ore giornaliere presso lo stesso datore di lavoro, con retribuzione in denaro o in natura” (art. 1), fornisce anche una definizione di “addetti ai servizi domestici”, qualificati come “i lavoratori di ambo i sessi che prestano a qualsiasi titolo la loro opera per il funzionamento della vita familiare, sia che si tratti di personale con qualifica specifica, sia che si tratti di personale adibito a mansioni generiche”<sup>37</sup>.

Prima di tale legge, solo le specifiche norme del codice civile in materia (artt. 2240-2246 c.c.), unitamente agli artt. 36-38 e 40 Cost., hanno rappresentato la base regolativa di tale istituto<sup>38</sup>.

La genericità del dettato codicistico, che si limita a definire il rapporto di lavoro domestico come quello avente ad oggetto “la prestazione di servizi di carattere domestico”, non poteva non essere oggetto di integrazioni, sia a livello legislativo e contrattuale che, naturalmente, giurisprudenziale. Esaminando il dettato della l. 339/58, due sono i requisiti fondamentali della fatti-

<sup>37</sup> V., sull'argomento, *ex multis*, BASENGHI, *La legge 339/1958: continuità e innovazioni*, in SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura*, cit., pp. 207-222; ID., *Il lavoro domestico. Artt. 2240-2246*, in *Comm. Schlesinger*, 2000; BIANCHI D'URSO, voce *Lavoro domestico*, in *EGT*, 1990, XVIII; CARO, *Sul metodo di qualificazione del lavoro domestico*, in *RIDL*, 1995, II, p. 514; D'AMARIO, voce *Domestici*, in *EGI*, Vallardi, 1922, IV, p. 513 ss.; DE MARCO, *Il lavoro domestico*, in CENDON (a cura di), *Lavoro: Il lavoratore*, Utet, 2009, p. 657 ss.; FRANCO, *Lavoro domestico*, in CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: cotituzione e svolgimento*, vol. II, *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da CARINCI F., Utet, 1998, p. 188 ss.; LICARI, *Colf e badanti 2011*, Ipsoa, 2011; LORUSSO, *Disciplina giuridica del lavoro domestico*, Cappelli, 1975; MC BRITTON, voce *Lavoro domestico*, in *DDPCom*, 1992, VIII, p. 225 ss.; MILIANTI, *op. cit.*, p. 642 ss.; OFFEDDU, *Il lavoro domestico*, in *Ti. Rescigno*, 1986, p. 655 ss.; PASSANITI, *La cittadinanza sommersa. Il lavoro domestico tra Otto e Novecento*, in *QF*, 2008, p. 233 ss.; PELLETTIERI, voce *Lavoratori addetti ai servizi domestici (Rapporto di lavoro e sicurezza sociale)*, in *NDI (App. IV)*, 1983, p. 571 ss.; PERSIANI, *Il lavoro domestico*, in *RLav*, 1961, p. 632 ss.; ID., voce *Domestici (Lavoro domestico)*, in *ED*, 1964, XII, p. 826 ss.; RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro domestico*, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1956, p. 61; SARTI (a cura di), *Lavoro domestico e di cura*, cit.; TOFFOLETTO, *Lavoro domestico, irregolarità dell'orario e subordinazione*, in *RIDL*, 1987, II, p. 86 ss.

<sup>38</sup> Fatto salvo un generico rinvio, contenuto nell'art. 2240 c.c., alle convenzioni e agli usi, “in quanto più favorevoli al prestatore di lavoro”, nonché la previsione di cui all'art. 2239, che prevede l'applicazione, per i rapporti “non ... inerenti all'esercizio di un'impresa”, degli artt. 2094-2134 c.c., ove compatibili con la specialità del rapporto stesso (tuttavia, l'applicabilità del rinvio di cui all'art. 2239 c.c. ai rapporti di lavoro domestico, per quanto ormai pacifica, non è scontata: cfr., in dottrina, tra gli altri, MC BRITTON, *op. cit.*, p. 266; BASENGHI, *Il lavoro domestico*, cit., p. 24 ss. In giurisprudenza, tra le altre, C. Cost. 1 luglio 1969 n. 135; Cass. 29 agosto 1980 n. 4980, in *GC*, 1981, p. 98 ss. V. altresì quanto affermato, in via incidentale, da C. Cost. 15 marzo 1994 n. 86; 15 gennaio 1976 n. 9; 13 febbraio 1974 n. 27, sulla specialità del rapporto e sulla disciplina applicabile al lavoro domestico).

specie che emergono: il primo, cd. “funzionale”<sup>39</sup>, assume una connotazione che potremmo definire “teleologica-modale”, concernendo la “finalità” e le modalità temporali di svolgimento della prestazione. Essa deve essere infatti innanzitutto orientata al “funzionamento della vita familiare”<sup>40</sup>; per tale motivo, la giurisprudenza ha escluso potersi ravvisare una fattispecie di lavoro domestico nelle ipotesi in cui la prestazione sia correlata all’attività professionale o istituzionale del datore di lavoro, come ad esempio nel caso dell’attività espletata da un precettore nell’ambito di una comunità alloggio per minori sottoposti a provvedimenti dell’autorità giudiziaria<sup>41</sup>. In secondo luogo, deve trattarsi – come è in generale per il lavoro subordinato – di attività connotata, nel suo svolgimento, da una certa “continuità”, non potendo includere tra i rapporti di lavoro domestico quelli caratterizzati da prestazioni saltuarie<sup>42</sup>. Non solo: come si evince dallo stesso testo normativo, i rapporti nei quali le prestazioni siano inferiori alle 4 ore giornaliere esulano dall’ambito di applicazione della l. 339/58, restando disciplinati dalle altre disposizioni che regolano la materia<sup>43</sup>, con conseguenze alquanto rilevanti; basti pensare alle differenze che intercorrono tra le due categorie in tema di trattamento retributivo minimo inderogabile<sup>44</sup> e di riposo<sup>45</sup>. Ancora, la l. 11 mag-

<sup>39</sup> LAMBERTUCCI, *Lavoro domestico*, in ID. (a cura di), *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2010, p. 344.

<sup>40</sup> Cfr. art. 2240 c.c.; l. 339/58, art. 1; d.p.r. 31 dicembre 1971 n. 1403, art. 1, co. 2. Cfr. altresì Cass. 5 marzo 2012 n. 3418; 14 dicembre 2005 n. 27578; 1 aprile 2005 n. 6824, tutte in *Dejure*. Trib. Cassino 1 febbraio 2008 (in DE MARCO, *op. cit.*, pp. 657-658), ha confermato che “ai sensi degli articoli 2240 e seguenti c.c. e dell’art. 1 della legge 02.04.1958 n. 339, nel rapporto di lavoro domestico l’oggetto della prestazione, anche nel caso di addetti non specificamente qualificati e chiamati a rendere mansioni generiche, consiste nelle attività rese in regime di subordinazione e finalizzate al funzionamento della vita familiare, per tale intendendosi tutti quei compiti che attengono alle esigenze di vita familiare, cura della casa e della persona”.

<sup>41</sup> Cass. n. 27578/05, *cit.*

<sup>42</sup> Cfr. Cass. 7 dicembre 1977 n. 5322, in *Rep. FI*, voce *Lavoro (Rapporto di)*, 1977, c. 1615, n. 273; Trib. Reggio Calabria 28 aprile 2009, in *Dejure*.

<sup>43</sup> L’art. 21 della l. 339/58 dispone infatti che “Per tutto quanto non espressamente previsto dalla presente legge restano in vigore le disposizioni riguardanti, rispettivamente, i rapporti di impiego e di lavoro domestico”. Solo nel 1971, il d.p.r. n. 1403 estendeva a *tutti* i lavoratori domestici il diritto agli assegni familiari e le prestazioni delle assicurazioni contro la disoccupazione involontaria, la Tbc e gli infortuni sul lavoro, a prescindere dal requisito minimo lavorativo delle 4 ore giornaliere (art. 1).

<sup>44</sup> Per cui v. C. Cost. 23 dicembre 1987 n. 585, nonché Cass. 10 febbraio 1989 n. 834, in *IP*, 1989, p. 932, e 23 ottobre 1985 n. 5211, in *Mass. GC*, 1985, f. 10.

<sup>45</sup> Solo per i lavoratori la cui attività superi le 4 ore settimanali, infatti, la scarna disciplina del codice civile (art. 2243) è integrata dalle previsioni della l. 339/58 (art. 7 ss.).

gio 1990 n. 108, nel circoscrivere l' "area di non applicazione" (v. art. 4), tra l'altro, ai "rapporti disciplinati dalla l. 2-4-1958, n. 339", escluderebbe dai vincoli previsti per il licenziamento – se interpretata letteralmente – solo i rapporti rientranti nella medesima legge, ovvero di durata pari/superiore alle 4 ore giornaliere<sup>46</sup>.

Il secondo elemento, quello cd. "strutturale"<sup>47</sup>, definisce invece il particolare *ambito* all'interno del quale la prestazione deve essere eseguita per potersi definire "domestica": una "convivenza familiare o parafamiliare"<sup>48</sup>.

In dottrina si ricorda come: "Col r.d.l. del 15 marzo 1923 n. 692 si giunge ad una definizione, per certi versi avveniristica, del lavoratore domestico come operatore della convivenza: si considerano lavori domestici tutte le prestazioni di opera inerenti al normale funzionamento della vita interna di ogni famiglia o convivenza, come: collegio, convitto, convento, caserma, stabilimento di pena"<sup>49</sup>. Da un concetto allargato di convivenza, adottato dalla legge del '23, "non certo per favorire i domestici"<sup>50</sup>, si passa, nel 1958, ad una definizione imperniata sul lavoro *nella famiglia*, da intendersi in senso ampio, ovvero con riferimento non alla "sola struttura familiare, ma ogni altra aggregazione umana qualificata dall'affettività, dall'endosatisfattività – con ciò alludendosi al fatto che la relativa formazione sia 'fine a se stessa' – dalla volontarietà, dalla stabilità e dalla esiguità dimensionale"<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Il dato normativo, tuttavia, è stato ritenuto non vincolante, in quanto frutto di una svista del legislatore: cfr. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, in EGL, 1980, V, p. 6; MC BRITTON, *op. cit.*, p. 231.

<sup>47</sup> LAMBERTUCCI, *op. cit.*, p. 344.

<sup>48</sup> BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, 1915, p. 811, affermava "... Noto che questa subordinazione è qui accresciuta e resa più sensibile anzitutto dal permanente contatto col creditore di lavoro (convivenza!)". Non è peraltro da considerarsi "domestico" il lavoro prestato dai familiari conviventi, che, salva la prova dell'esistenza di un vincolo di subordinazione e dell'onerosità, è da ritenersi svolto a titolo gratuito (cfr., *ex plurimis*, sul lavoro domestico svolto all'interno del contesto familiare, Cass., 22 novembre 2010 n. 23624, in *Mass.GC.*, 2010, p. 1492; 26 gennaio 2009 n. 1833, *ivi*, 2009, p. 113; 15 marzo 2006 n. 5632, in *D&G.*, 2006, p. 37; 6 agosto 1996 n. 7185, in *Mass.GC.*, 1996, p. 1113). Con il messaggio del 12 giugno 2007 n. 15451 l'Inps ha ricordato che "l'esistenza di vincoli di parentela o affinità tra le parti di un contratto di lavoro domestico non esclude il rapporto di lavoro ed il conseguente obbligo assicurativo, purché il rapporto di lavoro sia provato" (cfr. altresì Cass. 29 novembre 2010 n. 24130, in *Dejure*).

<sup>49</sup> PASSANITI, *op. cit.*, p. 248. La definizione è per la precisione contenuta nell'art. 3, co. 1, n. 1, del r.d. 10 settembre 1923 n. 1955.

<sup>50</sup> PASSANITI, *op. cit.*, p. 251.

<sup>51</sup> LAMBERTUCCI, *op. cit.*, p. 344. Anche il riferimento, nella l. 30 aprile 1953 n. 169, art. 35,

Tuttavia, stabilire, in concreto, quando si sia in presenza di una struttura familiare o para familiare non è sempre semplice, e le incongruenze della giurisprudenza nel tracciare una linea di confine tra lavoro domestico ed altre fattispecie appaiono evidenti: superata la concezione della “convivenza” quale elemento essenziale ai fini della configurabilità del rapporto domestico<sup>52</sup>, e identificati i requisiti di una “comunità familiare” nella “stabilità, ... continuità e ... permanenza delle persone che la costituiscono, sotto lo stesso tetto, (nell’) assenza di uno scopo di lucro, (nell’) osservanza di un principio di mutua assistenza quale si riscontra nelle famiglie che sono basate su vincoli di sangue, e (nella) presenza di una solidarietà affettuosa fra le persone aventi una tale comunanza di vitto e di alloggio”<sup>53</sup>, accade, per fare qualche esempio, che venga riconosciuta la natura di “domestico” al lavoro svolto in una comunità religiosa di piccole dimensioni<sup>54</sup>, e che venga per contro negata tale

lett. d), ai “lavori domestici e familiari”, suggerisce “l’idea di lavori relativi ad una *domus* diversa da quella familiare” (DE MATTEIS, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Giuffrè, 2011, p. 334).

<sup>52</sup> Cfr., tra gli altri, BALZARINI, *I contratti speciali di lavoro*, in BORSI, PERGOLESÌ (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, 1958, vol. II, p. 404; DE LITALA, *Il contratto di servizio domestico e il contratto di portierato*, Usila, 1933, p. 50; PERSIANI, voce *Domestici*, cit., p. 826.

<sup>53</sup> Cfr. Cass. 31 marzo 1983 n. 2354 (e 13 ottobre 1967 n. 2447, ivi richiamata) in *Dejure*. In termini simili, ma con ancor più precisione, Cass. 24 febbraio 1979 n. 1235, in *GC*, 1979, p. 784, ha affermato che “Perché sorga il rapporto di lavoro domestico è necessario che il lavoratore presti la sua opera per una convivenza di tipo familiare, caratterizzata: a) da una situazione di coabitazione in una singola unità immobiliare distinta e separata da altre analoghe unità abitative; b) dall’assenza di uno scopo di lucro; c) dall’appagamento in comune delle esigenze vitali di ordine materiale come il vitto e l’alloggio; d) dall’osservanza di una regola che si estrinseca nella solidarietà affettiva e nella mutua assistenza”.

<sup>54</sup> Assimilabile, evidentemente, ad un contesto caratterizzato da quella “stabilità” e “solidarietà affettuosa” cui si riferisce la giurisprudenza: cfr. Cass. 6 settembre 1988 n. 5049, in *RIDL*, 1989, II, p. 44. Viene invece ritenuta non equiparabile alla comunità familiare “una grande comunità quale un Seminario religioso di grandi dimensioni e con ampia organizzazione” (Trib. Roma 24 febbraio 1998, in *LG*, 1988, p. 875). L’elemento organizzativo diviene dunque elemento dirimente ai fini della qualifica dell’attività svolta dalla comunità religiosa come “imprenditoriale” o meno: Cass. 19 agosto 2011 n. 17399, in *Dejure*, precisa a tal proposito che, pur essendo possibile che una comunità religiosa svolga, accanto all’attività principale di culto e/o religiosa, anche altra attività, “meramente accessoria, ma non sporadica od occasionale, di tipo alberghiero ... il fine spirituale o comunque altruistico perseguito dall’ente religioso non pregiudica l’attribuzione del carattere dell’imprenditorialità dei servizi resi, ove la prestazione sia oggettivamente organizzata in modo che essa sia resa previo compenso adeguato al costo del servizio, dato che il requisito dello scopo di lucro assume rilievo meramente oggettivo ed è quindi collegato alle modalità dello svolgimento dell’attività (Cass. 31 marzo 2009 n. 7770; Cass. 12 ottobre 1995, n. 10636; Cass. 19 dicembre 1990, n. 12390)”.

qualificazione al lavoro svolto da un precettore<sup>55</sup> nell'ambito di una comunità alloggio per minori<sup>56</sup>, nonostante il fatto che il luogo entro cui si svolgeva l'attività del precettore costituisse una struttura assistenziale al cui ambito il r.d.l. 692/23, come ricordato dalla Suprema Corte, estendeva il concetto di lavoro domestico<sup>57</sup>.

Ancora, sebbene il d.p.r. 1403/71<sup>58</sup>, all'art. 1, co. 3, n. 5, annoveri le “prestazioni di servizi diretti e personali nei confronti dei componenti le comunità religiose o militari di tipo familiare” tra quelle oggetto dell'assicurazione sociale di cui alla medesima legge, la Suprema Corte<sup>59</sup> ha escluso la configurabilità di un rapporto di lavoro domestico nell'ipotesi di comunità militari (nella specie, una scuola di sottufficiali della Polizia di Stato), negando per essa la qualificazione di “comunità familiare”<sup>60</sup>; considerazioni simili sono

<sup>55</sup> Figura che, si ricorda, la l. 339/58 include, a titolo esemplificativo, tra i lavoratori domestici *con mansioni impiegate* (art. 5). Cfr. altresì il ccnl vigente, che, nel livello D, include la figura dell'“istitutore”.

<sup>56</sup> Cfr. Cass. n. 27578/05, *cit.* Ritiene la Corte che, essendo la prestazione, nel lavoro domestico, *finalizzata al funzionamento della vita familiare, volta a soddisfare un bisogno personale del datore di lavoro*, tale non può ritenersi l'attività svolta per il funzionamento dell'attività professionale ed istituzionale del datore di lavoro, ovvero la gestione della comunità alloggio per i minori. V. anche Cass. 8 luglio 1987 n. 5969, in *AC*, 1988, p. 37.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. n. 5049/88, *cit.* Una circolare dell'Inps di poco successiva (la n. 89 del 6 maggio 1989), dopo aver specificato che possono essere incluse tra le convivenze domestiche quelle “tra persone non legate da vincoli di sangue, che sostituiscono, sotto il profilo morale ed organizzativo, le famiglie di coloro che vi fanno parte e rispondono ai seguenti requisiti: comunità stabile, permanente e continuativa di tetto e di mensa; assenza dei fini di lucro, politico, culturale, sportivo o di svago”, ricordava come fossero da ritenersi assicurabili nel settore domestico “i lavoratori addetti al soddisfacimento dei bisogni di natura personale degli appartenenti a case-famiglia per handicappati, comunità per il recupero dei tossicodipendenti, comunità per l'assistenza gratuita a fanciulli, anziani, ragazze madri, comunità focolari, convivenze di sacerdoti anziani del clero secolare cessati dal ministero parrocchiale o dal servizio diocesano”. V. anche il msg. Inps n. 20064 del 21 ottobre 2011, in *www.inps.it*.

<sup>58</sup> Avente ad oggetto, si ricorda, la *Disciplina dell'obbligo delle assicurazioni sociali nei confronti dei lavoratori addetti ai servizi domestici e familiari, nonché dei lavoratori addetti a servizi di riassetto e di pulizia dei locali*.

<sup>59</sup> Cass. n. 2354/83, *cit.*

<sup>60</sup> Nel sito dell'Inps (*www.inps.it*) nella sezione degli *Approfondimenti* dedicata al “rapporto di lavoro dei lavoratori domestici”, le “comunità religiose (conventi, seminari) e le convivenze militari (caserme, comandi, stazioni) che hanno lavoratori addetti al servizio diretto e personale dei conviventi nonché le comunità senza fini di lucro (orfanotrofi e ricoveri per anziani il cui fine è prevalentemente assistenziale), qualunque sia il numero dei componenti” sono espressamente annoverate tra i soggetti qualificabili come datori di lavoro domestico.

state proposte con riguardo al lavoro svolto presso colleghi che perseguano fini esclusivamente didattici ed educativi<sup>61</sup>, in circoli ricreativi<sup>62</sup>, o alle dipendenze di condomini di un medesimo stabile, diviso in unità abitative autonome<sup>63</sup>.

In senso opposto, alcune pronunce non hanno escluso la configurabilità di un rapporto di lavoro domestico quando l'attività svolta – pur se non collocata in ambito strettamente domestico – “inerisca effettivamente alle esigenze personali e familiari del datore di lavoro”<sup>64</sup>, così giungendo ad includere in tale fattispecie le ipotesi più disparate: dall'attività di pulizia di una collezione di oggetti costituenti una “raccolta-museo” sita nell'abitazione del datore<sup>65</sup>, alle prestazioni effettuate in favore di un ospite di un pensionato<sup>66</sup>, sino addirittura a qualificare come “domestico” il rapporto di lavoro intercorrente tra un medico ed una dipendente dell'ambulatorio presso il quale la medesima svolgeva attività di pulizie al di fuori del normale orario di apertura dell'ambulatorio (!)<sup>67</sup>.

##### 5. Segue: ...e nel CCNL

L'art. 2068 c.c., come è noto, sottraeva espressamente il lavoro domestico alla disciplina del contratto collettivo<sup>68</sup>. Solo alla fine degli anni '60, circa

<sup>61</sup> Cass. 13 ottobre 1967 n. 2447, in *GI*, 1968, I, c. 545.

<sup>62</sup> Cfr. Cass. n. 3527/53.

<sup>63</sup> Cass. n. 1235/79, cit.

<sup>64</sup> Precisando che “laddove invece (tale attività) sia svolta in funzione di esigenze di natura diversa, così da costituire un fattore sia pure sussidiario ed integrativo di una attività professionale o più in generale speculativa, non può configurarsi un rapporto di lavoro domestico” (Cass. 7 maggio 1971 n. 1295, in *Rep. FI*, voce *Lavoro (rapporto di)*, 1971, c. 1708, n. 171).

<sup>65</sup> Cass. n. 5969/87, cit.

<sup>66</sup> Cass. n. 1295/71, cit.

<sup>67</sup> Trib. Varese 12 dicembre 1990, in *Dejure*. È stato evidenziato, in dottrina, come, nell'ipotesi in cui si abbia una prestazione svolta sia per esigenze della comunità familiare sia per esigenze professionali del datore, si deve tener conto dell'attività “prevalente” (v. BIANCHI D'URSO, *op. cit.*).

<sup>68</sup> Prima ancora, nel periodo corporativo, tale esclusione era sancita dall'art. 52 r.d. 1 luglio 1926 n. 1830. In dottrina per lungo tempo si è giustificata l'esclusione del lavoro domestico dalla contrattazione collettiva sulla base di quella “benevolenza” individuata da BARASSI, *op. cit.*, p. 812.V., *ex plurimis*, ARDAU, *Corso di diritto del lavoro*, Giuffrè, 1942, p. 113; CASANOVA, *Studi sul diritto del lavoro*, Nistri-Lischi, 1929, p. 104; GRECO, *Il contratto di lavoro*, in *Tr. Vassalli*, p. 156; RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro domestico*, in *Comm. Scialoja-Branca*, pp. 820 e 823.

venti anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione – e, quindi, dell'art. 39 – l'intervento della Corte Costituzionale abbatteva questa barriera<sup>69</sup>: con la sentenza n. 68 del 9 aprile 1969, i giudici della Consulta dichiaravano l'illegittimità costituzionale dell'art. 2068, co. 2 (per contrasto con l'art. 3 Cost.) nella parte in cui dispone che sono sottratti alla disciplina del contratto collettivo i rapporti di lavoro concernenti prestazioni di carattere domestico<sup>70</sup>. A detta dei giudici, l'esistenza di una disciplina legislativa non interferiva in alcun modo con la possibilità di riconoscere una autonomia collettiva nel settore. Anzi, il riferimento, nella legge del '58, ad “associazioni di categoria a carattere nazionale” (art. 2, co. 2) e “associazioni sindacali di categoria” (artt. 11, co. 2, e 12, co. 2), nonché, per i datori di lavoro, ad “associazioni rappresentative delle famiglie” (art. 11, co. 2), consentiva di certo allo Stato “di considerare i lavoratori domestici come una categoria professionale, nei cui confronti, pur nell'attuale mancanza di associazioni sindacali tipicamente portatrici degli interessi della contrapposta categoria, non può negarsi il ricorso all'autodisciplina collettiva”.

Cinque anni più tardi si arrivava alla stipula del primo ccnl<sup>71</sup>, che, a differenza di quanto accadeva con la legge del 1958, specificava sin da subito la propria applicabilità a *tutti* i prestatori che svolgessero con continuità la propria prestazione, *a prescindere*, quindi, dal limite minimo delle 4 ore giornaliere.

È proprio nella contrattazione collettiva, ancor più che nella legge, che emerge la complessità del lavoro domestico, se solo si pensa alla articolata

<sup>69</sup> Circa un anno prima, con la sentenza 16 luglio 1968 n. 101, la Corte aveva dato atto che il settore del lavoro domestico, disciplinato dalla legge, fosse “tendenzialmente portato a costituire anche oggetto dell'autonomia collettiva”. Sul contratto collettivo nel settore domestico v., tra gli altri, ADDEO, *Verso il contratto collettivo di lavoro domestico*, Tip. Contessa, 1935; IOLI, *Dal primo contratto collettivo sul lavoro domestico ai nostri giorni*, in SARTI (a cura di), *op. cit.*, p. 191 ss.; MANCINI, *Lavoro domestico e contrattazione collettiva*, in GC, 1968, p. 1609 ss.; MARRUCCI, *Colf, badanti e collocamento alla pari nel lavoro domestico: costituzione e gestione del rapporto, trattamento economico, risoluzione del contratto. Aggiornato con il nuovo CCNL lavoro domestico in vigore dal 1° marzo 2007*, Maggioli, 2007; NENCI, *Dell'educazione e disciplina sindacale degli addetti al servizio domestico*, in ID. (a cura di), *Saggi ed esperienze di sindacalismo fascista e corporativo*, Cya, 1938.

<sup>70</sup> Precisavano i giudici che “La riconosciuta fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2068, comma secondo, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, esime la Corte dall'esaminare l'altro e distinto profilo di illegittimità, prospettato in riferimento all'art. 39 della Costituzione”.

<sup>71</sup> Del 22 maggio 1974.



classificazione delle diverse figure professionali: a differenza della l. 339/58, che distingue tra personale impiegatizio ed operaio (art. 5), articolando, sulla base di tale classificazione, una differenza di trattamento relativamente ad alcuni diritti individuali di base – concernenti, ad esempio, il periodo di prova, il riconoscimento delle ferie annuali, della tredicesima mensilità, il diritto al riposo notturno e settimanale, sino alla definizione del periodo minimo di preavviso in caso di licenziamento – l’articolazione del contratto di categoria precedentemente al 2007 era basata sulla suddivisione dei lavoratori in 3 categorie: da quelli privi di qualsiasi qualifica professionale (terza categoria), a quelli dediti alla vita familiare con le specifiche e necessarie capacità, ivi inclusi i lavoratori con un’anzianità lavorativa superiore a 18 mesi (seconda), sino ai soggetti dotati di maggior competenza professionale, e, dunque, gravati di una maggior responsabilità, appartenenti alla prima categoria.

Il rinnovo del 1988 inserì una ulteriore distinzione tra prima categoria e prima categoria *super* (art. 7), inquadrando in quest’ultima i soggetti la cui professionalità fosse comprovata da specifico diploma.

Da ultimo, con il ccnl del 2007<sup>72</sup> si assiste al passaggio dalle menzionate 4 categorie ad una classificazione del personale domestico più complessa, articolata su 8 livelli (A, B, C, D), suddivisi ciascuno in “normale” e “super”, così attuando una più efficace “scrematura” delle molteplici professionalità adibite al funzionamento della vita familiare, che vanno dai collaboratori familiari generici, non addetti all’assistenza di persone, con esperienza professionale assente o minima, ai governanti, agli istitutori, ai maggiordomi, agli addetti alla compagnia e *baby-sitter*, sino ad arrivare a coloro che prestano assistenza a persone non autosufficienti.

Oltre alla molteplicità di profili professionali che emergono dalla contrattazione collettiva, la complessità del lavoro domestico si rinviene anche nelle *modalità temporali* di esecuzione della prestazione, che può svolgersi, secondo l’accordo delle parti: a) *a servizio intero*, nell’ipotesi in cui il collaboratore domestico che lavora per almeno 4 ore al giorno – per un massimo di 10 ore giornaliere – usufruisca di vitto e alloggio presso il datore di lavoro<sup>73</sup>; b) *a mezzo servizio*, se il lavoro si svolge, presso la stessa famiglia, per

<sup>72</sup> Il cui rinnovo, si ricorda, è stato siglato il 16 luglio 2013 – con decorrenza dal 1° luglio 2013 e scadenza al 31 dicembre 2016 – e ratificato alla presenza dell’ex Sottosegretario di Stato al Ministero del Lavoro, Carlo Dell’Arling, il 20 febbraio 2014.

<sup>73</sup> Per i collaboratori che usufruiscono di vitto e alloggio cfr. art. 18, co. 7, con riguardo alle ferie; art. 19, co. 1, per le sospensioni di lavoro extraferiali; art. 23, co. 2, per il congedo spet-

almeno 4 ore al giorno o per 24 ore settimanali, quando il servizio non è uniforme tutti i giorni della settimana; *c) ad ore*, quando l'esecuzione della prestazione copre solo alcuni giorni alla settimana, e con un orario inferiore alle 24 ore settimanali<sup>74</sup>.

L'esistenza, o meno, della *convivenza*, comporta una serie di conseguenze che si ripercuotono sullo stesso orario di lavoro, in particolare per quanto riguarda i riposi giornalieri (art. 15, co. 4) e la collocazione delle ore lavorate (co. 5)<sup>75</sup>; sui permessi (art. 20); sugli adempimenti cui è tenuto il lavoratore in caso di malattia (art. 26, sp. co. 3)<sup>76</sup>; sulle modalità delle trasferte – che riguardano il solo lavoratore convivente (art. 32).

Naturalmente, tale requisito non incide in alcun modo sul diritto alle forme assicurative e previdenziali previste dalla legge (art. 29), sulla correzione del tfr (art. 40), né sul termine di preavviso in caso di licenziamento (art. 39), per il quale la relativa disciplina viene modulata in base al numero di ore lavorate settimanalmente e all'anzianità lavorativa.

#### 6. *Lavoro domestico e contributo di licenziamento: coerenza di un ordine ... e di un contrordine*

L'idea che ci si fa osservando la l. 92/12 è che “La riforma ... ha colto, dalla crisi economica globale e, segnatamente, occidentale, l'occasione per impostare un nuovo sistema “a regime”, rigidamente ispirato dalla logica della necessaria tenuta dei conti pubblici. La erosione, sino alla eliminazione, della mobilità, il principio di condizionalità delle prestazioni, la mancata ef-

tante in caso di matrimonio; art. 26, co. 9, per la malattia; art. 28, co. 7, per l'infortunio e la malattia professionale; ancora, v. l'art. 33, co. 2, lett. *c*), per la retribuzione; l'art. 38, per la tredicesima mensilità; l'art. 39, co. 3, per la risoluzione del rapporto di lavoro; l'art. 40, per il T.F.R.

<sup>74</sup> Cfr. *www.inps.it*. A questa distinzione per fasce orarie di servizio devono aggiungersi anche gli addetti esclusivamente al lavoro notturno, che si suddividono tra prestatori di presenza notturna e prestatori di assistenza notturna discontinua (cfr. ccnl 2013, artt. 11 e 12). Per i lavoratori conviventi, il limite settimanale orario è di cinquantaquattro ore; per i non conviventi, la riduzione progressiva di tale limite è arrivata, con l'ultimo rinnovo, alle quaranta ore settimanali (art. 15, co. 1).

<sup>75</sup> “Fissata dal datore di lavoro” per il personale convivente a servizio intero; “concordata fra le parti” per i collaboratori conviventi a servizio ridotto.

<sup>76</sup> Mentre, si ricorda, la *durata del periodo di comporto* in caso di infortunio sul lavoro e malattia professionale varia esclusivamente in base all'anzianità di servizio (cfr. art. 28, co. 1, ccnl).

fettiva attuazione del dichiarato carattere di universalità delle stesse, sono tutti aspetti dell'unico denominatore comune sotteso alla riforma: la esigenza di risparmiare risorse finanziarie<sup>77</sup>.

D'altro canto, non c'è dubbio che i nuovi sussidi alla disoccupazione voluti dal Ministro Fornero abbiano fatto crescere il costo del lavoro.

Con specifico riguardo al contributo di licenziamento, che rappresenta chiaramente una “penalizzazione contributiva”<sup>78</sup>, parrebbe quasi ironico constatare come il legislatore, se da un lato sembra aver “semplificato la vita” ai datori di lavoro<sup>79</sup> con la moltiplicazione dei regimi sanzionatori, al punto da evidenziare, a tal proposito, come “non ... si possa nutrire dubbio sul fatto che le imprese si orienteranno verso il tipo di licenziamento più blandamente sanzionato, cioè quello assistito dalla tutela obbligatoria c.d. ordinaria”<sup>80</sup>, dal-

<sup>77</sup> ZACCARDI, *op. cit.*, pp. 230-231.

<sup>78</sup> GAROFALO, *Il sistema pubblico*, cit., p. 532.

<sup>79</sup> CARINCI F., nella *Presentazione* di CARINCI F., MISCIONE, *op. cit.*, *La “Riforma Fornero”* (L. n. 92/2012), parla dell'introduzione, con la l. 92/12, di “un percorso privilegiato per i licenziamenti” (p. X).

<sup>80</sup> ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 148, che individua nella legge Fornero un richiamo a ben 18 tipi di licenziamento, tra quelli di nuova creazione e quelli preesistenti (cfr. pp. 131-134). Anche secondo LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in [http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up\\_170433988.pdf](http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf), “nulla si prospetta per conferire un maggior grado di certezza alla legittimità della decisione che il datore di lavoro deve assumere”, dal momento che, in fondo, è “pur sempre il datore di lavoro che – nel momento iniziale – battezza il licenziamento come ‘disciplinare o economico’, con ovvia propensione per quello che in caso di illegittimità non prevede la reintegra” (ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita*, in [www.dirittisocialie cittadinanza.org](http://www.dirittisocialie cittadinanza.org)). In generale, sulla complessità della disciplina dei licenziamenti individuali risultante dall'intervento della l. 92/12, cfr., *ex plurimis*, oltre ai lavori menzionati, CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *ADL*, 2012, I, p. 1103 ss.; ID., *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, p. 529 ss.; CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 527 ss.; CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 547 ss.; ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *DPL*, 2012, p. 1545 ss.; MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 612 ss.; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 415 ss.; PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, I, p. 6 ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 521 ss.; VALLEBONA, *L’ingiustificata qualifica del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 2012, p. 621 ss.

l'altro rende più oneroso il diritto di recesso, aumentando i costi del licenziamento.

Ciò premesso, la vicenda scaturita dalle proteste sollevate dall'Assindatcolf consente di proporre brevemente due riflessioni, una di carattere formale ed una di carattere sostanziale.

Dal punto di vista formale, ci si trova di fronte alla bizzarra situazione per cui un atto amministrativo – nel caso di specie, una circolare interpretativa – *precisa* qualcosa ... che nel dettato normativo non c'è! La l. 92/12 e la circolare esplicativa dell'Inps n. 140/12 indicano infatti in maniera ben precisa chi siano gli *insiders* e gli *outsiders*, ovvero i soggetti beneficiari, o meno, della nuova assicurazione sociale, come anche gli onerati dalla contribuzione, senza alcun riferimento ad un esonero per i datori di lavoro domestico; non solo: le precisazioni contenute nella circolare n. 25/13 non vengono nemmeno ribadite nella successiva circolare n. 44/13, di “ricapitolazione” di alcuni punti fondamentali della disciplina dell'ASpI, ivi compresi i “casi di esclusione dall'obbligo di versamento del contributo” di licenziamento (punto 3), tra i quali non figura alcun riferimento al rapporto di lavoro in questione.

Ciò detto, le circolari<sup>81</sup> interpretative, come ben noto, appartengono alla categoria delle cc.dd. “norme interne” della pubblica amministrazione, e si concretizzano in atti emanati da un organo sovraordinato con lo scopo preciso di indirizzare e coordinare l'attività degli organi sott'ordinati, come espressione del potere di autorganizzazione della P.A., nonché del potere di

<sup>81</sup> Sulle circolari, e sulla loro valenza, v., per tutti, CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 568 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, sp. p. 75 e pp. 87-89. Cfr. altresì, *ex multis*, CATELANI, *Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*, in *RTDP*, 1993, p. 999 ss.; ID., *Le circolari della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1984; CHITI, voce *Circolare*, in *EGT*, 1988, VI, p. 2 ss. FINOCCHIARO, *Disposizioni sulla legge in generale*, in RUPERTO (a cura di), *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Giuffrè, 2005, p. 175 ss.; GIANNINI, voce *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, p. 1 ss.; PERRUCCI, *Il valore giuridico delle circolari*, in *BT*, 2008, p. 550 ss.; VENTURA, *Circolari amministrative e stato di diritto*, in *DSoc.*, 1993, p. 641 ss. In giurisprudenza, v. soprattutto Cass. Sez. Un. 2 novembre 2007 n. 23031, in *Dejure* (in relazione alla quale si rimanda ai commenti, tra gli altri, di ARIANO, *Riflessioni a margine della sentenza n. 23031 del 2 novembre 2007 delle sezioni unite della cassazione sulle circolari amministrative interpretative*, in [www.dplmodena.it](http://www.dplmodena.it); SERRANÒ, *L'affievolita funzione “direttiva” delle circolari alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 23031 del 2 novembre 2007*, in *RDT*, 2008, p. 15 ss.; STRAZZULLA, *La mancanza di natura impositiva blocca l'impugnabilità dell'atto*, in *GD*, 2007, f. 48, p. 54 ss.); Cons. St. 13 settembre 2012 n. 4859; 15 ottobre 2010 n. 7521 e 1 ottobre 2003 n. 5652, *ivi*.

supremazia che promana dal vertice dell'Amministrazione. Si tratta, dunque, di atti aventi un'efficacia limitata, che non costituiscono fonti di diritto, né vincolano in alcun modo il giudice<sup>82</sup> ordinario, amministrativo, o tributario: infatti, "ammettere che l'Amministrazione, quando esprime opinioni interpretative o impartisce ordini perentori, crea vincoli per sé e per i giudici, equivale a riconoscere all'Amministrazione stessa un potere normativo che la stessa non ha e che sarebbe in contrasto con il principio costituzionale della riserva relativa di legge di cui all'articolo 23 della Costituzione"<sup>83</sup>.

Non solo: a parte la loro ritenuta inoppugnabilità innanzi a qualsivoglia autorità giudiziaria – in quanto rilevanti per l'ordinamento giuridico solo in via "mediata", attraverso gli atti emanati per darvi attuazione – per difetto assoluto di giurisdizione<sup>84</sup>, non deve dimenticarsi che le circolari *non possono derogare alla legge*, come ribadito anche dalle Sezioni Unite dalla Cassazione; di conseguenza, un provvedimento amministrativo contrastante con una circolare interpretativa sarà eventualmente impugnabile perché in contrasto con la *legge* – ove la circolare ne fornisca una interpretazione corretta – mentre dovrà ritenersi legittimo se in contrasto con una circolare *contra legem*. Nel caso di specie, se non di un atto *contra legem* si può parlare, sicuramente l'intervento dell'ente previdenziale è da considerarsi *praeter legem*.

Passando ai profili sostanziali, non era innanzitutto necessario che il Mi-

<sup>82</sup> Concetto ribadito chiaramente – anche – dalle citate Sezioni Unite della Cassazione (ma v. anche Cass. 9 gennaio 2009 n. 237, Cons. St. n. 5652/03 e 14 settembre 1988 n. 745, in *Dejure*), che si sono spinte anche oltre, precisando che la circolare interpretativa (nello specifico, di una norma tributaria) non vincola nemmeno il contribuente, né gli uffici gerarchicamente subordinati all'autorità che l'ha emanata – i quali possono sempre discostarsene, pur con adeguata motivazione ove ravvisino in essa una contrarietà alle disposizioni legislative – né, infine, la stessa autorità emanante, che può "modificare, correggere e anche completamente disattendere l'interpretazione adottata".

<sup>83</sup> CAPIZZI, *Osservatorio sulla giurisprudenza amministrativa aggiornato al 31 ottobre 2010*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it).

<sup>84</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. n. 23031/07. Tar Lazio 30 agosto 2012 n. 7395, in *Dejure*, precisa tuttavia come non si possa escludere "a priori" la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle controversie riguardanti l'applicazione di circolari interpretative, poiché, alla luce del disposto di cui all'art. 113, co. 1, Cost., qualunque atto della PA può essere oggetto di tutela giurisdizionale – salve espresse deroghe legislative. Evidenzia il tribunale amministrativo come il nodo della questione della non impugnabilità delle circolari interpretative riguardi piuttosto l'insussistenza dell'*interesse a ricorrere*, da parte del privato, stante la mancanza di una concreta idoneità di tali atti a ledere la sfera giuridica del medesimo (v., su questo punto, CIPRIANO, *Circolari interpretative: sussiste giurisdizione del giudice amministrativo*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com)).

nistero e l'Inps si e ci ricordassero la “peculiarità” del lavoro domestico<sup>85</sup>: non è un caso che il ccnl, come la giurisprudenza e la dottrina, del resto, abbiano da sempre messo in evidenza “alcune fondamentali caratteristiche del rapporto” (art. 1, co. 2, ccnl) che si riferiscono all’oggetto della prestazione – orientata, come si è visto, al funzionamento della vita familiare – ed al contesto nel quale essa si svolge; è per questo motivo che il lavoro domestico ha una storia che si rapporta al lavoro subordinato c.d. “standard” secondo una “logica sottrattiva”<sup>86</sup> consistente nella frequente disapplicazione, in tutto o in parte, di una serie di norme rilevanti che regolano i rapporti di lavoro di cui all’art. 2094 ss. c.c.<sup>87</sup>; ancora, è proprio la peculiarità di questo rapporto

<sup>85</sup> Oltretutto, se tanto si insiste sulla peculiarità di tale fattispecie, non si capisce per quale motivo il legislatore non abbia allora esonerato i datori di lavoro domestico anche dalla miglioramento contributiva dovuta per i rapporti a termine: non è forse vero che, come per il contributo di licenziamento, una siffatta previsione si scontra con le più intime esigenze, lavorative e non, di una *domus*, “sanzionando” il datore che decida di instaurare con il proprio collaboratore domestico un rapporto a tempo determinato?

<sup>86</sup> BASENGHI, *La legge 339*, cit., p. 208 ss.

<sup>87</sup> Basti pensare, a titolo esemplificativo, a quanto accade in relazione all’*avviamento al lavoro* (in relazione al quale il d.l. 185/08 (convertito nella l. 2/09), art. 16-*bis*, co. 11, ha previsto la possibilità di procedere alle comunicazioni inerenti al rapporto di lavoro mediante invio delle informazioni necessarie direttamente all’Inps, e non più ai Centri per l’Impiego.V. altresì la nota Min. Lavoro del 16 febbraio 2009 e la Circ. Inps 11 marzo 2011 n. 49, che ha introdotto in via esclusiva dal 1° aprile 2011 l’obbligatorietà del canale telematico per le comunicazioni in materia di lavoro domestico); al *periodo di prova* (l’art. 2241 c.c. ne *presume* una durata massima di otto giorni, non imponendo, in deroga alla regola generale di cui all’art. 2096 c.c., alcuna pattuizione scritta *ad substantiam* (contra Pret. Firenze 5 giugno 1986, in *TLG*, 1986, p. 316). PERSIANI, voce *Domestici*, cit., p. 832, ritiene che più che di “presunzione” sarebbe corretto parlare di “effetti naturali del contratto”, con riguardo all’esistenza e alla durata della prova, che soltanto la volontà dei contraenti può escludere); all’*orario di lavoro* (i lavoratori domestici sono stati esclusi dalle previsioni concernenti i limiti dell’orario di lavoro (r.d.l. 692/23) e il riposo domenicale (l. 22 febbraio 1934 n. 370). Una tale impostazione, nuovamente derogatoria rispetto al regime ordinario, è stata confermata dal d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66 (art. 17, co. 5, lett. *b*). Inoltre, si ricorda, permane la differenza di trattamento tra i lavoratori inclusi nella l. 339/58 (rapporti di durata superiore alle 4 ore giornaliere) ed esclusi: solo per i primi, infatti, la disciplina del codice civile (art. 2243) è integrata dalle disposizioni di tale legge (artt. 7 ss.); al *licenziamento* (la l. 108/90, art. 4, come già ricordato, esclude i rapporti di lavoro domestico, disciplinati dalla l. 339/58, dall’applicazione delle disposizioni sul licenziamento individuale. Tuttavia, lo stesso art. fa salva l’ipotesi di cui all’art. 3, il che farebbe presupporre la possibilità di reintegrazione in caso di licenziamento nullo perché discriminatorio (v. Trib. Brescia 25 settembre 2009, in *Dejure*; mostra perplessità su tale impostazione MANNA, *Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108: area di non applicazione* (Art. 4), in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti individuali (commento alla legge 11 maggio 1990 n. 108)*,

di lavoro che ha giustificato l'originaria esclusione del settore dalla contrattazione collettiva; come anche, si ricorda, i lavoratori domestici non furono inclusi nella disciplina del rapporto di impiego privato<sup>88</sup> e, fino agli anni '40, beneficiarono solo dell'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia<sup>89</sup>.

Da un altro punto di vista, c'è da chiedersi, come anticipato in premessa, se la complessa articolazione del lavoro domestico, di cui s'è detto, con particolare riguardo ad alcuni degli elementi che "modulano" il rapporto stesso, non potesse indurre il legislatore ad optare per una soluzione diversa dalla totale esclusione di tale fattispecie dal contributo di licenziamento.

Non è ben chiara la logica sottostante all'ulteriore precisazione dell'Inps (cfr. circ. n. 44/13) per cui il contributo di licenziamento è "scollegato all'importo della prestazione individuale", essendo lo stesso "dovuto nella misura indicata a prescindere dalla tipologia del rapporto di lavoro cessato (*full time* o *part time*)".

Qualche differenziazione, si ritiene, poteva esser fatta.

Sulla base di parametri quali la eventuale convivenza e la durata oraria della prestazione, nonché – per alcuni profili del rapporto – l'anzianità di servizio, si articolano diversamente non solo l'erogazione della retribuzione<sup>90</sup> e gli scatti di anzianità, in relazione ai diversi livelli di inquadramento<sup>91</sup>, ma

ESI, 1990, sp. p. 149). Per il licenziamento non è poi richiesta la forma scritta, come confermato dal ccnl (cfr. art. 39).

<sup>88</sup> Cfr. d.l.lgt. 2 settembre 1917 n. 1448 e 9 febbraio 1919 n. 112; r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825, conv. in l. 18 marzo 1926 n. 562.

<sup>89</sup> Il d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124, T.u. sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, escludeva il lavoro domestico dal proprio alveo, "salvo per i lavoratori appositamente assunti per la conduzione di automezzi ad uso familiare o privato" (art. 1, co. 7); l'estensione dell'ambito operativo dell'assicurazione fu conquistata col d.p.r. 1403/71.

<sup>90</sup> Con riguardo anche al periodo feriale (cfr. art. 18 ccnl. Si ricorda che la Corte costituzionale, se da un lato ha dichiarato l'illegittimità della previsione di cui all'art. 2243 c.c. nella parte in cui prevede il diritto al godimento delle ferie "dopo un anno ininterrotto di servizio" – C. Cost. 17 febbraio 1969 n. 16 – ha però respinto la questione di legittimità costituzionale in merito al diverso trattamento feriale tra lavoratori con mansioni impiegate e prestatori d'opera manuale, di cui all'art. 5 della l. 339 – C. Cost. 26 maggio 1971 n. 117). Cfr. le tabelle con i minimi retributivi, suddivise secondo i livelli di inquadramento del ccnl, che distinguono tra lavoratori conviventi, non conviventi e lavoratori che assicurano assistenza o presenza notturna, nel sito [www.acli.it](http://www.acli.it). Il 6 febbraio scorso sono stati fissati i nuovi valori per il 2014, con decorrenza retroattiva dal 1° gennaio.

<sup>91</sup> Per ogni biennio di servizio svolto presso lo stesso datore di lavoro spetta al lavoratore una maggiorazione del 4% della retribuzione minima contrattuale corrispondente (art. 36 ccnl).

anche altri aspetti importanti del rapporto di lavoro: si pensi alla durata del periodo di preavviso in caso di licenziamento, calcolata sulla base delle ore settimanali di lavoro unitamente all'anzianità di servizio (art. 39 ccnl)<sup>92</sup>; al monte ore di permessi retribuiti di cui il lavoratore può fruire in caso di malattie documentate (art. 20, co. 1, ccnl); alla fruizione di permessi per la formazione professionale, di cui possono avvalersi solo i lavoratori a tempo pieno e indeterminato, con una anzianità di servizio presso il datore di lavoro di almeno 12 mesi (art. 9, co. 1, ccnl); o, ancora, al diritto alla fruizione dei pasti (art. 15, co. 8, ccnl), che spetta al lavoratore che presti la propria attività per un minimo di 6 ore giornaliere “ove sia concordata la presenza continuativa sul posto di lavoro”. Il rinnovo contrattuale del 2013 (art. 14) ha poi introdotto delle precisazioni concernenti le modalità di godimento del riposo settimanale per i lavoratori conviventi e ad ore<sup>93</sup>.

Ancora, con riguardo alla modulazione temporale della prestazione, non deve dimenticarsi che il ccnl del 2007 ha “rafforzato” il *part-time* (art. 15, co. 2 e 3): se già il contratto del 2001 aveva introdotto la possibilità di instaurare un rapporto di lavoro a tempo parziale – limitatamente ai lavoratori studenti di età compresa fra 16 e 29 anni, che potevano essere assunti in regime di convivenza con un orario di 25 ore settimanali (art. 8) – l'accordo del 2007 ha esteso l'ambito di applicazione di tale tipologia di lavoro flessibile, oltre che agli studenti di età compresa fra i 16 ed i 40 anni che frequentino corsi di studio al termine dei quali venga rilasciato un titolo riconosciuto dallo Stato o da Enti pubblici, ai collaboratori conviventi inquadrati nei livelli C, B e B *super* – nel limite delle 30 ore settimanali – a condizione che il loro orario di lavoro articolato sia:

- interamente collocato tra le ore 6.00 e le ore 14.00;
- interamente collocato tra le ore 14.00 e le ore 22.00;
- interamente collocato, nel limite massimo di 10 ore al giorno non consecutive, in non più di tre giorni settimanali (cfr. art. 15, co. 2)<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Cfr. il co. 3 dell'art. 39 per i dipendenti che usufruiscano, con la famiglia, di alloggio indipendente di proprietà del datore.

<sup>93</sup> Cfr. co. 1 e 2.

<sup>94</sup> Come anche precisato da una circolare del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali (del 16 febbraio 2009, prot. n. 16/SEGR/1044) “l'orario di lavoro può essere articolato secondo le modalità di cui all'articolo 15 del ... CCNL, ivi inclusa l'ipotesi di prestazione di lavoro in regime di tempo parziale, orizzontale o verticale, in caso di lavoratore domestico convivente che presti la sua opera solo per una parte della giornata (mattina o pomeriggio) oppure per determinati giorni della settimana”.



La complessa articolazione dell'orario di lavoro nel rapporto domestico consente di affermare che la *liaison dangereuse* che lega i componenti della comunità familiare ed il lavoratore non può non essere influenzata dall'intensità della "frequentazione" della *domus*. Non a caso, un prime discrimine si trova nel diverso regime normativo che si applica ai lavoratori con orario pari/superiore o inferiore alle 4 ore giornaliere.

Se è vero che l'ASpI richiede un ingente finanziamento, e necessita di un apporto non indifferente anche da parte dei privati; e se è anche vero che il lavoro domestico rappresenta senza ombra di dubbio una notevole fonte di risorse, una ragionevole alternativa alla esclusione, *in toto*, di tale fattispecie dal versamento del contributo di licenziamento, si sarebbe potuta rinvenire nella distinzione tra il lavoro svolto in regime di convivenza con il datore di lavoro e quello svolto solo per poche ore a settimana, cui aggiungere, come ulteriori parametri, l'anzianità di servizio e la eventuale fruizione, da parte del prestatore di lavoro (e della sua famiglia), di un alloggio messo a disposizione dal datore.

Non deve peraltro dimenticarsi che vi sono alcune categorie di prestatori in relazione ai quali i datori sarebbero stati comunque esonerati dal pagamento del contributo di licenziamento, ovvero i lavoratori domestici extracomunitari con permesso di lavoro stagionale, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286<sup>95</sup>, e quelli con contratto *part-time*, quantomeno verticale<sup>96</sup>. Infatti, si ricorda, secondo quanto disposto dall'art. 2, co. 31, l. 92/12, il contributo di licenziamento è dovuto nei casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato "per le causali che, indipendentemente dal requisito

<sup>95</sup> Cfr. circ. Inps n. 140/12, cit.

<sup>96</sup> Per i quali mancherebbe il requisito della "involontarietà" della disoccupazione: GAROFALO, *Gli ammortizzatori sociali*, cit., p. 169; ID., *Il sistema pubblico*, cit., p. 466; pp. 493-494. V. altresì BOZZAO, *op. cit.*, pp. 429-430. Di pari avviso sono state le Sezioni Unite della Suprema Corte (6 marzo 2003 n. 1732, in *MGL*, 2003, p. 271. Ma v., anche, tra le più recenti, Cass. 26 marzo 2007 n. 7298, in *MGC*, 2007, p. 3; 6 marzo 2007 n. 5117, in *GD*, 2007, p. 75; 21 luglio 2006 n. 16855, *ivi*, 2006, p. 53), avallate da C. Cost. 24 marzo 2006 n. 121. In senso critico v., tra gli altri, ADDABBO, *Ai confini della disoccupazione: posizioni lavorative instabili e sottoccupazione*, in LUCIFORA (a cura di), *Mercato, occupazione e salari: la ricerca sul lavoro in Italia*, Mondadori, 2003, I, p. 323 ss., qui p. 330 ss; BOZZAO, *Dal "lavoro" alla "laboriosità". Nuovi ambiti della protezione sociale e discontinuità occupazionale*, in *RDSS*, 2003, p. 535 ss., qui p. 555 ss.; LAGALA (a cura di), *Part-time, disoccupazione e ammortizzatori sociali*, Giuffrè, 2004, e *ivi* sp. i contributi di R. Russo R.; LISO, LAGALA, *La riforma degli ammortizzatori sociali nel disegno di legge del governo (A.S. n. 848-bis)*, in *RDSS*, p. 675 ss., qui p. 692.

contributivo, *darebbero diritto all'ASpI*<sup>97</sup>: il che esclude dunque tale onere per i lavoratori non rientranti tra i beneficiari dell'assicurazione.

### **Abstract**

Nel Gennaio del 2013 l'Assindatcolf denunciava l'inclusione, o meglio, la non esclusione, da parte della legge Fornero, del lavoro domestico dall'obbligo di versamento del contributo di licenziamento, ritenendo le famiglie eccessivamente gravate da tale onere. Poco tempo dopo il Ministero prima, e l'Inps, subito dopo, con la circolare n. 25/13, precisavano che il lavoro domestico dovesse ritenersi escluso dal versamento di tale contributo. Prendendo spunto da questo episodio, il saggio propone alcune riflessioni critiche sul nesso tra le disposizioni della l. Fornero in materia ed il successivo dietro-front, ponendo in rilievo le peculiarità di tale rapporto quali emergono dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

On January 2013, Assindatcolf trade-union strictly criticized the provisions of law n. 92/12 concerning the inclusion, or, better, the non-exclusion, of domestic work from the contribution due in case of dismissal, which participates in the financing of the so called "ASpI". Shortly after, the Ministry before, and INPS, soon after, with the circular no. 25/13, specified that domestic work should be considered excluded from the payment of these fees. This episode allows the author to propose some critical reflection about the link between the above-mentioned legal provisions and the subsequent events, highlighting the peculiarities of domestic work as they raise from the law and the collective agreements.

### **Key words**

Legge Fornero, lavoro domestico, Assindatcolf, ASPI, contributo di licenziamento, circolare amministrativa 'Fornero law'.

Domestic work, Assindatcolf, ASPI (i.e. Social insurance for employment), dismissal contribution, Administrative Circular.

<sup>97</sup> Cfr. msg. Inps n. 10358/13, cit.

## **Proposta di legge della rivista** Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori

### CAPO I

#### RAPPRESENTANZA SINDACALE E DIRITTI SINDACALI

##### Art. 1

##### *Rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro*

1. Rappresentanze sindacali, titolari dei diritti di cui al titolo III della legge 20 maggio 1970 n. 300, possono essere costituite nelle imprese con più di cinquanta dipendenti ovvero in ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di quindici dipendenti, secondo la seguente alternativa: a) rappresentanze sindacali aziendali da costituirsi ad iniziativa dei lavoratori nell'ambito delle associazioni sindacali che hanno diritto a partecipare alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo nazionale applicato o applicabile nell'impresa, ai sensi del successivo art. 2; b) rappresentanze sindacali unitarie, elette dai lavoratori secondo il comma 2. Le rappresentanze possono essere costituite anche nelle imprese industriali e commerciali che, nell'ambito dello stesso comune, occupano più di quindici dipendenti e nelle imprese agricole che, nel medesimo ambito territoriale, occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti.

2. La rappresentanza unitaria di cui alla lettera b) del comma 1 viene istituita con referendum, su richiesta di uno o più sindacati cui sia iscritto almeno il 10% dei lavoratori dell'impresa o dell'unità produttiva. Il referendum deve svolgersi entro 60 giorni dalla richiesta ed è valido se vi partecipa almeno il 50% dei lavoratori dell'impresa o dell'unità produttiva. Essa rappresenta tutti i lavoratori dell'impresa o dell'unità produttiva in cui si è svolto il referendum e, dopo lo svolgimento delle elezioni di cui al comma 3, sostituisce a tutti gli effetti le rappresentanze di cui alla lett. a) del comma 1.

3. Le liste dei candidati per la elezione della rappresentanza sindacale unitaria

possono essere presentate da associazioni sindacali che abbiano un numero di iscritti superiore al 2% dei lavoratori dell'impresa o da organizzazioni di lavoratori cui aderisca più del 5% dei lavoratori dell'impresa medesima. Nel caso di referendum svolto in una sola unità produttiva, possono presentare liste di candidati i sindacati presenti nell'impresa che abbiano un numero di iscritti superiore a cinque. La rappresentanza sindacale unitaria viene eletta a scrutinio segreto e con criterio proporzionale. Essa resta in carica per un triennio, alla scadenza del quale vengono indette nuove elezioni, salvo che nei sei mesi precedenti la scadenza non venga richiesto, con le stesse modalità di cui al comma 2, un referendum col quale i lavoratori decidono di non procedere alla elezione dell'organismo unitario.

4. Il numero degli iscritti ai sindacati è certificato dall'impresa sulla base delle relative deleghe o cessioni di credito. I voti ottenuti da ciascuna associazione sindacale si calcolano secondo il disposto del comma 7.

5. La rappresentanza sindacale unitaria assume ogni decisione a maggioranza semplice dei presenti alle riunioni.

6. Fermo restando quanto stabilito nei commi precedenti, gli accordi interconfederali possono disciplinare ulteriori modalità di elezione, di composizione, di organizzazione e di azione della rappresentanza sindacale unitaria, anche modificando le disposizioni del comma 7. Tali accordi sono stipulati tra Confederazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro, alle quali siano affiliate associazioni nazionali con il requisito previsto dall'art. 2, comma 1, per le associazioni dei lavoratori, e dall'art. 3, comma 1, lettera a), per le associazioni dei datori di lavoro, in almeno il 30% degli ambiti di contrattazione nazionale vigente.

7. Fino alla stipulazione degli accordi di cui al comma 6, modalità di elezione, di composizione, di organizzazione e di azione della rappresentanza sindacale unitaria, in ciascuna impresa o unità produttiva, sono regolate dalla Parte II, sezioni II e III del Testo Unico degli accordi interconfederali del 10 gennaio 2014, allegato alla presente legge.

## CAPO II CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NAZIONALE

### Art. 2

#### *Partecipazione alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo nazionale di lavoro*

1. Alle trattative per la stipulazione del contratto nazionale partecipano le associazioni sindacali che, nell'ambito di applicazione del medesimo contratto, superino la soglia del 5% di rappresentatività quale media tra iscritti, risultanti dalle dichiarazioni aziendali sulle deleghe o cessioni di credito, e voti ottenuti alle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie nelle imprese rientranti nell'ambito di applicazione del contratto da stipulare.

2. Per le finalità di cui al comma 1 i voti ottenuti alle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie da ciascuna associazione sindacale vengono conteggiati dagli organismi e secondo le procedure previsti dal testo unico di cui all'art. 1 comma 7.

3. Fatta salva la facoltà di autonoma recezione formale o materiale, in sede di stipulazione del contratto collettivo le parti non possono estenderne l'ambito di applicazione alle imprese non considerate nel calcolo della soglia di cui al comma 1.

4. Gli accordi interconfederali di cui all'art. 1 comma 6 possono prevedere una disciplina in deroga a quanto stabilito nei commi 1 e 2, tenendo conto delle specificità del settore o della categoria.

### Art. 3

#### *Contratto collettivo nazionale*

#### *con efficacia per tutti i datori di lavoro*

1. Nel suo ambito di applicazione, il contratto collettivo nazionale obbliga tutti i datori di lavoro a garantire ai propri dipendenti trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi se:

a) l'ipotesi di contratto collettivo nazionale è sottoscritta da associazioni sindacali dei lavoratori che, nell'ambito di applicazione del contratto, hanno una rappresentatività superiore al 50%, quale media tra il dato associativo e il dato elettorale, calcolati come previsto dall'art. 2, comma 1, e da una o più associazioni rappresentative dei datori di lavoro;

b) entro i 60 giorni successivi alla sua sottoscrizione l'ipotesi di contratto collettivo nazionale è sottoposta a consultazione tra i lavoratori destinatari del contratto ed è approvata a maggioranza assoluta dei votanti.

2. La rappresentatività datoriale di cui al precedente comma 1, lettera a), si presume qualora, entro 60 giorni dalla sottoscrizione dell'ipotesi di contratto collettivo nazionale, non sia inoltrata al Ministero del lavoro una richiesta di verifica da parte di una o più associazioni che, pur non avendo sottoscritto l'ipotesi di contratto collettivo nazionale, rappresentino almeno il 20% delle imprese ricomprese nel campo di applicazione del contratto collettivo nazionale e occupino almeno il 30% dei lavoratori del medesimo ambito; in tal caso, la rappresentatività sussiste soltanto se la verifica ha esito positivo. Le modalità per effettuare la verifica sono definite con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri entro 60 giorni dall'entrata in vigore della presente legge.

3. Presso il Ministero del lavoro è istituito un apposito Ufficio per il deposito degli Statuti delle associazioni datoriali e della documentazione concernente la relativa consistenza associativa.

4. Gli accordi interconfederali di cui all'art. 1, comma 6, regolano e raccordano gli ambiti di applicazione dei contratti collettivi nazionali. Qualora le confederazioni che superano la soglia di rappresentatività di cui all'art. 1 comma 6 siano più di una, l'accordo vincola tutte le associazioni sindacali interessate alla contrattazione di cui al presente articolo se viene stipulato da confederazioni che rappresentino la maggioranza delle associazioni con i requisiti di rappresentatività previsti, per le associazioni

dei lavoratori, dall'art. 2, comma 1, e, per le associazioni dei datori di lavoro, dall'art. 3, comma 1, lettera a). Nel caso non si raggiunga l'accordo entro sei mesi dalla richiesta di avviare le trattative da parte di una delle confederazioni di cui all'art. 1 comma 6, le categorie contrattuali vengono definite in via transitoria da una Commissione di nove esperti indipendenti composta e nominata dal Presidente della Repubblica, nell'ambito di venti nominativi indicati dal presidente della Camera dei Deputati. La Commissione decide, a pena di decadenza, entro tre mesi dalla nomina; la decisione può essere sostituita in ogni momento dagli accordi interconfederali regolati dal presente comma.

5. Fino alla stipulazione degli accordi di cui al comma precedente, si fa riferimento a quanto previsto dagli ultimi contratti collettivi nazionali stipulati prima dell'entrata in vigore della presente legge, per determinare la rappresentatività di cui all'art. 2, comma 1, e per delimitare l'ambito di applicazione di ciascun contratto collettivo.

### CAPO III CONTRATTAZIONE AZIENDALE E TERRITORIALE

#### Art. 4

*Contratti collettivi aziendali e territoriali  
efficaci per tutti i datori di lavoro*

1. I contratti collettivi aziendali o territoriali stipulati secondo le modalità del presente articolo obbligano le imprese individuate nei medesimi contratti a garantire ai propri dipendenti trattamenti non inferiori a quelli da essi previsti.

2. Il contratto collettivo aziendale è stipulato, dal lato dei lavoratori, dalla rappresentanza sindacale unitaria di cui all'art. 1, comma 1, lettera b), ove costituita. In assenza di tale rappresentanza, qualora siano costituite rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), il contratto aziendale può essere stipulato con un organismo unitario sindacale aziendale, formato dai delegati delle rappresentanze sindacali aziendali presenti, ripartiti sulla base del numero degli iscritti al sindacato di riferimento, quale risulta dalle dichiarazioni aziendali in ordine alle deleghe o cessioni di credito. In ogni caso il soggetto rappresentativo dei lavoratori assume le proprie decisioni a maggioranza ed il contratto collettivo aziendale deve essere sottoposto al voto dei lavoratori qualora venga fatta richiesta, entro 10 giorni dalla conclusione del contratto, da almeno una organizzazione sindacale aderente ad una delle confederazioni di cui all'art. 1, comma 6, o dal 30% dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto negativo della maggioranza semplice dei votanti.

3. Il contratto collettivo territoriale è stipulato: a) dal lato dei lavoratori, da un soggetto collettivo costituito da rappresentanti, nel limite massimo di trenta unità, di

tutte le associazioni sindacali aventi i requisiti per partecipare alle trattative per i contratti nazionali applicati nelle imprese che rientrano nel campo di applicazione del contratto territoriale da stipulare; b) dal lato dei datori di lavoro, da un soggetto collettivo costituito da rappresentanti formalmente designati, anche congiuntamente, nel limite massimo di trenta unità, da tutte le imprese che manifestino interesse all'applicazione del contratto territoriale. Entrambi gli organismi di rappresentanza vengono costituiti con provvedimento della Direzione territoriale del Ministero del lavoro.

4. Nell'ambito del soggetto collettivo di cui alla lettera a) del comma 3, ciascuna associazione sindacale è rappresentata in proporzione ai propri iscritti. Le imprese interessate designano un numero di rappresentanti proporzionale al peso di ciascuna impresa, calcolato tenendo conto, in egual misura, del numero di dipendenti e della media del fatturato degli ultimi tre anni. Al fine di precisare gli indicatori di rappresentatività delle imprese e i criteri di designazione dei relativi rappresentanti, il Ministro del lavoro adotta un apposito decreto entro tre mesi dall'entrata in vigore della presente legge.

5. Le imprese interessate all'applicazione del contratto territoriale da stipulare possono delegare le associazioni sindacali cui aderiscono, che potranno designare un numero di rappresentanti rapportato al peso delle imprese deleganti, calcolato nel modo indicato al comma 4.

6. Il contratto territoriale produce gli effetti di cui al comma 1 se la relativa ipotesi di accordo è sottoscritta dagli organismi di rappresentanza di cui al comma 3, salvo il ricorso al referendum di cui al comma 7.

7. L'ipotesi di accordo territoriale è sottoposta a referendum: a) tra i lavoratori delle imprese alle quali è applicabile, qualora la decisione di sottoscriverla sia stata assunta dall'organismo di rappresentanza con una maggioranza inferiore a due terzi dei suoi componenti; b) tra le imprese alle quali è applicabile, qualora il 20% delle imprese che non hanno sottoscritto l'ipotesi di accordo e che occupino almeno il 30% dei lavoratori interessati facciano richiesta entro sessanta giorni dalla notizia dell'ipotesi di accordo comunicata a cura delle competenti Direzioni territoriali del lavoro. Il referendum ha esito positivo se l'ipotesi di accordo è approvata dalla maggioranza semplice dei votanti. Le modalità di svolgimento dei referendum sono definite con Decreto del Ministro del lavoro entro 60 giorni dall'entrata in vigore della presente legge.

8. In mancanza di diversa espressa previsione dei contratti nazionali di cui all'art. 3, applicati nell'impresa, i contratti aziendali o territoriali prevalgono su qualsiasi altra pattuizione esistente nel medesimo ambito di applicazione. In presenza di discipline difformi, i contratti territoriali prevalgono su quelli aziendali, salvo diversa previsione del contratto nazionale.

9. I contratti aziendali o territoriali possono derogare a norme di legge solo qualora sia espressamente previsto dalla legge stessa o, sulla base della legge, dai contratti di cui all'art. 3.

## CAPO IV TUTELA DEI MINIMI DI TRATTAMENTO ECONOMICO

### Art. 5 *Determinazione del corrispettivo minimo legale e contrattazione collettiva*

1. In qualsiasi tipo di rapporto di lavoro, qualora il corrispettivo orario non sia fissato dai contratti collettivi nazionali di cui all'art. 3, i lavoratori hanno diritto ad un compenso orario non inferiore all'importo determinato, anche in modo differenziato per settore o per tipologia contrattuale, da apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

2. In mancanza di determinazione dell'importo di cui al comma 1 entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, questo viene fissato in 6,5 € per ogni ora di lavoro prevista dal contratto individuale o di fatto prestata.

## CAPO V COINVOLGIMENTO E PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI NELLA GESTIONE DELLE IMPRESE

### Art. 6 *Diritti di informazione e consultazione*

1. Nell'ambito delle imprese o delle unità produttive indicate dall'art. 1, comma 1, devono essere introdotte procedure di informazione e consultazione dei lavoratori ai sensi del decreto legislativo 6 febbraio 2007 n. 25, fatti salvi gli altri diritti riconosciuti dalla normativa vigente e dai contratti collettivi applicati. La disciplina delle modalità, dei tempi e dei contenuti dei diritti di informazione e consultazione, del ricorso ad esperti esterni con i relativi oneri è stabilita dai contratti collettivi applicati nell'impresa o nell'unità produttiva, tenuto conto della specifica organizzazione, della dimensione e del fatturato dell'impresa. I medesimi contratti collettivi prevedono specifici criteri per garantire una informazione puntuale, tempestiva, chiara e completa e una consultazione rispettosa del principio dell'effetto utile. La disciplina negoziale non può avere contenuti peggiorativi rispetto a quanto stabilito dall'art. 4, commi 3, 4 e 5 del decreto legislativo 6 febbraio 2007 n. 25.

2. Anche in assenza di specifiche disposizioni contrattuali, alle rappresentanze sindacali unitarie di cui all'art. 1, comma 1, lettera b) oppure, in mancanza di queste, alle rappresentanze sindacali aziendali di cui all'art. 1, comma 1, lettera a), spettano, in ogni caso, i diritti di informazione, consultazione ed esame congiunto previsti dalle vigenti disposizioni di legge. Alle rappresentanze sindacali unitarie o, in mancanza di queste, alle rappresentanze sindacali aziendali spettano, in particolare, i diritti di informazione e consultazione di cui alla legge 20 maggio 1975 n. 164, alla legge 23



luglio 1991 n. 223, al Decreto del Presidente della Repubblica n. 218/1997, al decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 18, alla legge 10 aprile 1991 n. 125, al decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368, al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, al decreto legislativo 8 aprile 2003 n. 66, al decreto legislativo 11 aprile 2006 n. 198, al decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81 e al decreto legislativo 6 febbraio 2007 n. 25.

#### Art. 7

##### *Diritti di codeterminazione*

1. Nell'ambito delle imprese o delle unità produttive indicate dall'art. 1, comma 1, alle rappresentanze sindacali unitarie di cui al medesimo art. 1, comma 1, lettera b), spetta, fermi restando i diritti di informazione e consultazione di cui al precedente art. 6, il diritto a partecipare alle determinazioni riguardanti le questioni sociali sulle materie e con le modalità specificate nei commi successivi.

2. Salvo diversa previsione ad opera dei contratti collettivi di cui agli artt. 3 e 4, la partecipazione dei lavoratori ha ad oggetto le seguenti materie: a) l'organizzazione dell'unità produttiva e della conseguente attività lavorativa all'interno della stessa; b) il luogo, la durata e la collocazione temporale della prestazione di lavoro, inclusi i riposi, il lavoro a turni e il lavoro straordinario; c) la temporanea estensione o riduzione dell'orario di lavoro giornaliero; d) le misure generali di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro; e) la forma, l'organizzazione e l'amministrazione delle istituzioni sociali e culturali che operano a servizio dei lavoratori dell'impresa o dell'unità produttiva; f) il ricorso a contratti di lavoro a termine, di lavoro in somministrazione, di appalto e di altri contratti di lavoro subordinato o autonomo a durata limitata; g) la struttura e i sistemi di calcolo della retribuzione da definire a livello di impresa.

3. Alle rappresentanze sindacali unitarie spetta anche il diritto a partecipare alla determinazione per attuare misure aziendali di formazione professionale.

4. Sulle materie oggetto di codeterminazione, le decisioni dell'impresa sono inefficaci se adottate senza il parere motivato della rappresentanza sindacale unitaria. Il parere favorevole si presume decorsi dieci giorni dalla richiesta.

5. In caso di parere negativo o carente di motivazione, l'impresa può rivolgersi ad un apposito collegio arbitrale composto da membri scelti per metà dai rappresentanti dei lavoratori e per metà dalla direzione d'impresa, oltre che dal Presidente scelto di comune accordo tra le parti ovvero, in caso di disaccordo, dalla Direzione territoriale del Ministero del lavoro. Il collegio tenta di raggiungere un'intesa tra le parti e, in caso di esito negativo, decide a maggioranza secondo equità e con decisione non impugnabile.

#### Art. 8

##### *Partecipazione dei lavoratori negli organi societari*

1. Nelle società per azioni, nelle società a responsabilità limitata o in accomandita per azioni, nelle società cooperative, nelle società costituite in forma di società europea

ai sensi del regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, che occupano complessivamente più di duecentocinquanta lavoratori, almeno un quinto dei componenti del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o del collegio sindacale deve essere riservato a rappresentanti dei lavoratori.

2. Nel caso in cui il consiglio di amministrazione o il collegio sindacale o il consiglio di sorveglianza si compongano di tre membri deve essere previsto un rappresentante dei lavoratori.

3. In ogni caso il numero di componenti del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o del collegio sindacale riservati ai rappresentanti dei lavoratori non può essere superiore alla metà dei membri.

4. La composizione specifica, le funzioni e le modalità di elezione dei rappresentanti dei lavoratori sono definite dai contratti collettivi nazionali di cui al precedente art. 3, anche in deroga agli articoli 2383, 2409-*duodecies*, commi 2 e 8 del codice civile e 148, comma 3, lettera c) e 147-*quater*, comma 1 del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58.

5. In mancanza di contratti collettivi stipulati secondo le modalità di cui all'art. 3, l'accordo sulle modalità di partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori agli organi societari può essere stipulato con i medesimi effetti da qualsiasi organizzazione sindacale o coalizione di organizzazioni sindacali e sottoposto a referendum approvativo tra tutti i dipendenti. Il referendum è regolato mediante accordo tra la direzione aziendale e le rappresentanze sindacali aziendali o unitarie presenti nell'impresa.

## CAPOVI

### PARTECIPAZIONE AZIONARIA DEI LAVORATORI E NORME DI DELEGA

#### Art. 9

##### *Istituzione di piani*

##### *di partecipazione azionaria dei lavoratori*

1. Con i contratti collettivi aziendali di cui all'art. 4 le imprese possono promuovere piani di partecipazione azionaria dei dipendenti prevedendo che una quota della retribuzione di ciascun dipendente dell'impresa, non superiore al 15 per cento della retribuzione globale di fatto, sia costituita da azioni o da altri strumenti finanziari emessi secondo le modalità previste dagli artt. 2349 e 2441, comma 8, del codice civile.

2. L'adesione al piano di azionariato da parte dei singoli lavoratori è volontaria. Gli aderenti al piano, anche in caso di cessazione del rapporto di lavoro, non possono cedere le azioni prima che sia decorso un termine minimo di tre anni.

3. Ai dipendenti che aderiscono al piano di azionariato o partecipano ai fondi di cui all'art. 10 lettere b) ed e) deve essere riservata la nomina di almeno un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza

o di un sindaco, al quale per ogni ulteriore profilo si applicano le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipano.

Art. 10

*Delega in materia di forme di esercizio collettivo  
dei diritti azionari dei lavoratori e modalità di investimento*

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi volti a disciplinare e promuovere forme di esercizio collettivo dei diritti azionari dei lavoratori, nell'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) possibilità per i lavoratori azionisti di farsi rappresentare da apposite associazioni costituite secondo modalità e criteri ulteriori ed autonomi rispetto a quelli stabiliti, in generale, dall'articolo 141 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Alle associazioni di lavoratori azionisti sono riconosciuti alcuni diritti sindacali, quali il diritto di affissione di cui all'articolo 25 e alla disponibilità dei locali di cui all'articolo 27 della legge 20 maggio 1970, n. 300. Le associazioni dei lavoratori azionisti possono assumere le proprie decisioni a maggioranza;

b) istituzione, mediante i contratti collettivi di cui all'art. 5, di speciali fondi azionari a cui possono aderire i lavoratori che abbiano ricevuto emolumenti accessori oppure una quota della retribuzione integrativa, non superiore al 15 per cento della retribuzione globale di fatto, destinata al finanziamento dei fondi stessi. I criteri generali cui deve uniformarsi ciascun fondo azionario riservato ai dipendenti sono definiti con regolamento adottato dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Commissione nazionale per le società e la borsa;

c) divieto di esecuzione di operazioni di disinvestimento del patrimonio del fondo e previsione di limiti ad operazioni di investimento da parte della società di gestione del risparmio, con vincolo di garantire che almeno il 70 per cento del patrimonio, inclusi gli utili e gli altri proventi percepiti dal fondo, sia investito in strumenti finanziari emessi dalle imprese che abbiano erogato ai propri dipendenti emolumenti destinati al finanziamento del fondo azionario;

d) possibilità dei dipendenti che partecipano ai fondi azionari di rivolgere alla società di gestione raccomandazioni, dichiarazioni o altre indicazioni idonee a influenzare l'esercizio del diritto di voto inerente agli strumenti finanziari di pertinenza dei fondi gestiti;

e) possibilità, in alternativa all'istituzione dei fondi azionari di cui alla lett. b), di conferimento di strumenti finanziari oggetto di piani di partecipazione azionaria dei lavoratori ad un fondo comune d'impresa appositamente costituito in forma di società di investimento a capitale variabile (SICAV) riservate ai dipendenti, in attività o a riposo, delle aziende firmatarie. Tali società emettono in contropartita quote da assegnare agli aderenti al piano in proporzione alla loro partecipazione ad esso;

f) divieto di esecuzione di operazioni di investimento e disinvestimento del patrimonio da parte del fondo comune d'impresa di cui alla lettera e), fatta salva la

facoltà di investire gli utili e gli altri proventi percepiti dal fondo in strumenti finanziari emessi dalle imprese che prevedono i piani di partecipazione azionaria, ferma restando la possibilità di distribuzione degli stessi utili e proventi agli aderenti al piano;

g) previsione di un trattamento fiscale agevolato sia per gli speciali fondi azionari di cui alla lettera b) sia per i fondi comuni d'impresa di cui alla lettera e).

Art. 11

*Delega in materia di diritti di informazione e consultazione alle associazioni sindacali e di riordino dei rinvii legali alla contrattazione collettiva*

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi volti a:

a) riconoscere e regolare i diritti di informazione, consultazione ed esame congiunto anche alle organizzazioni sindacali di cui all'art. 2, comma 1, facendo salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva;

b) armonizzare ai principi e alle disposizioni contenute nei capi II, III, IV, V e VI della presente legge i rinvii contenuti nel codice civile e nelle leggi speciali a contratti ed accordi collettivi;

c) coordinare i diritti di codeterminazione di cui all'art. 8 della presente legge con i diritti di coinvolgimento dei lavoratori e delle loro rappresentanze in materia di sicurezza del lavoro previsti dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni.

CAPOVII

CONFLITTO E CONDOTTA ANTISINDACALE

Art. 12

*Regole contrattuali sull'esercizio del diritto di sciopero*

1. I contratti collettivi di cui all'art. 3 possono prevedere procedure di raffreddamento del conflitto e regole per l'esercizio del diritto di sciopero da parte delle rappresentanze sindacali di cui all'art. 1, delle associazioni sindacali e di ogni altra organizzazione collettiva dei lavoratori.

Art. 13

*Modifica del primo comma dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300*

1. Il primo comma dell'art. 28 della l. 20 maggio 1970, n. 300 è sostituito dai seguenti:

“Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l’esercizio della libertà e dell’attività sindacale nonché del diritto di sciopero possono ricorrere al Giudice del lavoro i seguenti soggetti collettivi che vi abbiano interesse: a) gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali; b) le rappresentanze sindacali unitarie previste dalla legge. Ove si tratti di comportamenti riguardanti la costituzione di tali rappresentanze, possono agire in giudizio anche i soggetti legittimati ad indire il referendum previsto dalla legge per la costituzione delle rappresentanze medesime”.

“Il Tribunale del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, convocate tempestivamente le parti ed assunte sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al precedente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti”.

## CAPO VIII DISPOSIZIONI FINALI

### Art. 14

*Modifiche all’art. 2  
della legge 3 aprile 2001, n. 142*

L’ultimo alinea dell’art. 2 della legge 3 aprile 2001, n. 142 è così modificato:

“In relazione alle peculiarità del sistema cooperativo, forme specifiche di esercizio dei diritti sindacali possono essere individuate dai contratti collettivi nazionali che vincolano per legge tutti i datori di lavoro”.

### Art. 15

*Abrogazioni*

1. Nell’art. 3, comma 1 del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72 le parole “nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale” sono sostituite dalle seguenti: “nonché dai contratti collettivi nazionali che vincolano per legge tutti i datori di lavoro”.

2. Il comma 6 dell’art. 9 del decreto legislativo 22 giugno 2012, n. 113 è così modificato:

“I componenti italiani del Comitato aziendale europeo o i titolari della procedura di informazione e consultazione sono designati dalle rappresentanze sindacali unitarie dell’impresa ovvero del gruppo di imprese nell’ambito delle medesime rappresentanze, tenendo conto della composizione categoriale (quadri, impiegati e operai)”.

3. Sono abrogati gli articoli 19 e 35, commi 1 e 2, della legge 20 maggio 1970,

n. 300 e 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con la legge 14 settembre 2011, n. 148.

## Guida alla lettura della proposta di legge

1. Il gruppo di giuslavoristi che da oltre un decennio si dedica alla rivista *Diritti Lavori Mercati* propone all'attenzione degli studiosi e degli operatori il progetto di legislazione sindacale che precede, quale contributo scientifico alla razionalizzazione di un ordinamento sottoposto a continue tensioni dirompenti. Il contributo è frutto di dibattiti interni al gruppo e di vari confronti con tutta la dottrina lavoristica e con *think tank* più ampi (come Astrid) e ha presente le iniziative in corso in altri gruppi di studiosi e all'interno delle organizzazioni sindacali. In tanto si ritiene oggi possibile formalizzare una proposta del genere, in quanto si avverte un'esigenza diffusa di rivisitazione delle regole sui tre pilastri del diritto sindacale: rappresentanza sindacale; contrattazione collettiva e conflitto; coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese. E difatti, la proposta tiene in gran conto: il c.d. tritico sindacale (Accordo interconfederale del 28 giugno 2011; Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013; Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014); le indicazioni della Corte Costituzionale nella sentenza 231 del 2013; le deleghe della legge 92/2012 (c. d. Monti/Fornero); e infine i progetti di legge presentati nella XVI e XVII legislatura da vari parlamentari, a cominciare da Tiziano Treu e Pietro Ichino, i quali, oltre ad essere studiosi autorevoli, hanno pure incarichi politico-istituzionali.

Per la verità, il progetto si caratterizza sia per l'ampiezza tematica sia per il rafforzamento dell'efficacia del sistema di relazioni industriali. Naturalmente, a nessuno può sfuggire che, oggi, proprio sull'*an* di una legge sindacale si è ben lontani dal registrare un consenso unanime. Ma neppure si può ignorare che, oggi assai più di ieri – archiviata la prospettiva del ddl Gasperoni e in presenza di un'infesta stagione di nuova conflittualità soprattutto interna al mondo sindacale – vi siano maggiori disponibilità e interesse a un inter-

vento legislativo che agevoli la coesione sociale di cui il Paese ha bisogno. A tal fine è indispensabile migliorare il “materiale giuridico” con cui sostenere l’autonoma regolazione della materia ad opera delle parti sociali, senza pensare a modelli legislativi invasivi e, al contrario, immaginando anche un’utilizzazione modulare delle proposte dell’articolato.

2. Il gruppo di DLM<sup>1</sup> ha lungamente esitato sull’opportunità di offrire questa sua proposta al dibattito scientifico – e, si spera, non solo scientifico – pur nella consapevolezza della necessità di ulteriori approfondimenti e della maggiore praticabilità di proposte meno ambiziose e più focalizzate su vere e proprie emergenze (come il lacunoso art. 19 Stat. lav., dopo la sentenza costituzionale n. 231 del 2013 o la pericolosa scheggia fuori sistema dell’art. 8 della l. 148 del 2011). Pur non essendo da tutti i componenti del gruppo condiviso *in toto*, l’articolato vuole costituire un esempio di come sia possibile contemperare esigenze e prospettive diverse, mettendo a disposizione delle parti sociali una strumentazione, essenzialmente modulare, più resistente ed equa di quella oggi disponibile. E dunque, superando ogni ambizione di perfezionismo e di unanimità, si è deciso di rendere pubblico questo “frutto di laboratorio” nella forma più consona ai giuristi: l’articolato di una (ipotetica) legge. Del resto, formulare norme è molto più difficile che esprimere genericamente delle idee, perché costringe a ragionare sull’applicazione pratica delle regole, o meglio sui casi concreti che esse prefigurano. In questo senso la proposta va presa come un passaggio costruttivo, seppure perfettibile: sia sotto il profilo tecnico-giuridico sia sotto il profilo politico-sindacale. Sicché anche le auspiccate critiche sono costrette ad essere molto puntuali e dettagliatamente motivate.

3. Passiamo ora ad illustrare alcune scelte di fondo.

La prima è quella di non eludere i vincoli che l’art. 39 Cost. pone al legislatore. La norma, considerata inutile – e anzi ingombrante – per quasi set-

<sup>1</sup> Coordinato da Mario Rusciano e Lorenzo Zoppoli e composto da: Marco Esposito, Lorenzo Gaeta, Rosario Santucci, Antonio Viscomi, Antonello Zoppoli, Massimiliano Delfino, Umberto Gargiulo, Vincenzo Luciani, Gaetano Natullo, Anna Trojsi, Rosa Casillo, Mario Cerbone, Antonio Loffredo, Mario Quaranta, Maura Ranieri, Raffaello Santagata, Paola Saracini, Antonello Baldassarre, Alessandro Di Casola, Antonella Durante, Pasquale Monda, Claudia Murena.



tant'anni, sta lì ferma e vigile: tanto che aspettarsene una modifica è assai più improbabile che aspettarsi una nuova legge sindacale. È logico allora formulare una proposta legislativa per un nuovo diritto sindacale che, senza imboccare comode scappatoie, tenga conto, da un lato, dei principi costituzionali dei commi del 39 successivi al primo e, da un altro lato, degli orientamenti della Corte Costituzionale, che ha ritenuto sostanzialmente non rientrante nel campo di applicazione del 39 una legislazione che volesse ampliare l'efficacia giuridica dei contratti collettivi attraverso l'affermazione della loro obbligatorietà per *tutti* i datori di lavoro (Corte Cost. 309/97).

Quali le comode scappatoie? In primo luogo, l'accantonamento dell'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali: esigenza invece sempre più avvertita anche in altri Stati, come la Germania, dove viene fronteggiata con leggi innovative, che introducono il salario minimo e *al contempo* rafforzano l'efficacia obbligatoria e generale appunto del livello più esteso di contrattazione. In secondo luogo, la scappatoia di sottrarre all'applicabilità del 39 la contrattazione aziendale.

Ma il rispetto dei principi affermati nell'art. 39 – il principio della verifica della rappresentatività e quello della democrazia sindacale: principi a confronto dei quali quello della registrazione dei sindacati è una pura formalità – esige una disciplina legislativa che, per realizzare l'efficacia *ultra partes* dei contratti collettivi di ogni livello (voluta, peraltro, dalle stesse parti sociali con il c.d. “trittico” del 2011/2014), garantisca una preventiva e oggettiva verifica della rappresentatività degli agenti negoziali e la democraticità delle procedure attraverso cui viene conferita la rappresentanza. Oggi proprio il trittico citato consente di trasporre in legge i criteri scelti dalle principali Confederazioni per fissare sia la soglia oltre la quale le organizzazioni rappresentative possono dirsi titolari di un diritto a trattare i contratti nazionali (5% di rappresentatività quale media tra iscritti e voti ottenuti alle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie nelle imprese rientranti nell'ambito di applicazione del contratto da stipulare), sia il grado di consenso necessario a riconoscere ai contratti (nazionali, territoriali e aziendali) l'efficacia *ultra partes*.

Sul punto l'articolato che si presenta attinge largamente alle indicazioni del trittico, discostandosene solo in parte per la contrattazione aziendale; soprattutto, prevedendo che accordi interconfederali tra le attuali Confederazioni con una verificata rappresentatività possano eventualmente anche modificare le soglie di partecipazione alle trattative del contratto nazionale (v. artt. 2 c. 4 e 1, c. 6).

4. Una regolazione legale del sistema contrattuale, seppure leggera, pone comunque altri due nodi ineludibili: a) la rappresentanza datoriale; b) la predeterminazione delle categorie contrattuali.

a) Sul primo punto le difficoltà di normare sono molto rilevanti, perché il panorama associativo è in forte movimento e il fronte datoriale non produce autonome indicazioni per contemperare pluralismo associativo e convergenza della rappresentanza negoziale. Né si può ignorare questo profilo enfatizzando, solo per difficoltà pratiche, il livello aziendale di contrattazione. Se è vero che qui il problema della rappresentanza datoriale non si pone, è vero anche che il potenziamento legislativo di questo livello avverrebbe, *paradossalmente*, a discapito degli altri livelli di regolazione, che sarebbero in ultima analisi sottratti alla disponibilità delle parti sociali, introducendo nel sistema imprevedibili effetti di disordine.

L'articolato contiene sul punto proposte innovative: che fanno leva su un *mix* di rappresentatività presunta e di procedure di verifica da attivare “a richiesta” (v. artt. 3, c. 1 e 2; 4, c. 3-7), tracciate sulla falsariga di quanto avviene per i sindacati dei lavoratori, con gli adattamenti necessari alle caratteristiche delle associazioni imprenditoriali. Sono procedure congegnate in modo abbastanza semplice, specie sul piano applicativo: dove appare necessario coniugare norma di legge e autonoma determinazione delle stesse associazioni. Ciò non risolve tutti i problemi che possono presentarsi ove ci fossero comportamenti opportunistici – o addirittura ostruzionistici – da parte di associazioni datoriali o anche di singole imprese. Molto dipenderà dalla pratica applicativa: dalla quale ci si può attendere, stando all'esperienza o alle future convenienze degli stessi interessati, utili indicazioni, per la verità finora non pervenute. Perciò l'articolato si pone, su questo, in una prospettiva, ovviamente perfettibile, più che altro – e perché no? – maieutica. Non deve forse la legge avere, all'occorrenza, anche la funzione di promuovere processi di responsabilizzazione e di aggregazione, a fini contrattuali, anche sul versante datoriale? Senza comunque dimenticare che il mondo imprenditoriale è assai variegato e, soprattutto, caratterizzato da un accentuato “nanismo” dimensionale.

b) Sulla predeterminazione delle categorie contrattuali, ricordando la fondamentale lezione di Federico Mancini, l'articolato si fa carico di contemperare la necessità di fissare *a priori* l'ambito contrattuale – indispensabile anche per misurare rappresentatività e democraticità degli agenti – e il rifiuto di connotare in senso ontologico la categoria contrattuale. Nel nostro ordi-

namento esiste già da anni un sistema regolativo, intrinsecamente dinamico e adattabile al mutare dei contesti socio-economici e produttivi: quello del lavoro pubblico (benché, nel 2009, un improvvido irrigidimento legislativo sul numero dei comparti di contrattazione abbia paralizzato il sistema, ma questo è un altro discorso). Un sistema che può essere analogicamente utilizzato, con opportuni accorgimenti, per il settore privato, facendo leva su Confederazioni dalla rappresentatività verificata in un certo numero di categorie (si fissa una soglia del 30% delle categorie, che può anche essere meglio calibrata) e, comunque, prevedendo una disciplina di avvio che, necessariamente, tenga conto del pur spropositato numero di categorie contrattuali attualmente esistenti (v. art. 1 c. 6 e 3, c. 4 e 5).

5. L'esperienza del sistema contrattuale richiede di valorizzare i livelli territoriali e aziendali non come mera proiezione del livello nazionale. A tal fine la specifica disciplina deve prevedere sicure garanzie procedurali di rappresentatività oggettiva e democratica; e deve permettere negoziazioni indipendenti, specie quando non vi siano contratti nazionali ad efficacia generale (art. 4). Un circuito di contrattazione nazionale adeguatamente regolato – non obbligatorio, ma cruciale – consente persino una contrattazione aziendale o territoriale per così dire “indipendente”: con una misurata potenzialità derogatoria tanto della contrattazione nazionale quanto della disciplina legale (art. 4 c. 8 e 9); e con la conseguente abrogazione dell'art. 8 della l. 148/2011.

Il fondamento della descritta regolazione del sistema contrattuale sta nelle nuove regole per la determinazione della rappresentatività dei sindacati e degli agenti contrattuali. Determinazione che, com'è noto, è legata a filo doppio alla configurazione delle rappresentanze dei lavoratori in azienda. A questo aspetto è dedicato l'art. 1 della proposta, che sostituisce l'art. 19 Stat. lav., fugando ogni dubbio interpretativo lasciato dalla sentenza costituzionale 231 del 2013. Anche qui il nuovo testo si basa sul trittico 2011/2014, del quale si riprende il sistema binario (rappresentanza sindacale aziendale/rappresentanza sindacale unitaria): con la sua alternatività e con la caratteristica della rappresentanza unitaria di organo collegiale, da eleggere a suffragio universale in tendenziale autonomia dal sindacalismo extraaziendale, ma fondamentale per misurare la rappresentatività degli agenti contrattuali a tutti i livelli. Proprio questa stretta connessione tra rappresentanza unitaria e sistema contrattuale – ben presente anche nel “trittico – impone una regolazione legislativa

degli organismi di rappresentanza che tolga il nuovo sistema dalle secche di una regolazione debole e incerta, fondata su un singolare meccanismo di inclusione/esclusione ovvero di “assoggettamento” integrale alla regolazione determinata solo da alcune associazioni sindacali e presumibilmente capace di affermarsi in via autonoma solo in alcuni settori. La legge può ovviare a tali limiti se interviene in modo originale (rispetto al trittico) in ordine a due questioni: a) la diffusione delle rappresentanze sindacali unitarie; b) la procedura di istituzione delle medesime, da rendere anche reversibile.

Per questo l’articolato, pur riprendendo in gran parte il c. d. testo unico del 2014, evita però una cristallizzazione legale (v. art. 1, c. 7) e prevede: a) che sia le RSU sia, eventualmente, le RSA si costituiscano non solo nelle unità produttive *ex art. 35 Stat. Lav.*, ma in tutte le imprese che comunque occupino 50 dipendenti (con conseguente abrogazione dell’art. 35, commi 1 e 2); b) che, per la costituzione delle RSU, sia necessario un referendum preventivo cui partecipino la maggioranza dei lavoratori (lo stesso referendum è necessario per tornare alle RSU) (v. art. 1, c. 1, 2 e 3).

6. Pur irrobustendo il sistema contrattuale, nell’articolato si è inserita una norma volta a fissare d’imperio un livello minimo di trattamento economico in ogni tipo di rapporto di lavoro. Si tratta, anche in questo caso, di una regola in linea sia con il principio costituzionale dell’art. 36 Cost. sia con quanto stabilito nella maggioranza degli Stati dell’Unione Europea. Tuttavia la norma è formulata in modo da lasciare ampio spazio alla contrattazione collettiva, sempre che tale contrattazione abbia efficacia *erga omnes*.

7. I Capi V e VI della proposta riguardano il “coinvolgimento” e la “partecipazione” dei lavoratori nella gestione delle imprese. Due istituti che esistono nel nostro sistema più sulla carta che nella realtà e che, proprio per questo, possono decollare solo con un forte sostegno legislativo, proporzionato a quanto oggi richiede il sistema economico-produttivo per superare una logica di marcata conflittualità: da un lato, il rafforzamento della responsabilità sociale delle imprese e, da un altro lato, la responsabilità dei lavoratori nel buon andamento dell’azienda. D’altronde, la stessa tendenziale aziendalizzazione delle relazioni industriali – da alcuni auspicata, da altri temuta – non può funzionare senza coinvolgimento e partecipazione dei lavoratori.

L'articolato, pur sviluppando proposte innovative, sia sui diritti di informazione e consultazione sia sulla c.d. partecipazione organica (artt. 6 e 8), fa leva soprattutto sui diritti di codeterminazione, mutuati dal BetrVG tedesco, ma adattati al sistema sindacale italiano (art. 7). In questa prospettiva è verosimile prospettare un solido meccanismo consultivo, basato su un parere necessario e motivato delle RSU in determinate materie, sulle quali in ultima istanza ricorrere ad un organismo arbitrale paritetico analogo a quello previsto appunto dal BetrVG.

In questo nuovo sistema partecipativo – che finalmente fornirebbe robuste basi istituzionali ad un modello cooperativo finora evocato in modo evanescente o velleitario (come nella l. 92 del 2012) – appare necessario legare l'ambito applicativo dei diritti di informazione e di consultazione a quello dei diritti sindacali di cui all'art. 1 del progetto, realizzandosi così una più ampia diffusione di corrette relazioni sindacali.

I diritti di c. d. "partecipazione organica", invece, vanno coerentemente limitati alle imprese di maggiori dimensioni (art. 8), senza peraltro essere collegati ad un "sistema sociale dualistico", pressoché estraneo alla realtà italiana.

Nel Capo VI viene infine regolata anche la "partecipazione azionaria" dei lavoratori: sia per completare il disegno nel suo insieme, sia per respingere l'idea secondo cui questa forma di partecipazione è da confinare nell'ambito della democrazia economico-proprietaria.

L'articolato cura soprattutto la genuina volontarietà di tali meccanismi partecipativi e la connessione con adeguati strumenti di esercizio collettivo del diritto di voto dei lavoratori-azionisti. Infatti, è plausibile che solo a tali condizioni la partecipazione azionaria possa diventare un istituto del sistema di relazioni industriali, con funzione analoga a quella degli istituti regolati nei due Capi precedenti. Tuttavia, a tal fine si rende necessaria una disciplina di dettaglio, da affidare ad una legislazione delegata per la quale è sufficiente fissare qui soltanto alcuni principi.

Una legislazione delegata si ritiene necessaria anche per raccordare l'articolato con una serie di altre leggi sparse che contengono diritti di informazione e consultazione o rinviando alla contrattazione collettiva (art. 11).

8. Importanti sono pure le modifiche proposte alla disciplina del diritto di sciopero e all'art. 28 Stat. lav. (artt. 12 e 13). Le prime per consentire che la riserva di legge di cui all'art. 40 Cost. possa collegarsi ad un circuito rego-

lativo fondato sulla contrattazione collettiva con efficacia generale, basata su adeguate garanzie di rappresentatività e democraticità degli agenti contrattuali. Le seconde per far sì che il potente strumento dell'art. 28 possa essere direttamente utilizzato dalle RSU: le quali, diventando i soggetti centrali del sistema di relazioni industriali in azienda, devono essere poste in grado di reagire alle condotte antisindacali secondo il proprio autonomo convincimento, da raggiungere comunque in maniera *unitaria*.

Infine l'articolato tiene anche conto delle modifiche da apportare ad alcune discipline settoriali (come le cooperative di produzione e lavoro) o di trasposizione di importanti direttive europee in tema sindacale.

**Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande Sezione) – 15 gennaio 2014 – C-176/12 – Pres. Skouris - Est. Levits - Avv. Gen. P. Cruz Villalón - Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches du Rhône, Confédération générale du travail (CGT)**

**Politica sociale – Direttiva 2002/14/CE – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – Articolo 27 – Subordinazione della creazione di organismi di rappresentanza del personale al raggiungimento di determinate soglie di lavoratori impiegati – Calcolo delle soglie – Normativa nazionale contraria al diritto dell'Unione – Ruolo del giudice nazionale.**

*L'articolo 27 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità europea, deve essere interpretato nel senso che esso – ove una norma nazionale di trasposizione di detta direttiva, come l'articolo L. 1111-3 del code du travail francese, sia incompatibile con il diritto dell'Unione – non può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare tale norma nazionale*

★ ★ ★

## Massimiliano Delfino

### La Corte e la Carta: un'interpretazione “utile” dei diritti e dei principi fondamentali

**Sommario:** **1.** Ripartire dalla differenza fra “principi” e “diritti”? **2.** Oltre la presunzione della presenza di soli principi nel Titolo IV della Carta. **3.** La questione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: le tre insoddisfacenti categorie di principi e diritti. **4.** Al di là dei “*meaningless*” *rights and principles*? I margini d'azione dell'ordinamento europeo. **5.** Segue. I margini d'azione degli ordinamenti nazionali.

#### 1. Ripartire dalla differenza fra “principi” e “diritti”?

La sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union local des syndicats CGT*, C-176/12, fornisce l'occasione di affrontare questioni importanti, che vanno ben al di là dell'art. 27 della Carta di Nizza sul diritto all'informazione e alla consultazione cui la pronuncia si riferisce, quali la distinzione tra diritti e principi fondamentali e, soprattutto, il loro campo di applicazione.

In questa prospettiva, è utile partire dalle conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 18 luglio 2013, che contengono riflessioni più ampie, estensibili quantomeno a tutte le norme del Titolo IV - *Solidarietà* della Carta di Nizza<sup>1</sup>. Secondo Cruz Villalón, “sussisterebbe una forte presunzione che i diritti fondamentali enunciati” nel Titolo IV “appartengano alla categoria dei ‘principi’”<sup>2</sup>. Ricorda l'Avvocato generale che, in primo luogo, i “‘principi’ comportano un mandato ai pubblici poteri, a differenza ... dei ‘diritti’, il cui oggetto è la tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita”; in secondo luogo e di conseguenza, “i pubblici poteri, e in particolare il legislatore, sono chiamati a promuovere e a trasformare il

<sup>1</sup> Com'è noto, il Titolo IV, che si apre con l'art. 27, raggruppa norme contenenti altri principi e diritti cruciali per la materia lavoristica, quali: il diritto di negoziazione e di azioni collettive (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30), le condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), la tutela della vita familiare e professionale (art. 33), la sicurezza e l'assistenza sociale (art. 34), la protezione della salute (art. 35), l'accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36), la tutela dell'ambiente (art. 37), la protezione dei consumatori (art. 38).

<sup>2</sup> Punto 55 delle Conclusioni.



*‘principio’ in una realtà giuridica conoscibile*”<sup>3</sup>. Sicché, Cruz Villalón, in relazione all’art. 52, par. 5<sup>4</sup>, afferma che “nonostante l’impiego del verbo ‘possono’, è evidente che non si tratta di un potere discrezionale assoluto, bensì di una possibilità condizionata ... dalla presenza di un mandato chiaro nell’articolo 51, paragrafo 1, della Carta, il quale prescrive all’Unione e agli Stati membri la ‘promozione’ dei ‘principi’. *Promozione* che, chiaramente, può essere effettuata *solo con gli atti di ‘attuazione’* ai quali l’articolo 52 fa successivamente riferimento”<sup>5</sup>.

Un buon esempio di “*un atto di attuazione e di concretizzazione essenziale ed immediata del contenuto di un principio*”<sup>6</sup>, segnatamente indicato dall’art. 27 della Carta, è, sempre secondo l’Avvocato generale, la norma della direttiva 2002/14 sul campo di applicazione del diritto all’informazione e alla consultazione<sup>7</sup>. Pertanto, l’Avvocato generale afferma che ad un principio va data attuazione con una fonte secondaria dell’Unione europea e con un atto degli Stati membri qualora essi traspongano il diritto dell’Unione.

Invero, la ricostruzione proposta da Cruz Villalón appare problematica, non con riferimento alla distinzione fra diritti e principi, ma per quanto concerne la loro operatività principalmente se le situazioni giuridiche protette sono valutate come principi. Eloquente al riguardo, seppure per ragioni diverse, sarebbe la qualificazione come principi sia del diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, sia del diritto di ricorrere ad azioni collettive, entrambi riconosciuti dall’art. 28 della Carta, norma-cardine del Titolo IV. Infatti, il diritto alla negoziazione collettiva necessiterebbe di attuazione e di concretizzazione essenziale ed immediata attraverso un atto legislativo o esecutivo dell’Unione, del quale finora non vi è traccia. Certo, il Trattato di Lisbona ha introdotto l’art. 152 TFUE, che, però, per un verso, è una fonte primaria<sup>8</sup> e, per un altro verso, non concretizza affatto il diritto alla contrattazione collettiva, ma assegna all’Unione il compito di riconoscere e pro-

<sup>3</sup> Punto 50 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

<sup>4</sup> Secondo il quale le disposizioni della Carta “che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell’Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell’Unione”.

<sup>5</sup> Punto 60 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

<sup>6</sup> Punto 64 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

<sup>7</sup> Art. 3, dir. 2002/14.

<sup>8</sup> Peraltro coeva al riconoscimento alle previsioni della Carta di Nizza dello stesso valore delle norme del Trattato.

muovere il ruolo delle parti sociali al livello sovranazionale<sup>9</sup>. Inoltre, se pure il diritto di ricorrere ad azioni collettive, compreso lo sciopero, fosse da intendersi come un principio, la sua attuazione nell'ordinamento dell'Unione europea sarebbe impossibile, in considerazione del fatto che l'Unione, non ha competenza a "legiferare" in materia di sciopero. Ne consegue che non si può accogliere l'interpretazione suggerita dall'Avvocato generale sulla presunzione della presenza soltanto di principi nel Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali, anche perché, applicata all'art. 28, sconfesserebbe la giurisprudenza precedente della Corte di giustizia (casi *Viking* e *Laval*), la quale, sebbene con tutte le precisazioni del caso, ha già riconosciuto lo sciopero come diritto fondamentale dell'Unione europea.

## 2. Oltre la presunzione della presenza di soli principi nel Titolo IV della Carta

Per questi motivi va esaminata con attenzione la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Association de médiation sociale*. Tale pronuncia, non avalla l'interpretazione dell'Avvocato generale da ultimo riportata sulla presenza solo di principi nel Titolo IV, ed anzi propone indicazioni in senso contrario.

Il riferimento è alla differenziazione, evidenziata nella pronuncia, fra il contenuto dell'art. 21<sup>10</sup> e quello dell'art. 27. Per la precisione, la Corte di giustizia afferma che "il principio di non discriminazione in base all'età ... sancito dall'art. 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale"<sup>11</sup>, purché però la fattispecie cui si riferisce questa norma "rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"<sup>12</sup>. Al contrario, continua la Corte, "il di-

<sup>9</sup> "Tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali" e nel rispetto della loro autonomia.

<sup>10</sup> Tale norma sancisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione "fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

<sup>11</sup> Punto 47. Per l'esame di tale principio la Corte rinvia alla sentenza del 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, in *RIDL*, 2010, II, p. 993 ss., con commenti di Calafà e Di Federico e in *DLM*, 2011, con commento di Guarriello e Minolfi.

<sup>12</sup> Punto 23 della sentenza *Kücükdeveci*. In merito, v. ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010.

vieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori ... non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo"<sup>13</sup>. "Pertanto, l'articolo 27 della Carta non può ... essere invocato in una controversia ... al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata"<sup>14</sup>. In sostanza, la Corte afferma che l'art. 27 è un principio, cui si applica l'art. 52, par. 5, e quindi "per produrre pienamente i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale"<sup>15</sup>: il che, però, non avviene, appunto, nel caso di specie. Tuttavia, ciò non significa che non possa avvenire per altre previsioni della Carta, indipendentemente dal Titolo in cui esse sono contenute e, in effetti, a prescindere dalla qualificazione letterale come diritto o principio: lo dimostra inequivocabilmente la diretta invocabilità da parte dei privati riconosciuta all'art. 21, considerato come si è detto, dalla Corte di giustizia un principio<sup>16</sup>.

In altri termini, la pronuncia in oggetto invita a riconoscere i diritti e i principi sulla base della formulazione delle norme, distinguendo fra le previsioni della Carta precise ed incondizionate che conferiscono ai singoli un diritto soggettivo invocabile, e quelle dal contenuto più indeterminato (principi), che, per produrre effetti, necessitano di una loro precisazione mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale nell'attuazione del diritto dell'Unione<sup>17</sup>.

In base alle espressioni adoperate nelle norme, sono riconducibili alla prima categoria, l'art. 29, secondo il quale "ogni persona ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito"<sup>18</sup>, e l'art. 30, perché la tutela

<sup>13</sup> Punto 46 della sentenza *Association de médiation sociale*.

<sup>14</sup> Punto 48 della sentenza.

<sup>15</sup> Punto 45 della sentenza.

<sup>16</sup> Per meglio dire, è considerato un principio che conferisce ai singoli un diritto soggettivo invocabile.

<sup>17</sup> Sul punto, v. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale europeo*, in RGL, 2007, I, pp. 636-637.

<sup>18</sup> Dello stesso avviso SCIARRA, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *Collective Volumes* - 1/2011, p. 87.

contro ogni licenziamento ingiustificato<sup>19</sup> non è riconosciuta “nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell’Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”, come accade per il diritto di informazione e consultazione di cui all’art. 27, ma “conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”, espressione secondo la quale tale diritto deve essere applicato in accordo con la legislazione europea e le legislazioni nazionali e non alle condizioni previste da quelle legislazioni. Ancora più chiaro, poi, è l’art. 33, par. 1, secondo il quale “ogni persona ha diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità”, previsione perentoria e senza ulteriori precisazioni, che non lascia adito a dubbi sulla sua natura di diritto e non di principio.

### 3. *La questione dell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione: le tre insoddisfacenti categorie di principi e diritti*

A questo punto occorre comprendere l’incidenza su quest’interpretazione dell’art. 51, par. 1, concernente il campo di applicazione delle norme della Carta, che è limitato alle istituzioni, organi e organismi dell’Unione e agli Stati membri “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”. E ciò è ribadito anche dalla Corte di giustizia, secondo la quale il campo di applicazione dei diritti e dei principi riconosciuti dalla Carta è limitato alle

<sup>19</sup> Sui licenziamenti individuali nel diritto dell’Unione, v. BERCUSSON, *Protection in the event of unjustified dismissal*, in BERCUSSON (a cura di), *European Labour Law and the EU Charter of fundamental rights*, Etui, 2002; REBAHN, *Significant changes/trends in Dismissal Law since 2006* e HEERMA VAN VOSS, *Common ground in European Dismissal Law*, entrambi in 4<sup>th</sup> Annual Legal Seminary, European Labour Law Network ‘Protection against Dismissal in Europe’, Seminar Report, 2011. Con riferimento all’art. 30, v. ALES, *Libertà e ‘Uguaglianza solidale’: il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in DL, 2001, p. 122; CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, Working Paper C.S.D.L.E. ‘Massimo D’Antona.INT, 58/2008, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it); ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in DLRI, 2012, n. 136; KENNER, *Article 30*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014; HEPPLER, *Dismissal law in context*, in ILJ, vol 3, 2012, p. 207 ss.; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity*, Editoriale scientifica, 2012, p. 111 ss. Dal punto di vista del diritto comparato, v. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La ‘flessibilità in uscita’ nei Paesi europei e la recente riforma italiana*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013.

“situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione”<sup>20</sup>. Di conseguenza, in presenza di previsioni precise e incondizionate, il diritto sorge solo se la fattispecie rientra nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione ed i principi vanno attuati e concretizzati attraverso atti dell’Unione e degli Stati membri nella trasposizione del diritto dell’Unione.

Come si può vedere, quindi, i problemi relativi al campo di applicazione delle norme della Carta riguardano sia i diritti sia i principi e, in fin dei conti, sono simili. A tal proposito ci si chiede, ancora una volta, cosa accada a quei diritti (ma un discorso analogo può essere fatto per i principi), riconosciuti dalla Carta di Nizza, in merito ai quali manca una fonte secondaria dell’Unione o per carenza di competenza (v. lo sciopero) o perché il legislatore europeo ha deciso (almeno fino ad ora) di non intervenire in materia (v. i licenziamenti individuali).

Inoltre, la Corte sembra affermare l’operatività dei principi e dei diritti nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, inteso in senso stretto, ovvero con riferimento soltanto alla direttiva che disciplina specificamente il singolo istituto cui si riferisce la previsione della Carta. Infatti, i giudici di Lussemburgo fanno riferimento alla dir. 2002/14, quale atto di “concretizzazione” del principio di cui all’art. 27 della Carta, e alla dir. 2000/78 come ambito di applicazione del diritto derivante dall’art. 21<sup>21</sup>. Tuttavia, quest’interpretazione provocherebbe conseguenze inattese sul piano della razionalità delle tutele. Ciò è molto evidente con riferimento alla disciplina del licenziamento individuale. Si è anticipato che non esiste una direttiva specifica in materia, mentre, a proposito della lavoratrice madre, l’art. 11, dir. 1992/85 prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento nel periodo compreso tra l’inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità, cosicché il combinato disposto di questa norma e dell’art. 33, par. 1, della Carta – grazie appunto alla presenza della direttiva, attestante che la fattispecie rientra nel campo di applicazione del diritto dell’Unione – conferisce alla singola lavoratrice un diritto soggettivo invocabile anche nel rapporto tra privati, privando invece i lavoratori (uomini e donne) di un analogo diritto in caso di licenziamento individuale ingiustificato.

<sup>20</sup> Punto 42 della sentenza *Association de médiation sociale*. V. anche C. Giust. 26 febbraio 2013, *Åkeberg Fransson*, C-617/10 e, più di recente, C. Giust. 8 maggio 2014, *Pelkmans Turnhout NV*, C-483/12.

<sup>21</sup> V., rispettivamente, sentenza *Association de médiation sociale* e sentenza *Kücükdeveci*.

In breve, alla luce della ricostruzione che pare assestarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si possono ricavare tre categorie di diritti e principi, ovviamente con effetti diversi a seconda se ci si trovi davanti ad un diritto o a un principio, visto che solo il diritto ha efficacia diretta orizzontale.

La prima categoria comprende i diritti e i principi di piena e completa attuazione (*complete rights and principles*), cioè applicabili nei confronti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, ma pure degli Stati membri in virtù dell'esistenza di norme traspositive del diritto dell'Unione. La seconda categoria include i diritti e i principi applicabili alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, ma in attesa di una fonte secondaria in grado di "attivarli" pienamente (*pending rights and principles*), ovvero che li renda applicabili agli Stati membri, come nel caso della tutela contro il licenziamento individuale ingiustificato. La terza categoria comprende i diritti e i principi dall'applicazione limitata *per tabulas* al solo livello sovranazionale (*limited rights and principles*), e cioè quelle situazioni, come lo sciopero e la serrata, che, salvo cambiamenti delle norme del Trattato, non possono dar luogo ad un'attuazione del diritto dell'Unione, com'è confermato dall'art. 51, ultimo periodo del paragrafo 1 e paragrafo 2, della Carta<sup>22</sup>, sì da risultare inapplicabili, almeno *prima facie*, agli ordinamenti interni.

#### 4. *Al di là dei "meaningless" rights and principles? I margini d'azione dell'ordinamento europeo*

Da quanto detto finora è molto evidente che le conclusioni cui giunge, esplicitamente ed implicitamente, la Corte di giustizia non sono da considerarsi pienamente soddisfacenti, poiché "confinano", provvisoriamente o definitivamente, l'applicazione di alcuni diritti e principi fondamentali soltanto alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, impedendone la loro operatività anche nei confronti degli Stati membri.

<sup>22</sup> Infatti, il rispetto dei diritti e l'osservanza dei principi da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione va fatto "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione e nei trattati", in quanto la Carta "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di fuori delle competenze, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati".

Sicché si intende proporre una ricostruzione in parte divergente, volta ad evitare che i *pending* e i *limited rights and principles* prima definiti si trasformino in “*meaningless*” *rights and principles*. Tale ricostruzione prescinde dalla differenza fra diritti e principi, che rimane inalterata e produce le conseguenze più volte ricordate<sup>23</sup>, ed è fondata su una definizione ampia delle espressioni sinora incontrate, quali: “esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”, “ambito di applicazione del diritto dell’Unione” e “situazioni disciplinate dal diritto dell’Unione”. Ma procediamo con ordine distinguendo fra gli effetti di quest’interpretazione prodotti sull’ordinamento dell’Unione europea e quelli cagionati sugli ordinamenti degli Stati membri.

Con riguardo all’ordinamento europeo, va compreso in che modo i principi e i diritti si applicano alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell’Unione. Non c’è dubbio che ognuno di questi soggetti deve rispettare i diritti, osservare i principi e promuoverne l’applicazione nell’esercizio delle competenze attribuitegli dai Trattati. E ciò vale principalmente, come d’altronde ha autorevolmente sostenuto la Commissione europea<sup>24</sup>, per le istituzioni, gli organi e gli organismi che partecipano alla formazione del diritto dell’Unione, cosicché è di immediata evidenza che le previsioni contenute negli atti normativi secondari (regolamenti, direttive, decisioni, ma anche raccomandazioni e pareri), indipendentemente dalla materia su cui vertono, non possono essere in contrasto con i diritti e i principi tutelati dalla Carta di Nizza<sup>25</sup> e, comunque, nei casi dubbi vanno interpretati in conformità a quei diritti e a quei principi<sup>26</sup>.

Ritornando agli esempi fatti in precedenza, l’art. 27 (contenente quello che, sulla base dell’interpretazione proposta, è un *complete principle*) impedisce che qualsiasi direttiva possa prevedere una procedura di informazione e con-

<sup>23</sup> I diritti sono immediatamente azionabili dai singoli nei rapporti interprivati, mentre i principi necessitano di “concretizzazione” mediante atti dell’Unione europea e atti degli Stati membri qualora procedano a trasporre il diritto dell’Unione.

<sup>24</sup> V. la Comunicazione, *Strategia per un’attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, COM(2010)573 final del 19 ottobre 2010.

<sup>25</sup> La Comunicazione della Commissione del 2010 afferma infatti che gli atti giuridici della Commissione medesima, del Parlamento e del Consiglio “devono essere pienamente conformi alla Carta” (p. 3).

<sup>26</sup> Sul punto v., da ultimo, il *2013 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, COM(2014) 224 final, emanato dalla Commissione europea ed indirizzato al Parlamento, al Consiglio, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle Regioni, il 4 aprile 2014, p. 5 ss.

sultazione non resa, ad esempio, in tempo utile. Per quanto concerne l'art. 30 (che contiene un *pending right*), quanto detto vale anche in mancanza di una direttiva specifica in tema di licenziamento individuale. A tal proposito, a titolo esemplificativo, è utile ricordare quanto recentemente sostenuto in dottrina, ovvero che il rispetto del diritto alla giustificazione del licenziamento impone una limitazione alla stipulazione dei contratti a termine<sup>27</sup>. Conseguenza di questa interpretazione è il contrasto della direttiva 1999/70 con l'art. 30, in quanto la fonte secondaria non presenta una norma che limiti espressamente l'accesso al primo contratto a tempo determinato, o quantomeno l'obbligo di interpretare il richiamo al contratto a tempo indeterminato quale "forma comune dei rapporti di lavoro", contenuto nella medesima fonte europea<sup>28</sup>, come divieto di liberalizzare l'accesso al termine.

Per quanto riguarda l'art. 28, (all'interno del quale il diritto di ricorrere ad azioni collettive è un *limited right*<sup>29</sup>), pur nell'impossibilità di emanare un atto normativo secondario in tema di sciopero o serrata, dall'interpretazione suggerita consegue che le conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia in precedenza sul riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale sono un punto di non ritorno, pur rimanendo irrisolta la questione di come effettuare il bilanciamento di quel diritto con le libertà fondamentali. Inoltre, la presenza dell'art. 28 contribuisce a stimolare l'approvazione di norme che legifichino quanto affermato dalla Corte, come testimonia l'art. 2 della proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei

<sup>27</sup> SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, 2013, p. 50 ss. Tale autrice mette in evidenza l'esistenza di un collegamento funzionale tra la disciplina del contratto a termine e le regole in materia di licenziamenti individuali nel contratto a tempo indeterminato. Sicché, se mancano regole volte a garantire la stabilità del rapporto di lavoro (ovvero a limitare sostanzialmente il libero recesso), la regolamentazione del termine non richiede una particolare protezione. Al contrario, "là dove sussiste una normativa a tutela della 'stabilità' del rapporto di lavoro, si rende necessario limitare ... anche la possibilità di apporre un termine al contratto, dal momento che la mancanza di qualsivoglia limite in proposito vanificherebbe ... le norme di protezione del lavoratore contro il licenziamento" (pp. 16-17). In merito v. anche ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, p. 57 ss. e, più in generale, IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, 2007, p. 386 ss.

<sup>28</sup> V. il preambolo e il 6° considerando dell'accordo-quadro recepito nella direttiva 1999/70.

<sup>29</sup> In quanto è utilizzata la stessa formula prevista dall'art. 30, ovvero "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali".



servizi<sup>30</sup>, secondo il quale “l’esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l’esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali”. E la formulazione di tale norma è diversa dall’omologa previsione del Regolamento n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, antecedente sia alla giurisprudenza europea in materia di bilanciamento del diritto di sciopero e delle libertà fondamentali, sia al riconoscimento del valore vincolante alle norme della Carta di Nizza. Non è un caso, infatti, che, secondo quanto disposto dall’art. 2, il reg. n. 2679/98 “non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l’esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero”. Come si può vedere, non vi è traccia del discorso del bilanciamento.

Mi pare che sul diritto all’azione collettiva di cui all’art. 28 non si possa dire molto di più, in considerazione del fatto che le spiegazioni all’art. 51 ribadiscono che la Carta non può avere l’effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all’Unione, cosicché “i diritti fondamentali garantiti nell’Unione producono effetti solo nell’ambito delle competenze determinate dai trattati”<sup>31</sup>.

Non va dimenticato poi, come anticipato prima, che l’art. 28 non fa riferimento soltanto al diritto di ricorrere ad azioni collettive, ma anche al diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, che è invece un *pending right*<sup>32</sup>,

<sup>30</sup> COM(2012) 130 final del 21 marzo 2012.

<sup>31</sup> V. quanto già disposto dall’art. 6, par. 1, secondo capoverso, TUE, secondo il quale “le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati”. Sostengono l’irrelevanza delle spiegazioni del *Praesidium*, nonostante la lettera del preambolo della Carta dei diritti fondamentali (“la Carta sarà interpretata dai giudici dell’Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta”), SCIARRA, *op. cit.*, p. 85 e BRONZINI, *op. cit.*, p. 41, anche se tale autore riconosce che la Corte costituzionale italiana “nella ... sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto” (nt. 38).

<sup>32</sup> Considerano tale situazione giuridica protetta un diritto azionabile anche ALAIMO, CARUSO, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell’ordinamento europeo*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Trattato di Diritto del lavoro, diretto da Persiani e F. Carinci, vol. II, Cedam, 2014, p. 968.

in quanto esiste una competenza dell'Unione europea in materia, sebbene non (ancora) esercitata. Sicché, nessuna fonte secondaria europea potrà prevedere norme che neghino quel diritto ed anche le previsioni già emanate vanno interpretate in tal modo.

Gli esempi di quanto sostenuto finora potrebbero essere innumerevoli. E' bene farne almeno un altro che si riferisce questa volta, come sarà evidente di qui a poco, ad un *complete principle*. L'art. 15, par. 1 della Carta, peraltro non compreso nel Titolo IV, sancisce il diritto di ogni persona "di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta e accettata". La formulazione della norma lascia intendere che si tratti, appunto, di un principio, come tale non immediatamente azionabile da ogni lavoratore, soggetto anch'esso alle limitazioni derivanti dall'art. 51 della Carta. Tuttavia, questo principio deve essere osservato e promosso dal legislatore europeo. Pertanto, con riferimento, ad esempio, al lavoro a tempo parziale, altro istituto disciplinato anche a livello sovranazionale, la direttiva in materia (1997/81) non può contenere previsioni che impongano al lavoratore la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno e viceversa. Per la verità, com'è noto, tale direttiva, pur se precedente al riconoscimento del valore vincolante della Carta, contiene un principio che va esattamente in quella direzione, ovvero la promozione del *part-time* su base volontaria<sup>33</sup>. Pertanto, si può dire che questa norma abbia anticipatamente (e casualmente) promosso il principio riconosciuto dall'art. 15 della Carta. Beninteso, seppure la direttiva non avesse previsto espressamente il principio di volontarietà, in assenza di previsioni che impongono la trasformazione del rapporto, sarebbe stata ugualmente rispettosa dell'art. 15.

##### 5. Segue. *I margini d'azione degli ordinamenti nazionali*

Passando al piano degli ordinamenti nazionali, va ricordato che i diritti e i principi vanno rispettati o osservati anche nell'attuazione del diritto dell'Unione europea<sup>34</sup>. E nemmeno questo riferimento può essere inteso in

<sup>33</sup> Il riferimento è alla clausola 1, lett. a, dell'accordo-quadro recepito dalla dir. 1997/81. Per approfondimenti in merito sia consentito rinviare a DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, 2008, pp. 96-102.

<sup>34</sup> V. il già citato 2013 *Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, pp. 2-4.

senso restrittivo (almeno quasi mai), e quindi non può significare che i diritti e i principi garantiti dalla Carta si applichino soltanto nel procedimento di attuazione riguardante l'istituto cui il diritto o il principio fa specificamente riferimento, ma devono essere rispettati nel momento in cui si procede ad attuare *tutte* le fonti secondarie dell'Unione e, principalmente, le direttive. Pure in questo caso, a sostegno di tale ricostruzione, è utile richiamare la Comunicazione del 2010 cui si è fatto riferimento prima, secondo la quale la Commissione, nel caso in cui ritenga che uno Stato membro stia violando un diritto fondamentale, può intervenire adendo la Corte di giustizia (con un ricorso per inadempimento) purché, genericamente, “la situazione presenti un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione”, anche se “l'esistenza di tale nesso dipende dalla situazione singola e concreta”<sup>35</sup>. Tuttavia, le affermazioni contenute nella Comunicazione<sup>36</sup> lasciano intendere la fondatezza della ricostruzione sostenuta, fondata su un'interpretazione ampia del collegamento con il diritto dell'Unione.

Pertanto, riprendendo gli esempi fatti, nessuna disposizione interna, attuativa di una qualsiasi direttiva, che prevede l'informazione e la consultazione dei lavoratori o dei loro rappresentanti può prescindere dal “tempo utile”, consentendo, ad esempio, il coinvolgimento (dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti) soltanto a valle delle decisioni già prese, anche se, in virtù del fatto che l'art. 27 contiene un principio e non un diritto, non si è in presenza di una norma direttamente azionabile dai singoli.

Al contrario, non è possibile sostenere che la liberalizzazione del ricorso al contratto a tempo determinato, eventualmente prevista dalla legislazione interna attuativa della direttiva 1999/70<sup>37</sup>, viola di per sé il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato. Infatti, la ricostruzione che mette in connessione la disciplina del licenziamento e la regolamentazione del la-

<sup>35</sup> Comunicazione del 2010 p. 10.

<sup>36</sup> Secondo la Comunicazione del 2010, “si ha un elemento di collegamento quando la legislazione nazionale recepisce una direttiva dell'Unione in violazione di diritti fondamentali, o quando un'autorità pubblica applica una norma dell'Unione in violazione di tali diritti ...” (p. 10, nt. 21). Sul punto, v. MASTROIANNI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *DPCE*, 2010, 4, p. XXI ss. e BRONZINI, *Happy Birthday; il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *CARUSO, MILITELLO* (a cura di), *op. cit.*, p. 26 ss. Per alcuni spunti, v. anche MUTARELLI, *op. cit.*, p. 647.

<sup>37</sup> Atto emanato da organi e istituzioni dell'Unione e alle normative degli Stati membri che stanno procedendo all'attuazione del diritto dell'Unione.

voro a termine si fonda, come si è visto, sulla presenza di una legislazione nazionale che impone la giustificazione del licenziamento e non opera nel momento in cui l'ordinamento interno prevede, invece, la libertà di licenziare. D'altronde, l'art. 30 della Carta non può direttamente applicarsi alla disciplina interna in materia di licenziamenti individuali perché essa esula dal campo di applicazione del diritto dell'Unione. Pertanto, con riferimento a questa materia, in considerazione del fatto che le limitazioni derivanti dall'art. 30 si applicano esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento europeo, per quanto riguarda il piano del diritto nazionale, si può solo sostenere che una normativa interna, che prevedesse la liberalizzazione dell'accesso al contratto a termine, sarebbe in contrasto con il principio della direttiva 1999/70, secondo il quale il contratto a tempo indeterminato è la "forma comune dei rapporti di lavoro". Infatti, tale principio, come si è anticipato, proprio in virtù della presenza dell'art. 30 della Carta, va interpretato come divieto di liberalizzare l'accesso al primo contratto a termine.

Un discorso diverso va fatto per il diritto di intraprendere azioni collettive. E' ovvio che, se fosse approvato, il regolamento prima menzionato avrebbe immediata applicabilità e, quindi, non ci sarebbe una normativa di trasposizione che dovrebbe garantire il diritto di cui all'art. 28. Invece, appare difficile sostenere che il diritto di intraprendere azioni collettive deve essere assicurato anche nella trasposizione di direttive su istituti non presi in considerazione dalla norma della Carta, ma "a rischio di impatto" con il diritto in oggetto, come, ad esempio, il distacco dei lavoratori. Infatti, stando alla lettera della spiegazione all'art. 51, visto che la Carta non può avere l'effetto di estendere le competenze dell'Unione "va da sé che il rinvio alla Carta nell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea non può essere inteso come un'estensione automatica della gamma degli interventi degli Stati membri che vanno considerati 'attuazione del diritto dell'Unione'". In altre parole, sulla base di questa spiegazione, l'assenza di competenza sovranazionale impedisce che il diritto di intraprendere azioni collettive sia direttamente azionabile dai privati nella trasposizione del diritto dell'Unione, come accadrebbe nell'ipotesi in cui la normativa interna attuativa della direttiva sul distacco fosse in contrasto con l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali.

Diverso è il discorso, anche con riferimento agli ordinamenti interni, per il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi previsto sempre dall'art. 28, grazie al fatto che in materia c'è competenza dell'Unione. Di

modo che se una normativa traspositiva di una qualsiasi direttiva violasse espressamente il diritto *de qua* sarebbe possibile per il singolo lavoratore di applicare la previsione nazionale non conforme alla stessa direttiva.

Analogamente, con riguardo all'art. 15 e al *part-time*, la normativa attuativa della direttiva 1997/81 deve rispettare il principio contenuto nella previsione della Carta e promosso dalla medesima fonte secondaria. Ciò detto, è corretta l'affermazione di chi<sup>38</sup> ha sostenuto il contrasto dell'art. 3, co. 101, l. 247/2007<sup>39</sup> con l'art. 15 della Carta di Nizza, purché si dimostri che la previsione italiana del 2007 sia una norma attuativa della direttiva, condizione, questa, che consente l'applicabilità agli Stati membri delle norme della Carta dei diritti fondamentali. E mi pare non ci siano dubbi sulla qualificazione di quella previsione come traspositiva della direttiva sul *part-time*<sup>40</sup>. In assenza di questa dimostrazione, però, è bene ripeterlo, mi sembra difficile sostenere la diretta applicabilità dell'art. 15 della Carta alle norme emanate dagli Stati membri in tema di lavoro a tempo parziale.

### Key words

Carta di Nizza, principi, diritti, campo di applicazione, ordinamento europeo, ordinamenti interni.

Nice Charter, principles, rights, field of application, EU system, national systems.

<sup>38</sup> PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013, p. 207.

<sup>39</sup> Tale norma consentiva alle pubbliche amministrazioni, entro centottanta giorni, di “sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della data di entrata in vigore” del d.l. 112/2008.

<sup>40</sup> Infatti, questa previsione fa riferimento alla disposizione – l'art. 73, d.l. 112/2008 (conv. dalla l. 133/2008) – che ha modificato l'art. 1, co. 58, l. 662/1996, fatto salvo dall'art. 10, d.lgs. 61/2000, ovvero dalla normativa emanata proprio in attuazione della direttiva 1997/81.



## **Tribunale di Vercelli – 9.10 – 7.11.2012 n. 122, Giudice Aloj**

*La sentenza ha ad oggetto una domanda di ripetizione dell'indebita relativa a contributi pagati da un'impresa colpita dagli eventi alluvionali del novembre 1994 fondata sul disposto dell'art. 4 comma 90 legge 350/2003.*

*Il Tribunale ha ritenuto che la misura in esame costituisca un aiuto di Stato, e conseguentemente ha rigettato la domanda, previa disapplicazione della norma in contrasto con la disciplina comunitaria, non essendo stato l'aiuto in questione notificato alla Commissione a norma dell'art. 108 TFUE e dell'art. 2 par. 1 del Regolamento n. 659 del 22 marzo 1999.*

*Il Tribunale ha infine osservato che, ferma restando l'esclusiva competenza della Commissione a valutare la compatibilità dell'aiuto con la disciplina europea della concorrenza, la misura in questione determina una sovracompensazione del danno subito, non apparendo pertanto compatibile con le norme del Trattato anche ove si tenga conto della circostanza che essa è stata introdotta per far fronte ad una calamità naturale.*

*omissis*

### **Conclusioni delle parti**

Parte ricorrente ha concluso perché si accerti che ella, con riferimento all'ultimo trimestre del 1994 e per gli anni 1995, 1996 e 1997 era tenuta al versamento dei contributi nella misura ridotta del 10% in applicazione del disposto dell'art. 4 comma 90 l. 350/2003, e, conseguentemente, perché si accerti il proprio diritto alla ripetizione dei contributi versati in misura superiore al 10%; perché, previo se del caso annullamento e disapplicazione di ogni atto e/o provvedimento della D.P. INPS di V., si accerti e dichiarati che l'INPS trattiene indebitamente la somma di Euro 2.026.735,50 o la maggiore somma accertata in giudizio, pari al 90% di

quanto versato dalla società in relazione all'ultimo trimestre del 1994 e agli anni 1995, 1996 e 1997, e per l'effetto per la condanna dell'INPS alla restituzione della somma predetta, oltre alla rivalutazione monetaria e agli interessi dal dì del dovuto al saldo, con vittoria di spese.

Parte resistente ha concluso perché si dichiari l'improponibilità e/o inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso avverso con riferimento alla domanda di rimborso dei contributi relativi all'ultimo trimestre dell'anno 1994 ex art. 7 l. 533/1973; perché si dichiarino prescritti i diritti di credito azionati dalla controparte; per l'integrazione del contraddittorio nei confronti del M.E.F. e per la contestuale dichiarazione di carenza di legittimazione passiva dell'INPS, ovvero in via subordinata per la chiamata in causa del Ministero predetto perché l'INPS sia manlevato da una eventuale azione di condanna; in via subordinata nel merito per il rigetto del ricorso avverso; in via graduata per la limitazione delle somme da restituire agli importi che saranno determinati in corso di giudizio, tenendo conto delle quote a carico dei dipendenti; in ulteriore subordine per il rigetto della domanda di rivalutazione monetaria e la limitazione della decorrenza degli interessi dalla data del deposito del ricorso, ovvero dal 121° giorno successivo alla data della domanda amministrativa, con vittoria di spese.

#### Ragioni in fatto e in diritto della decisione

1. La società ricorrente, premesso di aver subito danni rilevanti, in misura superiore a un sesto del proprio reddito, in occasione dell'alluvione del 5-6 novembre 1994, durante la quale il proprio stabilimento sito in Trino era stato sommerso dalle acque del fiume Po, straripato a circa 50 metri a monte, raggiungendo un livello di oltre 1,5 metri, di aver corrisposto contributi all'INPS per l'intero per gli anni dal 1995 al 1997 per un ammontare complessivo di Euro 2.251.928,30, oltre agli interessi – questi ultimi in ragione della rateizzazione del pagamento –, richiamato il disposto dell'art. 4 comma 90 l. 350/2003, ha chiesto la restituzione del 90% della somma versata a titolo di contributi nell'ultimo trimestre del 1994 e per gli anni dal 1995 al 1997, per complessivi euro 2.026.735,50. L'INPS, costituendosi, ha eccepito l'improponibilità o inammissibilità della domanda avversaria per non essere stata presentata la domanda amministrativa relativamente ai contributi dell'ultimo trimestre del 1994



e la prescrizione del diritto alla restituzione. Ha richiamato la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 12 comma 12 d.l. 78/2010 con la quale si è stabilito che le norme di cui all'art. 4 comma 90 l. 350/2003 e all'art. 3 quater comma 1 d.l. 30/2006 conv. in l. 17/2007 si interpretano nel senso che i benefici in essi previsti si applicano esclusivamente ai versamenti tributari, nonché ai connessi adempimenti, e che non si fa luogo al rimborso di quanto eventualmente già versato a titolo di contribuzione dovuta, norma non convertita con la legge di conversione n. 122/2010, che ha fatto tuttavia salvi gli effetti nel frattempo prodottisi sulla base di essa. Ha allegato che l'agevolazione si applicherebbe solo ai tributi con esclusione dei contributi e che in ogni caso, trattandosi di condono, non sarebbe possibile la ripetizione dei contributi già versati. Ha contestato la qualità di soggetto alluvionato della società ricorrente e la sussistenza della prova del danno rilevante, ed ha evidenziato che l'art. 4 comma 90 l. 350/2003 si riferisce esclusivamente alla regolarizzazione della posizione relativa agli anni 1995, 1996 e 1997 con esclusione dell'anno 1994. Ha richiamato il limite di spesa previsto dall'art. 3 quater d.l. 300/2006. Ha esposto l'esistenza di dubbi in ordine alla compatibilità della normativa su cui si fonda la pretesa del ricorrente con la normativa europea in materia di aiuti di Stato. Ha eccepito la carenza di legittimazione attiva della società a ripetere contributi posti a carico dei dipendenti. Ha contestato la quantificazione delle somme versate operata dalla ricorrente e la richiesta relativa alla rivalutazione monetaria. Ha concluso come in epigrafe.

2. Va disattesa l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dall'INPS nonché la correlata richiesta di integrazione del contraddittorio nei confronti del M.E.F., ovvero di autorizzazione alla chiamata in causa del medesimo Ministero. Premesso che l'Istituto non ha esposto alcuna ragione a sostegno di tali richieste, rileva il Tribunale che, avuto riguardo al tipo di azione proposta, avente ad oggetto una domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo a norma dell'art. 2033 c.c., titolare passivo del rapporto dedotto in giudizio non può che essere l'Ente previdenziale nei cui confronti il pagamento che si assume indebito è stato effettuato.

3. Va pure disattesa l'eccezione di improponibilità della domanda avversaria formulata dall'INPS con riferimento ai contributi relativi all'ultimo trimestre dell'anno 1994, atteso che la domanda del ricorrente riguarda

i contributi pagati nell'ultimo trimestre dell'anno 1994 a titolo di anticipo dell'erogazione dei contributi relativi all'anno 1995, mentre i contributi relativi all'anno 1994 non sono oggetto della domanda giudiziale.

4. La fattispecie oggetto di causa è regolata dall'art. 4, comma 90, legge 350/2003, che ha esteso l'applicazione dei benefici già previsti dall'art. 9 comma 17 della legge n. 289/2002 a favore dei soggetti colpiti dal sisma del 13 e 16 dicembre 1990 che ha interessato le province di Catania, Ragusa e Siracusa (benefici consistenti, in sintesi, nella riduzione al 10% delle somme dovute a titolo di tributi e nella possibilità di rateizzazione delle somme dovute) ai soggetti colpiti dagli eventi alluvionali del novembre 1994 con la seguente disposizione normativa: “Le disposizioni di cui all'articolo 9, comma 17, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, si applicano ai soggetti colpiti dagli eventi alluvionali del novembre 1994, destinatari dei provvedimenti agevolativi in materia di versamento delle somme dovute a titolo di tributi, contributi e premi di cui ai commi 2, 3 e 7-bis dell'articolo 6 del decreto-legge 24 novembre 1994, n. 646, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 gennaio 1995, n. 22, che possono regolarizzare la propria posizione relativa agli anni 1995, 1996 e 1997, entro il 31 luglio 2004, ovvero secondo le modalità di rateizzazione previste dal citato comma 17 dell'articolo 9 della legge n. 289 del 2002. La presente disposizione si applica entro il limite di spesa di 5 milioni di euro annui a decorrere dal 2004”.

Dal disposto dell'art. 4 comma 90 l. 350/2003 sopra citato e dal disposto del d.l. 300/2006, conv. in l. 17/2007, il cui art. 3-quater comma I ha previsto che “Per i contributi previdenziali, i premi assicurativi e i tributi riguardanti le imprese, relativi all'alluvione del Piemonte del 1994, il termine di presentazione delle domande di cui all'articolo 4, comma 90, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, è differito al 31 luglio 2007. (...)”, può desumersi che le agevolazioni si estendono anche ai contributi ed ai premi, come ha affermato la Corte di Cassazione con le sentenze nn. 11247/2010 e 11133/2010, alle quali si opera richiamo a norma dell'art. 118 disp. att. c.p.c., oltre che la costante giurisprudenza di merito, per cui va disattesa sul punto la prospettazione dell'INPS secondo la quale l'agevolazione in questione sarebbe limitata ai tributi e non si estenderebbe ai contributi.

La misura in questione, secondo l'art. 4 comma 90 l. 350/2003 richiamato, si applica “ai soggetti colpiti dagli eventi alluvionali del novembre

1994, destinatari dei provvedimenti agevolativi in materia di versamento delle somme dovute a titolo di tributi, contributi e premi di cui ai commi 2, 3 e 7-bis dell'articolo 6 del decreto-legge 24 novembre 1994, n. 646, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 gennaio 1995, n. 22", ossia ai soggetti persone fisiche domiciliate o residenti, alla data del 4.11.1994, nei comuni individuati ai sensi dell'art. 1 comma 1 d.l. 646/1994 conv. in l. 22/1995, che abbiano subito rilevanti danni, e ai soggetti, diversi dalle persone fisiche, aventi sede alla data del 4.11.1994 nei comuni individuati ai sensi dell'art. 1 comma 1 d.l. 646/1994 conv. in l. 22/1995, nonché ai soggetti, comprese le persone fisiche, aventi residenza o sede altrove, che svolgano nei predetti comuni la propria attività o che possiedano immobili ivi ubicati, a condizione che i medesimi soggetti abbiano subito rilevanti danni e limitatamente alle obbligazioni che afferiscono in via esclusiva alle attività stesse o agli immobili danneggiati, nonché ai soggetti che posseggono redditi di partecipazione in società di persone, imprese familiari ed aziende coniugali, in gruppi europei di interesse economico destinatari delle disposizioni di cui all'art. 6 d.l. 646/1994 conv. in l. 22/1995, sempreché abbiano subito danno rilevante in proporzione alle quote di partecipazione (cfr. art. 6, commi 2, 3, 7-bis, d.l. 646/1994 conv. in l. 22/1995).

La nozione di danno rilevante è definita dal successivo comma 16 bis dell'art. 6 d.l. 646/1994 conv. in l. 22/1995, secondo cui "ai fini del presente articolo si intende rilevante il danno superiore ad un sesto del reddito dichiarato, per l'anno di imposta 1993, dai soggetti colpiti dagli eventi di cui all'articolo 1 aventi il domicilio, la residenza o la sede, alla data del 4 novembre 1994, nei comuni individuati ai sensi dell'articolo 1, comma 1. Non si considerano in ogni caso rilevanti i danni di importo inferiore a lire 2.000.000".

5. Avuto riguardo alla difesa svolta dall'INPS secondo cui la misura in questione costituirebbe un aiuto di Stato, va premesso che, come affermato in numerose pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (cfr. ad esempio le decisioni in cause C-368/04 punto 39, C-345-02 punto 31), spetta al giudice nazionale interpretare la nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107 par. 1 TFUE al fine di verificare se una misura concessa dallo Stato membro sia stata erogata in violazione dell'art. 108 par. 3 TFUE.

Ritiene il Tribunale che l'art. 4 comma 90 l. 350/2003 istituisca a favore

delle imprese beneficiarie un aiuto di Stato. A tale conclusione si giunge in considerazione della esistenza nel caso in esame di tutte le caratteristiche delineate dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di identificare un aiuto di Stato.

Si tratta invero di una misura che apporta un vantaggio ad alcuni specifici beneficiari, ossia alle imprese danneggiate dall'alluvione, sotto forma di risparmio di costi. In forza della normativa in esame le imprese in questione pagano per il triennio 1995-1997 tributi, contributi e premi in misura ridotta, ovvero ottengono il rimborso delle somme pagate a tale titolo nella misura eccedente il 10% (in ordine alla possibilità di ripetere i contributi in eccesso già versati cfr. tra l'altro la già richiamata Cass. 11247/2010).

Tale misura costituisce una minaccia per la libera concorrenza, poiché rafforza la posizione delle imprese che ne beneficiano, le quali ricevono un sussidio dallo Stato sotto forma di rinuncia da parte di quest'ultimo a pretese tributarie, contributive o assicurative, ottenendo in tal modo un vantaggio concorrenziale rispetto alle altre imprese che non beneficiano della misura, che, in quanto riservata a specifici beneficiari, assume il carattere della selettività, necessario perché un beneficio sia considerato quale aiuto di Stato nel senso voluto dal Trattato.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia, "Il concetto di aiuto è più ampio di quello di sovvenzione, poiché esso vale a designare non soltanto prestazioni positive, come le sovvenzioni stesse, ma anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che, di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, hanno la stessa natura e producono identici effetti. Ne deriva che una misura con la quale le autorità pubbliche accordano a talune imprese un'esenzione fiscale che, pur non comportando un trasferimento di risorse statali, pone i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole rispetto agli altri contribuenti costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Allo stesso modo, può costituire un aiuto di Stato una misura che conceda a talune imprese una riduzione di imposta o un rinvio del pagamento del tributo normalmente dovuto" (Corte di Giustizia, decisione nella causa C-66/02 in massima).

Non è rilevante in senso contrario la circostanza allegata dal ricorrente

con la memoria difensiva da ultimo depositata secondo la quale il carattere di aiuto di Stato della misura sarebbe escluso nella specie dalla circostanza (peraltro sfornita di prova) che i prodotti della ricorrente, consistenti in manufatti in cemento armato e calcestruzzo, possono essere commercializzati in un'area geografica estremamente limitata in ragione dell'alta incidenza dei costi di trasporto in relazione a quelli di produzione, atteso che per qualificare una misura nazionale come aiuto di Stato vietato non è necessario dimostrare un'incidenza effettiva di tale aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma basta verificare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, premesso che quando l'aiuto concesso da uno Stato membro rafforza la posizione di un'impresa rispetto ad altre imprese concorrenti nell'ambito degli scambi intracomunitari, questi ultimi devono ritenersi influenzati dall'aiuto, "non è necessario che l'impresa beneficiaria partecipi essa stessa agli scambi intracomunitari. Infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto ad un'impresa, l'attività sul mercato nazionale può essere mantenuta o incrementata, con la conseguente diminuzione delle possibilità per le imprese con sede in altri Stati membri di penetrare nel mercato di tale Stato membro. Inoltre, il rafforzamento di un'impresa che fino a quel momento non partecipava a scambi intracomunitari può metterla nella condizione di penetrare nel mercato di un altro Stato membro" (Corte di Giustizia, decisione del 15.12.2005 nella causa C-66/02, in massima), e "non è necessario che l'impresa beneficiaria dell'aiuto partecipi direttamente alle esportazioni. Infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto ad un'impresa, la produzione interna può risultarne invariata o aumentare, con la conseguenza che le possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro prodotti nel mercato di questo Stato membro risultano diminuite.

Parimenti, quando uno Stato membro concede aiuti a imprese che operano nei settori dei servizi e della distribuzione, non è necessario che le imprese beneficiarie esercitino esse stesse le loro attività al di fuori del detto Stato membro affinché gli aiuti influenzino gli scambi comunitari, in particolare qualora si tratti di imprese installate presso le frontiere tra due Stati membri" (Corte di Giustizia, decisione del 7.03.2002 nella causa C-319/99, in massima). È quindi irrilevante la circostanza che nella

specie la società ricorrente eserciti la propria attività in ambito locale, potendo la concessione dell'aiuto tradursi in una distorsione della concorrenza, per le ragioni di cui in precedenza, a prescindere da tale circostanza.

Del resto l'art. 107 TFUE fa propria una nozione di aiuto avente ad oggetto misure che siano anche solo potenzialmente distorsive della concorrenza (letteralmente, gli aiuti che "falsino o minaccino di falsare la concorrenza"), caratteristica che deve senz'altro riconoscersi alla misura in esame.

6. Accertata la natura di aiuto di Stato dell'agevolazione prevista dall'art. 4, comma 90, legge 350/2003, si pone il problema della sua legittimità avuto riguardo alla disciplina comunitaria.

Secondo il disposto dell'art. 108, comma 3 TFUE "Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale", a norma dell'art. 2 par. 1 del Regolamento n. 659 del 22 marzo 199 del Consiglio, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE (ora divenuto art. 108 TFUE), "Salvo disposizione contraria dei regolamenti adottati a norma dell'articolo 94 del trattato o di altre disposizioni pertinenti dello stesso, qualsiasi progetto di concessione di un nuovo aiuto deve essere notificato tempestivamente alla Commissione dallo Stato membro interessato. La Commissione informa immediatamente lo Stato membro interessato della ricezione della notifica", e a norma dell'art. 3 dello stesso Regolamento "Agli aiuti soggetti a notifica, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, non può essere data esecuzione prima che la Commissione abbia adottato, o sia giustificato ritenere che abbia adottato una decisione di autorizzazione dell'aiuto". Dalle norme richiamate si evince che per qualsiasi aiuto, anche per quelli astrattamente compatibili con il Trattato a norma dell'art. 107 TFUE, quali ad esempio, in presenza di determinate condizioni, quelli adottati in occasione di calamità naturali, vige l'obbligo degli Stati membri di notifica preventiva alla Commissione, che è l'unico soggetto istituzionalmente deputato alla verifica della compatibilità dell'aiuto con

le norme del Trattato, in ordine alla quale non può pronunciarsi né il giudice nazionale né la Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale (cfr. Corte di Giustizia, ordinanza del 24 luglio 2003 in causa C-297/01, Corte di Giustizia, sentenza del 5 ottobre 2006 in causa C-368/04). In mancanza di tale notifica e prima che la Commissione abbia adottato una decisione finale in ordine alla legittimità dell'aiuto non può essere data alcuna esecuzione all'aiuto previsto dalla legge interna (c.d. obbligo di *stanstill*).

L'inosservanza dell'obbligo di notifica rende viziati tutti gli atti che diano esecuzione alla misura qualificabile come aiuto, nel senso che la eventuale decisione di compatibilità della Commissione non ha effetto retroattivo, non potendo dunque avere efficacia sanante dell'aiuto erogato illegittimamente (così Corte di Giustizia, sentenza del 5 ottobre 2006 in causa C-368/04, citata, Cass. 4776/2012), pur non potendo la violazione dell'obbligo di notifica incidere sul merito della valutazione da parte della Commissione della compatibilità dell'aiuto con la normativa comunitaria.

Ne deriva che, anche qualora si trattasse nel caso di specie di aiuto compatibile con la disciplina comunitaria, esso non potrebbe essere legittimamente erogato in assenza della preventiva comunicazione alla Commissione e prima della decisione di quest'ultima circa la compatibilità dell'aiuto con la disciplina comunitaria.

7. Dalla richiesta di informazioni inoltrata alla Commissione dal Tribunale in data 19.06.2012 in applicazione della Comunicazione della Commissione 2009/C 85/01 e dalla successiva risposta della Commissione Europea in data 20.07.2012 è emerso che l'aiuto di Stato in questione non è stato notificato alla Commissione Europea, la quale, a seguito della segnalazione inoltrata dal Tribunale di Cuneo il 18.02.2011 ha aperto d'ufficio un procedimento, chiedendo alle autorità italiane, prima di procedere ai successivi passaggi procedurali previsti dal Capitolo III del Reg. n. 659/2009, di presentare ove lo ritengano opportuno le proprie osservazioni e di fornire i motivi per cui non considererebbero aiuti illegali le misure di riduzione di tributi e contributi in oggetto, e che la Commissione è in attesa di una risposta da parte delle autorità italiane a detta richiesta, non avendo ancora adottato alcuna decisione.

Di conseguenza, non essendo sinora intervenuta alcuna decisione della

Commissione, e non rientrando l'aiuto tra quelli non soggetti all'obbligo di notifica secondo i regolamenti attuativi dell'art. 108 par. 4 e dell'art. 109 TFUE, deve rilevarsi che l'aiuto concesso è "illegale" o "inesistente", siccome non è stato previamente notificato ed autorizzato dalla Commissione, secondo le nozioni di "aiuto esistente" e "aiuto illegale" rispettivamente enunciate dall'art. 1 lett. b) ii) e dall'art. 1 lett. f) Reg. n. 659/2009.

8. Considerato che le disposizioni dell'art. 108 TFUE e del Reg. n. 659/1999 sopra richiamate sono dotate di efficacia diretta nel nostro ordinamento, in applicazione del principio del primato del diritto comunitario, che trova il proprio fondamento costituzionale nell'art. 11 Cost., e conformemente alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in materia di aiuti di Stato non notificati alla Commissione ha affermato che spetta al giudice nazionale salvaguardare l'interesse dei singoli dinanzi a un'eventuale inosservanza, da parte delle autorità nazionali, del divieto di esecuzione degli aiuti prima dell'adozione, da parte della Commissione, di una decisione che li autorizzi, deve pervenirsi alla disapplicazione dell'art. 4 comma 90 l. 350/2003, e conseguentemente al rigetto della domanda di ripetizione dell'indebito formulata dal ricorrente.

9. Ferma restando la sufficienza di quanto sopra esposto a fondare la presente decisione, con riferimento alla compatibilità dell'aiuto in questione con la disciplina del TFUE – in ordine alla quale, come si è detto, spetta alla Commissione pronunciarsi – può infine osservarsi che, una volta superata la soglia di rilevanza del danno di cui al comma 16 bis dell'art. 6 d.l. 646/1994 conv. in l. 22/1995, la misura del beneficio concesso all'impresa è indipendente dalla quantificazione del danno effettivamente subito, essendo l'agevolazione in esame commisurata esclusivamente all'ammontare dei tributi, dei contributi e dei premi dovuti, realizzando in tal modo, almeno potenzialmente, una sovracompenso del danno. Da tanto sembra derivare una ulteriore ragione di incompatibilità della disciplina interna con le previsioni del Trattato, che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia e i principi affermati in precedenti decisioni della Commissione, non consente di ritenere legittimo l'aiuto neppure in considerazione della circostanza che esso è stato introdotto per ovviare ai danni prodotti da una calamità naturale (cfr. art. 107 par. 2 TFUE). Si richiamano, in ordine all'assenza di



sovracompenrazione quale condizione di compatibilità degli aiuti di Stato con la disciplina europea, tra le altre, le sentenze della Corte di Giustizia del 22.11.2001 in causa C-53/2000, del 2.09.2010 in causa C-399/08 e del 7.09.2006 in causa C-526/04, nonché la decisione della Commissione del 20.10.2004 n. 2005/315/CE.

10. Sono assorbite le ulteriori questioni.

11. La novità e la complessità della questione trattata giustificano l'integrale compenrazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni contraria o diversa istanza e deduzione disattesa, così provvede:

rigetta le domande svolte dalla società ricorrente;

compenra integralmente tra le parti le spese di lite;

indica in trenta giorni il termine per il deposito della motivazione.

Così deciso in Vercelli mediante lettura del dispositivo all'udienza del 9.10.2012.

★ ★ ★

## Laura Tebano

### Gli aiuti pubblici per calamità naturali e il ruolo del giudice nazionale: dall'(in)certa qualificazione all'esenzione

**Sommario:** 1. Un breve riepilogo. 2. La qualificazione della misura nazionale. Luci ed ombre della nozione di aiuto di Stato. 3. L'altalenante collocazione degli aiuti per calamità naturali. 4. Il ruolo cooperativo del giudice nazionale. 5. Il recupero degli aiuti statali e la ripetizione dell'indebito nel contesto europeo: cenni.

#### 1. *Un breve riepilogo*

Una società piemontese colpita da calamità naturale nel novembre 1994, dopo aver regolarmente versato per intero i contributi dovuti, ne chiede la restituzione parziale, lamentando l'indebita trattenuta delle relative somme da parte dell'Inps. A sostegno della domanda la società ricorrente invoca l'art.

4, co. 90, l. n. 350/2003 che estendeva ai soggetti danneggiati dagli eventi alluvionali del Piemonte del 1994 i benefici già previsti per i soggetti colpiti dal sisma siciliano del 1990 e consistenti in una riduzione degli importi dovuti a titolo di tributi, contributi e premi. Il Tribunale di Vercelli, rilevata l'inosservanza dell'obbligo di notifica preventiva dell'aiuto, rigetta la domanda di ripetizione dell'indebitto e compensa tra le parti le spese processuali.

Benché apparentemente molto specifica e circoscritta, la questione analizzata nella decisione investe numerosi ed ulteriori aspetti, offrendo l'abbrivio per un rilancio ed un aggiornamento di tematiche per lungo tempo sufficientemente assestate. All'immediato ed evidente conflitto di matrice previdenziale si affiancano, infatti, profili diversi: a) la nozione di aiuto di Stato e la riconducibilità ad essa della misura nazionale; b) la profonda diversità dello scenario delineato dal nuovo regolamento europeo cd. di abilitazione, che impone un'adeguata contestualizzazione della conclusione del Tribunale.

Al tempo stesso bisogna fare i conti con alcune profonde trasformazioni del panorama sovranazionale che si collocano sullo sfondo della sentenza in esame. Si pensi per un verso all'evoluzione del ruolo del giudice nazionale nello spazio europeo e alla riferibilità di tale nuova veste all'area degli aiuti statali, viepiù all'indomani delle novità introdotte dal regolamento n. 734/2013; per altro verso alla rinnovata dinamica dei rapporti intercorrenti tra i meccanismi di ripetizione dell'indebitto e di recupero degli aiuti statali nei casi di violazione del diritto dell'Unione europea.

## 2. *La qualificazione della misura nazionale. Luci ed ombre della nozione di aiuto di Stato*

Il fulcro decisionale della sentenza è costituito dalla qualificazione della misura nazionale – comportante un risparmio di costi *sub specie* di riduzione dell'ammontare dei contributi – come aiuto di Stato. Il Tribunale perviene a tale conclusione “in considerazione della esistenza nel caso in esame di tutte le caratteristiche delineate dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di identificare un aiuto di Stato”.

Per il giudice assumono rilevanza, ai fini qualificatori, sia la selettività della misura, che viene ricavata dalla delimitazione *ratione loci* dei beneficiari,

sia il sostegno finanziario indirettamente offerto dallo Stato che si rinviene nella rinuncia ad un integrale versamento dei contributi. Per converso un'analoga valenza viene negata all'incidenza sugli scambi e alla distorsione della concorrenza, nel senso che la possibilità di "etichettare" l'intervento nazionale come aiuto, nell'impostazione del Tribunale, prescinde da un'alterazione *effettiva* agganciandosi ad un dato anche soltanto potenziale.

Benché lineare, tale impostazione appare molto schematica e finisce con il lasciare, forse volutamente, nell'ombra una serie di problemi interpretativi della nozione di aiuto sui quali il dibattito non è ancora del tutto sopito<sup>1</sup>.

In questa sede non si intende certo esaminare *funditus* i requisiti identificativi della fattispecie delineata nell'art. 107 TFUE né districarne i relativi nodi ermeneutici, bensì accennare agli aspetti sui quali si registrano ancora vistosi (e talora anomali) fermenti<sup>2</sup>.

In proposito va innanzitutto segnalato un ricorrente tentativo di sfondamento del fronte costituito dalla prova dell'incidenza dell'aiuto sulla concorrenza e sugli scambi intracomunitari, tentativo condotto dalle imprese e finora respinto sia dalla Corte di giustizia sia dal Tribunale dell'Unione europea<sup>3</sup>. Entrambi hanno infatti acceso il semaforo rosso al cospetto di operazioni interpretative tese ad avviare una verifica della reale incidenza dell'aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e di un'effettiva distorsione della concorrenza<sup>4</sup>, confermando la consolidata soluzione adottata a partire dallo storico caso *Philip Morris* in cui l'AG Capotorti acutamente affermava che "la distorsione della concorrenza è una conseguenza costante del beneficio accordato mediante l'aiuto statale"<sup>5</sup>. Del pari fallito risulta l'attacco sferrato all'indomani del SAAP (*State Aid Action Plan*) in cui veniva anticipata l'introduzione di un *refined economic approach* – fondato sul criterio del fallimento di mercato e diretto a valorizzare gli aiuti caratterizzati da un maggior grado

<sup>1</sup> Sul punto v. A. BIONDI, *State Aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid*, in *CMLR*, 2013, p. 1719 ss. spec. p. 1723 ove, nel sottolineare la persistente validità della regolamentazione europea, rileva: *The regulatory model adopted in the founding treaties is therefore much more sophisticated and based on the idea that national interventions, if beneficial, should be preserved.*

<sup>2</sup> Per un approfondimento della nozione di aiuto v. M. TIRABOSCHI, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, 2002; L. TEBANO, *Sostegno all'occupazione e aiuti di Stato "compatibili"*, Cedam, 2012.

<sup>3</sup> Cfr. da ultimo C. Giust. 7 novembre 2013, *Wam Industriale SpA*, causa C-560/12 P.

<sup>4</sup> C. Giust. 8 maggio 2013, *Eric Libert e altri*, cause riunite C-197/11 e C-203/11, punto 76.

<sup>5</sup> Conclusioni rese il 18 giugno 1980 nella causa C-730/79, p. 6. Mio il corsivo.

di efficienza alla luce del cd. *balancing test* – che si ventilava potesse infiltrarsi già nella fase di qualificazione dell'intervento nazionale<sup>6</sup>.

Vistosi fermenti si registrano tutt'ora anche sul versante del requisito dell'origine statale degli aiuti e, segnatamente, dell'indefettibilità di un trasferimento di risorse pubbliche. Senza ripercorrere le multiformi ricostruzioni prospettate dalla Corte di giustizia, sembra qui sufficiente ricordare che tale elemento costitutivo continua ad essere al centro di sofferti sforzi definitivi condotti lungo il crinale che separa una lettura formale da una lettura formalistica<sup>7</sup>. Si pensi all'opzione interpretativa adottata nel caso *PreussenElektra* ove si assiste ad una ritirata del diritto sovranazionale fondata su una lettura formalistica del criterio imperniato sul trasferimento diretto o indiretto di risorse statali<sup>8</sup>. E, per converso, al meno formalistico approccio sposto nel caso *Bouygues* in cui la Corte di giustizia ha annullato la sentenza del Tribunale precisando che, ai fini dell'esistenza di un aiuto, è necessaria la presenza di un nesso sufficientemente diretto tra il vantaggio accordato al beneficiario e la riduzione del bilancio statale (o un rischio sufficientemente concreto di oneri gravanti su tale bilancio), ma non occorre che la riduzione (o il relativo rischio) corrispondano o equivalgano al vantaggio accordato<sup>9</sup>.

### 3. L'altalenante collocazione degli aiuti per calamità naturali nella cornice europea

Spostando l'attenzione sulla seconda parte del percorso argomentativo sviluppato dal Tribunale di Vercelli con riguardo all'inosservanza dell'obbligo

<sup>6</sup> Cfr. J.-Y. CHÉROT, *Le «plan d'action» de la Commission dans le domaine des aides d'État*, AJDA, 2007, p. 2412 ss.; J.L. BUENDIA SIERRA, B. SMULDERS, *The Limited Role of the "Refined Economic Approach" in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for some realism*, in *EC State Aid Law*. Liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea, Wolters Kluwer, 2008, p. 11 ss.

<sup>7</sup> Tale *distinguo* viene suggerito da A. BIONDI, *op. cit.*, p. 1724.

<sup>8</sup> Cfr. sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/98 ove al punto 59 si legge che nella fattispecie «l'obbligo, imposto a imprese private di fornitura di energia elettrica, di acquistare a prezzi minimi prefissati l'energia elettrica prodotta da fonti di energia rinnovabili non determina alcun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali alle imprese produttrici di tale tipo di energia elettrica». Per un focus sulla pronuncia v., tra molti, J.A. WINTER, *Re(de)fining the notion of State aid in article 87(1) of the EC Treaty*, *Com. mark. law rev.*, 2004, p. 480 ss.; H.VAN VLIET, *State Resources and PreussenElektra: When is a State Aid Not a State Aid?*, in *EC State Aid Law*, cit., p. 65 ss.

<sup>9</sup> C. Giust. 19 marzo 2013, *Bouygues As*, cause riunite C-399/10 e C-401/10, punto 110. Per un approfondimento v. A. BIONDI, *op. cit.*, p. 1726 ss.

di notifica, va preliminarmente osservato che gli aiuti in esame rientrano nella tipologia di aiuti consentiti *ope legis*, ossia caratterizzati da una compatibilità assoluta<sup>10</sup>. Gli aiuti per calamità naturali, in altre parole, sono ammissibili non già in via eventuale e all'esito di una valutazione discrezionale, ma sulla base di una mera verifica, da parte della Commissione, della presenza dei requisiti fissati dall'art. 107, par. 2 TFUE.

Anche tali aiuti soggiacciono, dunque, all'obbligo di notifica strumentale all'accertamento sia della sussistenza di un nesso causale tra l'aiuto e il danno sia dell'assenza di una sovracompensazione del danno stesso. Proprio l'indempimento da parte dell'Italia di siffatto obbligo ha comportato – come correttamente rilevato dal Tribunale – lo “slittamento” della misura nazionale nell'area dell'illegalità<sup>11</sup>. Del resto lo stesso Tribunale aveva inoltrato alla Commissione europea una richiesta di informazioni relative all'indagine d'ufficio (avviata su *input* di un altro Tribunale italiano) avente ad oggetto tali aiuti<sup>12</sup>.

Certo, allo stato, la vicenda europea non si è ancora conclusa: la Commissione, nel quadro di una formale procedura di accertamento, ha adottato un'ingiunzione di sospensione delle misure nazionali, ma non è ancora pervenuta ad una decisione finale in merito alla compatibilità di tali aiuti con il mercato comune<sup>13</sup>.

Per converso lo scenario europeo si presenta estremamente dinamico sul versante della modernizzazione delle norme in materia di aiuti di Stato. Qui si registrano, infatti, due significative novità: il regolamento UE n. 734/2013 che introduce alcune modifiche al regolamento di procedura del '99 e, soprattutto, il regolamento UE n. 733/2013 che segna l'ascesa degli aiuti a favore della riparazione dei danni arrecati dalle calamità naturali all'olimpico delle categorie di aiuti potenzialmente dispensate dall'obbligo di notifica<sup>14</sup>. Focalizzando l'attenzione su quest'ultimo profilo va ricordato che

<sup>10</sup> Così li definisce M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Giuffrè, 1988, p. 278.

<sup>11</sup> Sull'introduzione ad opera del regolamento n. 659/99 dell'ipotesi di aiuti illegali (che il Trattato, come noto, non aveva preso in considerazione) v. O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Jovene, 2001, p. 28 ss.

<sup>12</sup> Lo scambio di informazioni tra il Tribunale di Vercelli e i servizi della Commissione risale all'estate del 2012 e riguardava il caso SA.33083. L'attenzione della Commissione sulle misure nazionali era stata sollecitata dal Tribunale di Cuneo nel febbraio 2011.

<sup>13</sup> Cfr. decisione C(2012) 7128 fin. in GUUE C 381 dell'11 dicembre 2012 p. 32 ss.

<sup>14</sup> Rispettivamente in GUUE L 204 del 31 luglio 2013, p. 15 ss. e p. 11 ss.

con regolamento CE n. 994/98 la Commissione è stata abilitata dal Consiglio ad adottare regolamenti che sottraggono alla notifica preventiva alcune categorie di aiuti orizzontali dichiarate compatibili con il mercato comune<sup>15</sup>. Ebbene, nel segno di una continuità con tale processo di (*r*)*évolution*<sup>16</sup> del sistema di controllo degli aiuti di Stato il cennato regolamento n. 733 amplia l'elenco (tassativo) delle categorie di aiuti suscettibili di fruire del percorso dell'esenzione inserendo, tra gli altri, proprio gli aiuti per calamità naturali<sup>17</sup>.

Beninteso il percorso dell'esenzione, peraltro fino ad oggi rimasto inattivato, non risultava fruibile nel caso sottoposto all'esame del Tribunale di Vercelli, ma tale novità contribuisce a ridimensionare il ruolo della mancata notifica e, in prospettiva, sposta tutto il "peso" della valutazione giudiziale sulla verifica delle condizioni di compatibilità dell'aiuto. Come dire che una volta eliminato il vincolo procedimentale la partita finisce per giocarsi interamente sul terreno del controllo di causalità e di proporzionalità tra evento dannoso e aiuto. Terreno sul quale, invero, il percorso argomentativo della sentenza in esame appare piuttosto esile, risolvendosi in una chiosa, *ad abundantiam*, di una sovracomprendenza del danno come "ulteriore ragione di incompatibilità della disciplina interna"<sup>18</sup>.

#### 4. Il ruolo cooperativo del giudice nazionale

Da quanto sin qui rilevato emerge la fruttuosa collaborazione attivata dal giudice nazionale sulla scia dell'auspicio formulato dalla Commissione nella Comunicazione del 2009 (relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali) in cui, oltre a rimarcare il contributo che le autorità interne potevano offrire a una più efficace disciplina complessiva nel campo degli aiuti di Stato, si individuava come obiet-

<sup>15</sup> Vedilo in GUCE L 142 dell'14 maggio 1998 p. 1 ss. Sul ruolo di tale regolamento cfr. C. BLUMANN, *L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État: le Règlement n° 994/98 du 7 mai 1998*, in *RMCUE*, 1999, p. 319 ss.

<sup>16</sup> L'espressione, riferita al regolamento del 1998, è di J.P. KEPPELNE, (*R*)*évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'État*, in *RMUE*, 1998, p. 125.

<sup>17</sup> Tra gli aiuti suscettibili di esenzione vengono inseriti, ad esempio, anche quelli a favore dello sport, della cultura e della conservazione del patrimonio.

<sup>18</sup> Sul punto v. invece le condizioni fissate nell'art. 47, l. n. 234/2012 rubricato Aiuti pubblici per calamità naturali.

tivo esplicito il rafforzamento della “cooperazione con i giudici nazionali promuovendo strumenti più pratici per sostenerli e facilitare il loro lavoro quotidiano”<sup>19</sup>.

Una simile impostazione ha trovato poi conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia ove, a più riprese, si ricorda che l’istituzione del sistema di controlli degli aiuti di Stato spetta, da un lato, alla Commissione, e, dall’altro, ai giudici nazionali, fermo restando che i rispettivi ruoli sono complementari ma distinti<sup>20</sup>.

Da ultimo la centralità del dialogo tra Commissione e giudici nazionali ha ricevuto formale consacrazione nel regolamento n. 734/2013 poc’anzi menzionato che ha introdotto, nel corpo del regolamento di procedura, un autonomo capo dedicato alla cooperazione con i giudici nazionali. Così, nel segno della collaborazione, si riconosce all’istituzione europea la possibilità di presentare osservazioni scritte ai giudici degli Stati membri responsabili dell’applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato e agli organi nazionali di ricevere informazioni dalla Commissione<sup>21</sup>.

D’altronde tale evoluzione cooperativa riflette un più ampio processo di trasformazione della figura del giudice nazionale, protagonista sempre più indiscusso della costruzione europea, al pari del legislatore e della Corte di giustizia<sup>22</sup>. A ben vedere, però, ad una siffatta amplificazione del ruolo del giudice interno e dei meccanismi di cooperazione verticali (e cioè rispetto al diritto dell’Unione) e orizzontali (ossia tra giudici degli Stati membri) non corrisponde una riduzione delle occasioni di attrito tra giudici nazionali e organismi europei.

Emblematica in tal senso la recente pronuncia resa dal Tar Abruzzo che – proprio con riguardo agli aiuti per calamità naturali qui in esame – ha ac-

<sup>19</sup> Vedila in GUUE C 85 del 9 aprile 2009, p. 1 ss.

<sup>20</sup> Cfr. C. Giust. 13 febbraio 2014, *Mediaset SpA c. Ministero dello Sviluppo economico*, causa C-69/2013, punto 19; v. anche C. Giust. 21 novembre 2013, *Deutsche Lufthansa*, causa C-284/12, punto 27.

<sup>21</sup> Così art. 23 *bis* ove si prevede altresì la possibilità che la Commissione, previa autorizzazione del giudice nazionale, presenti osservazioni orali.

<sup>22</sup> Cfr. M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l’espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, Bruylant, 2013, p. 429 ss., spec. p. 547 ove si rileva “alors que la justice européenne s’inscrivait au sein du marché intérieur dans une logique verticale du juge d’un État membre confronté au droit de l’Union, elle prend une nouvelle dimension horizontale, avec l’apparition de la coopération civile. ... La justice européenne s’élabore alors par plusieurs juges et droits judiciaires nationaux au soutien de normes européennes”.

colto il ricorso presentato da varie imprese avverso la richiesta inoltrata, tramite circolari, dall'Inps e dall'Inail di restituzione immediata e totale dei contributi ridotti *ex lege*<sup>23</sup>. A sostegno della propria conclusione il Tar ha sottolineato il *distinguo*, operato dalla Commissione nella cennata decisione C (2012) 7128, tra ingiunzione di sospensione e di recupero. In altre parole il giudice amministrativo ha precisato che una cosa è la sospensione dell'aiuto effettivamente disposta dall'istituzione europea nel caso di specie, altra (e diversa) il recupero che interviene a valle di una verifica di incompatibilità dell'aiuto con il mercato comune.

5. Segue. *La ripetizione dell'indebito nel contesto europeo e il recupero degli aiuti statali: cenni*

Proprio alla luce del *distinguo* poc'anzi menzionato, in margine al presente commento, sembra opportuno soffermarsi brevemente su una questione che fa da sfondo all'esame sin qui condotto e cioè la latente e progressiva correlazione tra ripetizione dell'indebito e recupero degli aiuti statali nel contesto europeo che per molti versi costituiscono due facce della stessa medaglia<sup>24</sup>.

In questa prospettiva occorre innanzitutto tratteggiare per grandi linee le (modeste) differenze e le (notevoli) aree di sovrapposizione che caratterizzano i due istituti. Muovendo dalle prime va rilevato che essi si contraddistinguono per la diversità del soggetto nei cui confronti la pretesa viene azionata: l'autorità nazionale cui le somme sono state versate nella ripetizione dell'indebito, l'impresa che ha indebitamente percepito l'agevolazione nel recupero degli aiuti statali. Sul versante delle analogie va sottolineato che entrambi gli istituti presuppongono una violazione del diritto dell'Unione europea. Al riguardo basti ricordare che la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato il principio del rimborso dei tributi incompatibili con il diritto europeo<sup>25</sup> e, pa-

<sup>23</sup> Cfr. Tar Abruzzo 12 settembre 2013, n. 758.

<sup>24</sup> S. MARTIN, *Analyse comparée des régime de répétition de l'indu et de récupération des aides d'État*, in *RMCUE*, 2013, p. 497 ss.

<sup>25</sup> Peraltro ravvisando nel diritto di ottenere il rimborso la conseguenza e il completamento dei diritti attribuiti ai singoli dalle disposizioni del diritto dell'Unione che vietano tali tributi. Sul punto cfr. tra tante C. Giust. 20 ottobre 2011, *Danfoss A/S*, causa C-94/10; C. Giust. 6 settembre 2011, *Lady&kid A/S*, causa C-398/09.



rallealmente, l'obbligo di recuperare gli aiuti concessi ed incompatibili con il mercato interno<sup>26</sup>. Ancora, sul fronte delle affinità va chiarito che tanto la ripetizione dell'indebito quanto il recupero degli aiuti devono fare i conti con le regole processuali di matrice nazionale. Il che, con riguardo al recupero, risulta *per tabulas* dal regolamento di procedura ove si rinvia alle procedure di legge nazionali<sup>27</sup>; per la ripetizione dell'indebito si ricava dalle reiterate ed incisive affermazioni della Corte di giustizia secondo cui "in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in virtù del principio di autonomia processuale degli Stati membri, stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario"<sup>28</sup>.

Su quest'ultimo aspetto, invero, la stessa dottrina non ha mancato di evidenziare che se il principio dell'autonomia processuale rispecchia il riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea, favorendo un'attuazione decentrata del diritto europeo, la portata di detto principio è stata progressivamente ridimensionata dalla Corte di giustizia dal momento che quanto più l'autonomia processuale trova espressione tanto più si riducono i margini di applicazione uniforme ed effettiva del diritto sovranazionale<sup>29</sup>. Per dirla

<sup>26</sup> Cfr. ad esempio C. Giust. 13 febbraio 2014, *Mediaset SpA c. Ministero dello Sviluppo economico*, causa C-69/13; C. Giust. 7 novembre 2013, *Repubblica Italiana c. Commissione*, causa C-587/12 P.

<sup>27</sup> Si veda il considerando 13 e l'art. 14 del regolamento n. 659/1999 sul punto non modificato dal regolamento n. 734. Sul punto v. C. Giust. 12 dicembre 2013, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-411/12.

<sup>28</sup> Così C. Giust. 19 settembre 2006, *i-21 Germany GmbH c. Repubblica federale di Germania*, cause riunite C-392/04 e C-422/04, punto 57. Nello stesso senso già C. Giust. 27 marzo 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit Italiana srl*, causa C-61/79, punto 25 ("in mancanza di una normativa comunitaria in materia di contestazione o di recupero di tasse nazionali pretese illegittimamente o riscosse indebitamente, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta") e, più recentemente, C. Giust. 12 dicembre 2013, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-411/12.

<sup>29</sup> Sul punto V. BOUHIER, *L'autonomie procédurale: les contours évolutifs d'un principe dans le cadre de la répétition de l'indu*, in *RMCUE*, 2013, p. 482 ss. Sull'uniformità ed effettività dell'applicazione del diritto dell'Unione europea quale limite dell'autonomia procedurale degli Stati membri, v. anche G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, editpress, 2010, p. 119.

con le stesse parole “*l'autonomie procédurale n'empêche pas le juge de l'Union d'assurer l'encadrement des voies de droit national et d'imposer au juge national de respecter l'effet utile du droit de l'Union*”<sup>30</sup>.

Tale impostazione si riflette sulla lettura giurisprudenziale delle eccezioni capaci di precludere la concreta ripetizione delle somme: la sola impossibilità assoluta per il recupero degli aiuti statali, l'arricchimento senza causa per la ripetizione dell'indebito. I due istituti vengono, tuttavia, assimilati da questa dottrina sul versante funzionale essendo ritenuti entrambi strumentali a garantire il buon funzionamento del mercato interno. Il risultato è dunque che le relative differenze sono drasticamente ridotte ed appiattite al rango di “*simples conséquences des disparités pratique existant entre les transferts financiers*”<sup>31</sup>.

Invero la disciplina degli aiuti statali risponde ad una logica ben più ampia ed articolata della mera garanzia di buon funzionamento del mercato, ma se in generale nel contesto europeo si registra un accostamento degli istituti del recupero e della ripetizione dell'indebito, la distanza che separa detti istituti nello scenario nazionale resta segnata da un fossato incolmabile.

### **Key words**

Benefici contributivi per eventi alluvionali, qualificazione misura nazionale, aiuti per calamità naturali, mancata notifica, aiuti illegali.

Contributory benefits for flood events, qualifying national measure, aid for natural disasters, failure to notify, illegal aid.

<sup>30</sup> Così S. MARTIN, *op. cit.*, p. 500.

<sup>31</sup> Così S. MARTIN, *op. cit.*, p. 502.

## Giacinto Della Cananea

### L'ANVUR e le banche dati per l'area giuridica

**Sommario:** 1. Progressi, problemi. 2. Aspetti di metodo. 3. Varietà di banche dati e di forme di utilizzo. 4. Un obiettivo da realizzare: il potenziamento delle banche dati per lo studio del diritto. 5. Due orientamenti opposti: diritto ed economia. 6. Le banche dati per la valutazione della ricerca giuridica: limiti e inconvenienti. 7. *Glissez, mortels n'appuyez pas.*

#### 1. *Progressi, problemi*

Dall'entrata in vigore delle nuove norme – principalmente quelle stabilite dalla legge 30 dicembre 2010 n. 240 – concernenti la valutazione della ricerca e della didattica, l'insieme delle conoscenze disponibili intorno alle attività svolte dai professori e dai ricercatori universitari è notevolmente aumentato. Soprattutto dalle azioni svolte nel quadro della “valutazione della qualità della ricerca 2004-2010” (VQR) è venuto un progresso senza precedenti. Si sono affinati, stabiliti, attuati criteri e metodi di lavoro che hanno riscosso ampie adesioni nella comunità scientifica. Grazie a quei criteri e metodi condivisi, alle conoscenze accumulate e alle valutazioni effettuate, si è ridotto il divario che si era accumulato rispetto ad altri Paesi appartenenti all'Unione europea. Si dispone ormai di una base per le decisioni spettanti ai *policy-makers*, non solo nella logica – cara a Luigi Einaudi – secondo cui bisogna “conoscere per deliberare”, ma anche come limite al potere discrezionale della Politica<sup>1</sup>.

E tuttavia, nell'accademia italiana sembra non esservi consenso sulle modalità con cui proseguire l'esperimento avviato, correggendo alcune inevi-

<sup>1</sup> Per questa tesi, e per una più ampia analisi delle varie esperienze di valutazione, rinvio a DELLA CANANEA, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico*, in *LPA*, 2012, p. 485 ss.

tabili imperfezioni. Componenti tutt'altro che marginali della comunità scientifica hanno manifestato il timore che quei criteri e metodi di lavoro, che hanno riscosso importanti adesioni e costituiscono quindi un patrimonio condiviso, siano messi a rischio dalle nuove iniziative adottate o prospettate dall'Agenzia cui spetta valutare la ricerca e le università, l'ANVUR. Controverso, in particolare, è lo scenario che l'Agenzia ha prospettato in ordine alla creazione di banche dati per le riviste scientifiche. Viene da più parti paventato l'abbandono, nei fatti se non nei discorsi ufficiali e negli atti di regolazione, del consolidato principio della specializzazione dei saperi scientifici e delle correlative forme di valutazione, qualora venga prescritto l'impiego di criteri e metodi appropriati per altre scienze. Non sono pochi quanti ritengono che, ove questa evenienza si realizzi, si debba chiedere l'intervento dei giudici amministrativi, in una fase in cui l'applicazione delle poco commendevoli regole ministeriali sull'abilitazione scientifica nazionale minaccia già di fare lievitare il contenzioso (che questa fosse la conseguenza assai probabile di quelle regole, era stato segnalato per tempo ai decisori politici e ai loro *policy advisors*, i quali purtroppo non ne curarono, ma questa è un'altra storia)<sup>2</sup>.

Un utile modo per inserirsi in questa discussione può consistere nel considerare, più che le intenzioni reali o recondite dell'Agenzia, ciò che essa ha fatto, nel metodo e nel merito.

## 2. *Aspetti di metodo*

Quanto al metodo, ci si può limitare ad alcune, rapide constatazioni, più che osservazioni. L'Agenzia ha costituito un gruppo di lavoro, chiamando a collaborarvi studiosi di varie discipline giuridiche. Ha chiesto loro di svolgere un'istruttoria, anche alla luce di alcuni progetti – poco noti – elaborati e sviluppati da giuristi, come il progetto sperimentale riguardante l'analisi delle citazioni nelle riviste di diritto romano, svolto da alcuni studiosi dell'università Federico II di Napoli. Ha reso pubbliche le risultanze preliminari dell'istruttoria avviata<sup>3</sup>. Ha organizzato – in collaborazione con il Consiglio

<sup>2</sup> Per un'analisi delle norme riguardanti l'abilitazione scientifica, FRANCHINI, *The New System for Recruiting Professors in Italian Universities: Strength and Weaknesses*, in *IJPL*, 2013, 5, p. 135.

<sup>3</sup> Il documento del Gruppo di lavoro database e nuovi indicatori, *Specifiche preliminari per*

nazionale delle ricerche – un incontro di studio per discuterne, con giuristi e studiosi delle altre scienze sociali e umane.

È un metodo che ricalca, nelle linee essenziali, il *notice and comment* di cui si avvalgono le autorità di regolazione nei paesi anglosassoni, mutuato dalle norme dell'Unione europea per alcuni settori contraddistinti dalla presenza di interessi della collettività che giustificano l'imposizione di limiti e regole all'azione delle forze del mercato, come i servizi pubblici e la disciplina della finanza privata. Non occorre condividere la tesi di Schumpeter circa l'analogia tra il mercato e la democrazia per rendersi conto che è proprio questo metodo di azione ad aver dato "voce" a quanti – a ragione o a torto – avversano le iniziative intraprese dall'Agenzia e soprattutto gli obiettivi che essa si prefigge di realizzare. Un'analisi storica e documentale specifica potrebbe verificare se gli indirizzi che sono stati determinati per le università e la ricerca siano stati preceduti da occasioni di confronto, anche dialettico, in misura pari o superiore rispetto ad altri settori in cui i pubblici poteri agiscono. Se l'aver utilizzato la forma di legittimazione che deriva dal procedimento – che è tipica degli ordinamenti democratici – possa servire a compensare quella che taluni reputano essere un'inadeguata legittimazione elettorale<sup>4</sup>, è un'altra questione, che richiede un'apposita disamina.

### 3. *Varietà di banche dati e di forme di utilizzo*

La considerazione da cui muovere è che nel documento di lavoro che l'Agenzia ha predisposto e reso pubblico si fa riferimento al concetto di banca dati non nel senso di complesso di dati personali da sottoporre a un determinato trattamento (l. 31 dicembre 1996 n. 675), bensì in quello di complesso di dati sistematicamente raccolti e accessibili individualmente mediante mezzi elettronici o in altro modo (l. 21 aprile 1941 n. 633, come modificata, da ultimo dal d.lgs. 6 maggio 1999 n. 169).

Non si tratta, infatti, di tutelare dati sensibili, perché l'oggetto cui i dati fanno riferimento è costituito da pubblicazioni, più esattamente da lavori

*una banca dati bibliometrica italiana nelle aree umanistiche e sociali* (2013), è pubblicato sul sito internet dell'Agenzia ([www.anvur.org](http://www.anvur.org)).

<sup>4</sup> PINELLI, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Munus*, 2011, p. 367.

pubblicati su riviste scientifiche. Si tratta, piuttosto, di configurare in modo organizzato, sistematico, i dati relativi a quelle pubblicazioni e renderli accessibili.

Un'attività di questo tipo, è bene notarlo, può essere svolta per una varietà di fini. Nel novero di quei fini, vi è il rendere un servizio al pubblico, senza alcun onere. Vi è anche lo scopo di ottenere un beneficio economico ed è in questa logica che la direttiva dell'Unione europea n. 96/9 ha stabilito le regole cui la costituzione e l'utilizzo – a fini economici, appunto – delle banche dati devono attenersi. Non costituisce un'evenienza fortuita, quindi, che tra gli interlocutori della discussione organizzata dall'Agenzia vi siano esponenti delle società commerciali che gestiscono archivi di riviste scientifiche, ai quali si accede mediante sistemi informativi automatizzati, e forniscono mediante appositi *software* una serie di servizi accessori e complementari, come, per esempio, le citazioni ottenute dagli articoli pubblicati su quelle riviste. Non sono poche né di trascurabile rilievo, quindi, le questioni che si pongono quanto ai metodi e criteri di organizzazione degli elementi informativi di base e all'accessibilità al contenuto informativo della banca dati, soprattutto qualora si intenda farne uso in vista d'una qualche decisione dei pubblici poteri, si tratti del Ministero, dell'Agenzia o d'una determinata università.

#### 4. *Un obiettivo da realizzare: il potenziamento delle banche dati per lo studio del diritto*

Le questioni cui si è fatto cenno or ora s'intrecciano variamente con due possibili, ben distinte, forme di utilizzo delle banche dati nel senso indicato. Una concerne l'oggetto della valutazione, ossia la ricerca, nel caso di specie quella giuridica; l'altra la valutazione della ricerca svolta, più precisamente delle pubblicazioni che ad essa sono conseguite.

Quanto alla prima forma di uso delle banche dati contenenti gli articoli di riviste, l'apporto che la tecnologia ha dato, può dare, è molto importante<sup>5</sup>. Lo è per via di un tratto distintivo che il diritto presenta rispetto ad altre discipline. Per il diritto, non assumono rilievo soltanto gli atti e, più in generale, i fatti giuridici. Assumono notevole importanza le opinioni di quanti con-

<sup>5</sup> CARTIER, *Publication, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dematerialisation des données juridiques*, in *AJDA*, 2005, 102.

tribuiscono a fare “giurisprudenza”, ossia i professori (*Professorenrecht*). Si consideri, a titolo esemplificativo, lo statuto della Corte internazionale di giustizia: esso fa riferimento, all'articolo 38, § 2, ai lavori scientifici dei “*learned commentators*”, intesi come fonte sussidiaria per l'individuazione delle regole di diritto, di cui la Corte stessa è chiamata ad assicurare l'osservanza. Ha notevole importanza, quindi, poter avere accesso a quelle opinioni. Né si tratta di una peculiarità del diritto esterno allo Stato. Basti pensare alla formazione del diritto amministrativo in Paesi diversi tra loro come la Francia e gli Stati Uniti d'America. In essi, è fondamentale il ruolo della giurisprudenza. Lo è, altresì, il ruolo della “dottrina”.

Il raffronto con quei Paesi dimostra che è stato impresso un notevole sviluppo alla costituzione e all'utilizzo delle banche dati nell'area giuridica (*Hein on Line*, J-Stor, Lexis Nexis; *Persée*, *Gallica*), con risultati considerati per lo più di tipo positivo. Relativamente all'Italia, l'importanza degli strumenti di questo tipo è stata sottolineata da una recente, importante pronuncia del giudice amministrativo. Si tratta della sentenza che ha respinto il ricorso dei direttori di una rivista giuridica nei confronti del provvedimento con cui l'Agenzia ha stabilito l'elenco delle riviste scientifiche e le ha distribuite in più classi di merito. Mentre il giudice amministrativo ha ritenuto non irragionevoli le scelte effettuate dall'Agenzia, ha ritenuto “in linea assoluta ... condivisibile l'affermazione dei ricorrenti secondo cui ‘il cartaceo delle biblioteche è destinato ad essere superato dalla possibilità di accedere on line’”<sup>6</sup>. Se quell'affermazione è fondata, come il giudice amministrativo ha osservato, ne consegue la necessità che non solo le modalità di accesso, ma anche quelle di raccolta e organizzazione dei dati siano congruamente disciplinate.

Tuttavia, basta un semplice sguardo ai documenti resi pubblici dall'Agenzia per comprendere che non è di ciò che essa intende occuparsi, bensì della possibilità che le banche dati siano utilizzate per la valutazione dei lavori pubblicati sulle riviste scientifiche. Le questioni che si pongono sono, quindi, altre, non meno delicate.

<sup>6</sup>TAR Lazio, III sezione, decisione n. 246/2013 (10 gennaio 2014).

### 5. *Due orientamenti opposti: diritto ed economia*

È bene dire subito – a fini di chiarezza – che, in vista della valutazione dei lavori pubblicati sulle riviste scientifiche sono emersi, nel quadro della VQR 2004-2010, due orientamenti che hanno variamente segnato sia quella esperienza di valutazione, sia le scelte compiute in sede ministeriale ai fini dell’abilitazione scientifica nazionale.

Nella scienza economica, è stato manifestato un interesse, che non corrisponde semplicemente a un’istanza analitica ma è assunto a una vera e propria scelta di *policy*<sup>7</sup>, nei confronti degli indicatori di tipo bibliometrico. Quella scelta è stata variamente giustificata: con la maggiore semplicità delle valutazioni che quegli indicatori consentono di effettuare; con l’aggancio alle prassi da tempo consolidate nei Paesi anglosassoni, sull’assunto che a quelle prassi ci si debba prima o poi uniformare; con il beneficio che ne deriva in termini di confronto con altre discipline scientifiche, nelle *hard sciences*<sup>8</sup>.

Di segno non semplicemente diverso, ma opposto è l’orientamento che è prevalso nell’area giuridica. Il *panel* di esperti costituito dall’Agenzia ha constatato l’esistenza di una scelta netta, inequivocabile, di un orientamento condiviso nei Paesi appartenenti alla medesima tradizione giuridica, quella occidentale. Particolarmente netto, al riguardo, è l’orientamento esternato nel documento con cui è stato avviato l’esercizio del RAE attualmente in corso: in esso la bibliometria viene esclusa non solo per il diritto, ma per tutte le scienze sociali e umane, con l’unica, parziale eccezione dell’economia<sup>9</sup>. I criteri stabiliti per la VQR hanno seguito il medesimo orientamento: scegliendo come metodo di lavoro la revisione dei pari (*peer review*); escludendo l’utilizzo di indicatori di tipo bibliometrico; configurando il *rating*

<sup>7</sup> Per l’osservazione che le attività volte alla costituzione di una base bibliometrica non sono meramente neutrali, CAMMELLI M., *Anvur, data base bibliometrica italiana, aree umanistiche e sociali. Note a margine*, in *ASTRID*, gennaio 2014.

<sup>8</sup> Si vedano le ben argomentate critiche di BACCINI, *Valutare la ricerca scientifica*, il Mulino, 2010.

<sup>9</sup> La scelta effettuata è inequivocabile: “sub-panels will neither receive nor make use of citation data, or any other form of bibliometric analysis including journal impact factors”: RAE, *Main Panel C Criteria* (2012), § 64. La nettezza di questa esclusione è stata confermata dal direttore del sub-panel per l’area giuridica nel corso dell’incontro di studio organizzato dall’Università di Firenze il 16 ottobre 2013.



delle riviste scientifiche come esercizio di tipo sperimentale, provvisorio, privo di qualsivoglia effetto di tipo vincolante per quanti erano chiamati a valutare i lavori scientifici sottoposti dai giuristi. In questo senso ed entro questi limiti, si può ravvisare, da un lato, una convergenza con gli orientamenti prevalsi nella scienza politica e nella filosofia, nelle discipline storiche e letterarie, in quelle architettoniche; dall'altro lato, una divergenza rispetto agli orientamenti prevalsi nell'area economica, pur se per essa l'utilizzo di indicatori di tipo bibliometrico è stato messo in discussione dai cultori delle discipline aziendali, è stato escluso dal regolamento ministeriale che disciplina l'abilitazione scientifica.

Le indicazioni che discendono dall'analisi sono chiare. Le banche dati possono essere utili se consentono di rafforzare la *peer review*, come è stato osservato dal professor Andrea Bonaccorsi (componente del Consiglio direttivo dell'Agenzia), per esempio confrontando vari tipi di giudizi, per accertare se quelli espressi dai revisori risentano oltremodo della soggettività che inevitabilmente li caratterizza. Esse non possono avere, invece, un ruolo sostitutivo. Non possono averlo nemmeno per un periodo di tempo limitato, in attesa della prossima VQR. Un problema di questo tipo, va sottolineato, si pone soprattutto per quelle università che per impulso di "esperti" della valutazione o per la carenza dei mezzi finanziari necessari per sottoporre alla valutazione dei pari i lavori scientifici dei propri professori e ricercatori, hanno messo a punto – per dir così, empiricamente – indicatori di tipo bibliometrico, sul presupposto che essi possano costituire una valida alternativa alla *peer review*. In realtà, non si tratta di un'alternativa valida, sotto il profilo giuridico, bensì di una scelta in contrasto con la "natura delle cose", oltre che con le regole vigenti.

#### 6. *Le banche dati per la valutazione della ricerca giuridica: limiti e inconvenienti*

Una volta chiarito che le banche dati, mentre sono senz'altro utili per lo studio del diritto e possono servire a irrobustire la valutazione dei pari, non possono in alcun caso essere impiegate per introdurre (tanto meno surrettilmente) parametri e metodi di valutazione della ricerca estranei all'area giuridica, si devono segnalare i limiti di operatività cui esse sono esposte e alcuni inconvenienti che possono derivare dal loro impiego.

Un evidente limite concerne l'oggetto dell'indagine preliminare. Il la-

voro istruttorio avviato dall'Agencia concerne soltanto gli articoli pubblicati sulle riviste scientifiche. Si tratta di un "genere letterario" importante, coltivato dai giuristi, in Italia e in altri Paesi appartenenti alla medesima tradizione. Peraltro, nell'area giuridica esso non ha un'importanza paragonabile a quella che gli viene assegnata dagli economisti, pur se tra di essi hanno una posizione a sé le discipline aziendalistiche. È assodato, tra i giuristi, che le monografie di ricerca costituiscono un genere letterario altrettanto, se non più importante: la realizzazione di un lavoro di questo tipo costituisce un requisito – non importa se formalizzato dalle norme dell'ordinamento – per la consacrazione di uno studioso. Né può dirsi che si tratti d'una peculiarità italiana: basti pensare all'importanza rivestita dall'*Habilitationschrift* in Germania. Un'ulteriore riprova – se ve ne fosse bisogno – dell'importanza delle monografie di ricerca (da tenere distinte dai lavori di tipo compilativo che vengono prodotti a meri fini concorsuali) è fornita proprio dalla VQR 2004-2010. I risultati delle valutazioni effettuate attestano, infatti, che le monografie rappresentano un terzo della produzione dei giuristi sottoposta alla VQR e il terzo più pregiato, cioè quello cui si riferiscono i giudizi positivi di grado più elevato, rispetto agli articoli di riviste, da un lato, e alle relazioni a convegni e ai commenti ad atti normativi, dall'altro lato<sup>10</sup>. La significatività delle risultanze che possono essere ottenute da valutazioni circoscritte agli articoli pubblicati sulle riviste scientifiche è, pertanto, limitata.

Non è scevra da problemi neppure un'altra scelta di fondo che è emersa nel dibattito in corso nelle sedi istituzionali e in quelle scientifiche. Se si costituisse una banca dati per le sole riviste scientifiche italiane, questa non consentirebbe di effettuare raffronti con i lavori pubblicati su riviste scientifiche di altri Paesi, segnatamente con quelle edite in lingua inglese, i quali costituiscono una quota minoritaria, ma non irrilevante dei lavori sottoposti alla VQR 2004-2010. Se, invece, si intendesse favorire l'approdo di alcune riviste giuridiche alle banche dati esistenti, bisognerebbe tenere conto del fatto che in vari settori del diritto (diritto romano, storia del diritto medievale e moderno, diritto penale) la lingua inglese non è quella esclusiva, né la principale.

Vi sono altresì alcuni inconvenienti, da non sottovalutare, relativi alle

<sup>10</sup> *Rapporto finale del Gruppo degli esperti della valutazione per l'area giuridica* (luglio 2013), in [www.anvur.org/rapporto/](http://www.anvur.org/rapporto/). Per un'analisi delle principali questioni, DI CRISTINA, *Risultati e prospettive della valutazione della ricerca nell'area giuridica*, in *Munus*, 2013, p. 395.

forme di utilizzo d'una banca dati riguardante gli articoli pubblicati sulle riviste scientifiche. Un primo inconveniente riconnesso con la famiglia di indicatori che fa riferimento alle citazioni discende dalla circostanza – ben nota nei Paesi di ceppo inglese, ai quali a volte viene fatto riferimento dai volenterosi propositori di cambiamenti – che sovente esse non sono in grado di attestare l'influenza di un lavoro scientifico<sup>11</sup>. Infatti, le citazioni possono essere, spesso sono, *a contrario*. Vi è, inoltre, il problema della “*collegial citation*”<sup>12</sup>. Questo problema sembra particolarmente spinoso per l'Italia, perché spesso esse sembrano avere una accentuata caratterizzazione in termini di “scuola”. Non a caso, nella sentenza del giudice amministrativo prima richiamata, il TAR Lazio ha sottolineato che allo stato attuale non vi sono “criteri oggettivi ... né dati che attestino ... citazioni” di una rivista.

Non va trascurato un ulteriore inconveniente, concernente la scelta delle riviste da includere nella banca dati. Quella scelta, comunque sia stata effettuata, deve essere periodicamente aggiornata, non tanto e non solo per assicurare il “pluralismo culturale” cui si è fatto riferimento da più parti per contestare le decisioni prese dall'Agenzia<sup>13</sup>, bensì per due motivi connessi, ma distinti. Innanzitutto, è quanto meno opinabile che vi siano decisioni siffatte di una qualsivoglia autorità pubblica, in luogo del libero gioco del mercato. Inoltre, anche ammettendo che quelle decisioni possano essere validamente emanate in vista di determinati scopi di pubblico interesse, i loro effetti devono essere rigorosamente delimitati nel tempo, in modo da dare spazio alle nuove riviste e a quelle che hanno realizzato importanti progressi<sup>14</sup>.

Dunque, molto resta da fare – e da sottoporre al vaglio della comunità scientifica – prima che le attività promosse dall'Agenzia possano costituire una base adeguata in vista della formalizzazione di indicatori o parametri per valutare la ricerca svolta nell'area giuridica.

<sup>11</sup> CASS, BERMAN, *Throwing Stones at the Mudbank: the Impact of Scholarship on Administrative Law*, in *ALR*, 1993, 45, p. 2.

<sup>12</sup> PERRY, *The Relative Value of American Law Reviews: Refinement and Implementation*, in *CLR*, 2006, 39, 1.

<sup>13</sup> È interessante un confronto con il diverso approccio prevalso nella cultura giuridica nordamericana, relativamente all'influenza esercitata da un numero tutto sommato ristretto di riviste: MANN, *The Use of Legal Periodicals by Courts and Journals*, in *JJ*, 1986, p. 400.

<sup>14</sup> Questa necessità è stata sottolineata dal professor Alessandro Pace, direttore della “*Giurisprudenza costituzionale*”, che è non solo una rivista prestigiosa da più di mezzo secolo, ma anche una di quelle più sovente consultata da studiosi appartenenti a una varietà di settori scientifici.

7. *Glissez, mortels n'appuyez pas*

L'area giuridica è una di quelle per le quali l'applicazione degli indicatori di produttività scientifica richiede maggiormente un accorto dosaggio tra i criteri generali riguardanti tutti i campi del sapere scientifico e quegli aspetti tradizionali, tuttora prevalenti, che meglio di altri sono suscettibili di essere conciliati con i nuovi, a essere rinnovati in modo graduale e nel rispetto delle specificità proprie di quest'area.

Ciò non esclude, beninteso, l'esigenza di affinare criteri e metodi di valutazione. Occorrerà trovare progressivamente un equilibrio migliore tra le monografie e gli articoli, specie se innovativi nelle metodologie o nei contenuti, pubblicati sulle principali riviste giuridiche. Potrà contribuire una più equa considerazione dei contributi pubblicati nelle riviste in lingua inglese o in una delle altre principali lingue del mondo. Potrà giovare una più accurata disamina dei margini entro cui le citazioni possono essere ritenute significative.

Ma si tratta di un percorso per cui sono altrettanto importanti la consapevolezza della necessità di perfezionare i criteri e i metodi dei quali disponiamo l'ottenimento di una sempre più ampia adesione a quegli obiettivi, anche da parte dei ricercatori più giovani. Non ha perso rilievo quindi il *ca-veat* di Santi Romano, il maggior giurista italiano del XX secolo: *glissez, mortels n'appuyez pas*<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> ROMANO, *Glissez, mortels n'appuyez pas. Frammenti di un dizionario giuridico* (1948), Giuffrè, 1983, p. 117.

## Conferenza delle Associazioni scientifiche di area giuridica Parere sull'uso degli indicatori bibliometrici per la valutazione in ambito giuridico

I giuristi italiani, convinti della necessità che la ricerca in ambito giuridico sia sottoposta a valutazione, considerano irrinunciabile che le tecniche utilizzate a tal fine siano calibrate sulle peculiarità della loro produzione scientifica: non solo, perché altrimenti la valutazione non offre risultati affidabili, ma anche per la ragione che le tecniche valutative non sono strumenti di misurazione neutri. Esse, come i sistemi elettorali, reagiscono sul loro oggetto, modificandolo: provocando, cioè, comportamenti. Se non sono adeguate alle specificità dell'ambito di riferimento, possono produrre effetti devastanti.

Son questi i motivi per i quali il documento dal titolo “Specifiche preliminari per una base dati bibliometrica italiana nelle aree umanistiche e sociali”, licenziato dal gruppo di lavoro *ad hoc* nominato dall'ANVUR ed illustrato nell'incontro con le società scientifiche del 20 gennaio 2014, suscita vivissima preoccupazione. A quanto da esso risulta, infatti, il *database* non dovrebbe essere finalizzato esclusivamente alla ricerca, ma anche alla valutazione (p. 3 s.), grazie all'estrazione delle citazioni dal *corpus* degli articoli considerati (p. 6 ss.). La prospettiva è quindi quella dell'applicazione di tecniche fondate sugli indicatori bibliometrici anche in aree scientifiche sino a questo momento considerate non bibliometriche.

Non è qui il caso di richiamare le notissime le ragioni che inducono a respingere, con fermezza, una prospettiva del genere. Ragioni, peraltro, illustrate ampiamente e condivisibilmente dal “Rapporto finale di area” sulla VQR licenziato dal GEV dell'Area 12 solo pochi mesi or sono, nella cui parte conclusiva (p. 97 s.) si legge quanto segue: “Nulla autorizza a ritenere che gli indicatori di tipo bibliometrico – con i loro pregi e inconvenienti –

possano essere considerati una sorta di ‘ottimo’ verso il quale, prima o poi, si deve tendere. Nulla, d'altronde, nelle valutazioni acquisite dall'ANVUR, dimostra che quegli indicatori danno luogo a esiti superiori alla *peer review* [...]. Nulla, quindi, autorizza ad ipotizzare che, per il futuro, le scienze sociali e umane, e tra queste la scienza giuridica, debbano acconciarsi ad applicare gli indicatori di tipo bibliometrico”.

Le riserve nei confronti dell'uso, in ambito giuridico, di tali indicatori non possono essere neppure superate, assumendo che, nella prospettiva aperta dal progetto dell'ANVUR, essi avrebbero una funzione non già sostitutiva ma complementare, essendo destinati ad integrare i risultati della *peer review*.

È, infatti, elevato il rischio che, una volta introdotti, essi finiscano per diventare l'elemento valutativo esclusivo, sostituendo surrettiziamente il, più oneroso, giudizio dei pari. Ma, anche a prescindere da questo rischio, non può tacersi che il valore aggiunto dell'integrazione da essi realizzata è tutto da dimostrare, sembrando fuori discussione che, in caso di discordanza – qualora, cioè, la *peer review* dia un risultato in contrasto con quello risultante dagli indicatori bibliometrici – la prevalenza vada riconosciuta alla prima. Ciò è, del resto, confermato dal Rapporto finale del GEV Area 12 già citato, il quale, dopo aver rilevato che “non tutte le riviste per le quali il parere di eccellenza delle società scientifiche e del GEV erano convergenti abbiano ospitato sempre e comunque articoli eccellenti o buoni”, riferisce che la classificazione delle riviste non ha influito in alcun modo sui giudizi dei valutatori, non avendo impedito “evidentemente [...] che i giudizi fossero fondati solo sulla qualità del ‘contenuto’” (p. 24).

A tutto questo deve aggiungersi che, nell'ipotesi sviluppata nel documento del gruppo di lavoro costituito dall'ANVUR, l'inattendibilità – almeno in campo giuridico – degli indicatori bibliometrici è accresciuta dalla delimitazione del genere letterario considerato, che taglia fuori la produzione più significativa dei giuristi (quella monografica), e dalla selezione delle riviste cui attingere, la quale, ad un *ranking* non privo di margini di opinabilità, attribuisce un peso determinante ai fini della misurazione della qualità della ricerca.

Non vanno, infine, trascurati gli effetti che questi indicatori indurrebbero nella nostra produzione scientifica.

A questo riguardo, è molto istruttiva la circostanza che oggi, a seguito dell'introduzione del *ranking* delle riviste, moltissimi studiosi (soprattutto giovani), in considerazione del rilievo delle mediane per le abilitazioni scienti-

fiche e per l'accreditamento dei dottorati, non abbiano interesse a pubblicare in riviste, che, pur essendo serie e scientificamente accreditate, non si fregino della classe A. Il che, al di là di ogni valutazione sull'attendibilità della classificazione, mette in pericolo una delle maggiori risorse del progresso scientifico: il pluralismo di metodi, orientamenti e indirizzi, finendo per rafforzare certi gruppi editoriali e di scuola a discapito degli altri.

Ma non basta. È, infatti, prevedibile che l'introduzione di una banca dati delle citazioni incoraggerebbe fenomeni di manipolazione del dato, come l'uso strumentale delle citazioni stesse, per favorire il proprio gruppo di appartenenza ed ostracizzare gruppi diversi, o la diffusione del *doping* della produzione scientifica.

Lo scenario che tutto questo apre è, a dir poco, inquietante. Una valutazione affidata, in tutto o in parte, ad indicatori di questo tipo rischierebbe, infatti, di promuovere il conformismo scientifico, penalizzando l'innovazione e l'originalità, le quali non sempre, soprattutto agli inizi, hanno facile accesso alle riviste più blasonate.

Da qui, l'esigenza di non cercare illusorie alternative alla *peer review*, la quale non è sostituibile né utilmente integrabile mediante il ricorso agli indicatori bibliometrici. Quello che è necessario è cercare di migliorarne l'affidabilità, affrontando con serietà gli aspetti critici evidenziati dalla sua recente applicazione nella VQR. Ciò è, del resto, quanto cerca di fare la comunità dei giuristi, la quale, al proprio interno, ha già avviato una riflessione sul punto.

La rilevanza della posta in gioco rende assolutamente raccomandabile che su temi così delicati si proceda sulla base di ampie consultazioni che vedano il coinvolgimento attivo delle associazioni scientifiche. Le quali, essendo i luoghi in cui si concentra il massimo di competenza scientifica nei settori di rispettiva pertinenza, costituiscono, a questi fini, una risorsa imprescindibile.

La Conferenza delle Associazioni Scientifiche di Area Giuridica dichiara, sin d'ora, piena disponibilità ad offrire all'ANVUR il proprio contributo alla riflessione sul tema che ha occasionato questo parere e sugli altri che in futuro lo richiedessero. Chiede, inoltre, che, con l'autorizzazione delle associazioni da cui sono stati elaborati, tutti i contributi alla discussione vengano immediatamente pubblicizzati in rete, in modo da consentire l'interazione, in tempo reale, tra le diverse comunità scientifiche, dando così vita ad un'ampia riflessione collettiva, ad un dibattito culturale adeguato alla rilevanza delle questioni sul tappeto.

[Si autorizza la pubblicazione]





**Sonia McKay**

## Gli aspetti transnazionali del lavoro sommerso ed il ruolo della legislazione europea\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il contesto. **3.** I settori noti del lavoro sommerso. **4.** Il quadro legale a livello europeo. **5.** La direttiva sul distacco dei lavoratori. **6.** Contributi sociali e prestazioni. **7.** L'interazione tra immigrazione e diritti dei lavoratori. **8.** Il falso lavoro autonomo. **9.** Conclusioni.

### I. *Introduzione*

Il presente lavoro esamina alcuni risvolti transnazionali del lavoro sommerso e le implicazioni della legislazione europea inerente a tali risvolti. Ci si concentra su quattro aree tematiche: il distacco informale dei lavoratori tra gli Stati membri, incluso il c.d. distacco fraudolento o falso distacco; la presenza sul territorio di cittadini di Paesi terzi privi di permesso di soggiorno impiegati nel settore sommerso dell'economia; il lavoro informale transnazionale; infine, i benefici, in termini di sicurezza sociale, connessi alla mobilità tra i vari Paesi.

Nel contributo si riconosce una generale tendenza, supportata dalle politiche sia europee sia nazionali, a favorire l'immigrazione temporanea, circolare e selettiva<sup>1</sup>, la quale, però, crea anche le condizioni per la diffusione del lavoro sommerso. Da un lato, perché i soggetti permangono sul territorio soltanto temporaneamente, lavorando in settori informali; dall'altro, perché

\* La traduzione dall'inglese è di Marco Esposito e Emilia D'Avino (Dottoranda di ricerca in *Diritto e istituzioni economico-sociali: profili normativi, organizzativi e storico-evolutivi*, Università di Napoli "Parthenope").

<sup>1</sup> DIESIS, SOLIDARITE, *The illegal work of migrants in the European Union, Report with the financial support of the European Community Programme for Employment and Social Solidarity, PROGRESS (2007-2013)*.

la stessa natura provvisoria del loro soggiorno, come si evidenzierà, non favorisce le comunicazioni sul lavoro e le dichiarazioni fiscali, laddove i lavoratori stessi potrebbero non averne interesse in termini di benefici personali.

L'articolo prende le mosse delineando un quadro del lavoro sommerso a livello transnazionale e concentra l'attenzione, poi, sui relativi, centrali istituti giuridici. Esso descrive, infine, le intese negoziali, come il contratto di lavoro autonomo simulato o fraudolento, finalizzate a eludere le regole nazionali ovvero la tassazione imponibile.

Tutto ciò presuppone una riflessione ad ampio raggio: considerando non solo che, in un contesto di controlli restrittivi sull'immigrazione, all'interno dell'Unione europea è più probabile che gli immigrati siano spinti verso il lavoro sommerso ma anche che la loro conseguente precarietà potrebbe incidere sulle condizioni di lavoro di coloro che esercitano l'attività lavorativa in modo regolare.

## 2. *Il contesto*

È utile partire rimarcando una mia opinione di fondo, cioè che il lavoro sommerso non è conseguenza delle politiche di contrasto all'attraversamento delle frontiere o all'immigrazione clandestina, risultando un carattere costante nel tempo, insito nella struttura dei mercati del lavoro di tutti gli Stati membri, in modo più o meno esteso. Si da poter dire che esso “è una parte dell'economia”<sup>2</sup>. È fondamentale tale sottolineatura, perché aiuta a chiarire le difficoltà che si affrontano nel tentativo di contrastare questo fenomeno.

Recenti ricerche hanno dimostrato che c'è stata una “continua, lieve riduzione del lavoro sommerso”<sup>3</sup>; tuttavia si è anche osservata un'evidente correlazione tra “l'adozione di politiche sociali di austerità e l'aumento del lavoro informale”. Di guisa che, negli Stati membri ove sono stati introdotti programmi di contenimento e tagli alla spesa, il risultato è stato un ulteriore accrescimento del lavoro sommerso. Constatando che il numero dei Paesi costretti ad adottare tali tipi di misure sta ancora crescendo si può ipotizzare che il lavoro informale sia destinato a estendersi ulteriormente.

<sup>2</sup> EUROBAROMETRO, *Undeclared work in the European Union*, Special Eurobarometer, 2007, 284/Wave 67.3 – TNS Opinion & Social, 3.

<sup>3</sup> WILLIAMS, RENOY, *Tackling undeclared work in 27 Member States and Norway*, 2013.

Nel nostro studio sul lavoro precario ed i diritti sociali<sup>4</sup> (*Precarious work and social right*, d'ora in poi *PW/SR*), gli intervistati hanno riconosciuto che il lavoro sommerso è in crescita in molti Stati membri, specie in conseguenza delle restrizioni e della crisi, così come si può evincere dalla seguente affermazione:

“il problema di fondo, specialmente in fasi di crisi economica, è la convergenza tra datori e lavoratori sul ricorso al lavoro precario come mezzo per evitare l'integrale pagamento delle tasse. Siccome l'orizzonte pensionistico è incerto, molti non si soffermano a pensare al loro futuro. Ne consegue che la società lettone in generale, come risulta regolarmente dai sondaggi, è caratterizzata da un elevato tasso di lavoro nella c.d. economia grigia”.

Come hanno notato Williams e Renooy le società più eque hanno un tasso di economia sommersa inferiore rispetto ad altre meno eque, così che la dimensione dell'economia informale sembra essere il risultato di una “sotto-regolamentazione e non di una sovra-regolamentazione”<sup>5</sup>. Anche la riduzione delle ispezioni sul lavoro è stata identificata come un fattore di incremento del volume del lavoro sommerso. In realtà i dati esistenti possono soltanto sottostimare la sua diffusione, in un contesto in cui il lavoro informale non si può misurare in modo preciso, proprio perché occulto, così come invisibili sono sul territorio i soggetti che vi operano attraversando i confini nazionali. Lo studio di Eurobarometro del 2007 ha avvertito che è necessario interpretare i risultati con molta cautela, dato il basso numero di intervistati che hanno riferito di svolgere la propria attività nel mondo del lavoro sommerso o di aver ricevuto “retribuzione fuori busta” (in contanti)<sup>6</sup>. Questo vale ancor di più nel caso degli immigrati clandestini per i quali le stime più prudenti suggeriscono una presenza tra 1.5m e 3.8m<sup>7</sup>, in un contesto ove gli Stati Membri sono consapevoli dell'impossibilità di fornire statistiche certe su chi – nella maggioranza dei casi – rientra nella categoria del lavoro som-

<sup>4</sup> MCKAY, JEFFERYS, PARASKEVOPOULOU, KELES, *Study on Precarious work and social rights*, per la Commissione europea (VT/2010/084), 2012, in [www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7925&langId=en](http://www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7925&langId=en).

<sup>5</sup> WILLIAMS, RENOY, *Tackling undeclared work in 27 Member States and Norway*, cit.

<sup>6</sup> EUROBAROMETRO, *op. cit.*, p. 3.

<sup>7</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Size and development of irregular migration to the EU*, Clandestino research project - Counting the Uncountable: Data and Trends across Europe, 2009.

merso o falsamente dichiarato. “Lavoro sommerso” che può essere definito nel seguente modo: “forme di impiego volte ad eludere le norme che regolano il rapporto di lavoro; ossia ogni attività retribuita lecita di per sé, per sua natura, ma non dichiarata alle pubbliche autorità, tenendo conto delle differenze degli ordinamenti di ogni Stato Membro”<sup>8</sup>.

Soltanto uno su dieci intervistati dall’Eurobarometro ha usufruito di servizi considerati sommersi. Tra questi rientrano: l’acquisto di CD ed altre attrezzature tecniche; i servizi domestici, quali la cura della casa e dei bambini nonché l’assistenza agli anziani; le attività edilizie e di riparazione; i servizi alla persona. Queste sono tutte le aree di lavoro in cui i lavoratori transnazionali e gli immigrati sono di gran lunga presenti (e rappresentati). E sebbene il sondaggio stesso non rilevi condizioni particolari degli stranieri impiegati nel sommerso, proprio con riferimento a tale contesto va sottolineato come nel relativo campione non vi sia rappresentazione degli immigrati clandestini. Peraltro mentre nell’indagine di Eurobarometro si afferma che nel lavoro sommerso non sono molto rappresentati i cittadini europei che lavorano in altri Stati membri, altrettanto non può dirsi per gli immigrati di Paesi terzi, in particolare per quelli senza permesso di lavoro. Si sostiene, del resto, che il sommerso, in quanto caratteristica dei mercati del lavoro in tutti gli Stati membri, favorisca l’immigrazione clandestina o di coloro che sono disposti a lavorare senza pagare tasse o contributi sociali.

Quindi, nel generale contesto del lavoro non dichiarato, si percepisce nettamente il prevalente ricorso all’impiego di lavoratori migranti, provenienti tanto dai Paesi dell’Unione europea quanto dai Paesi terzi. Lo studio di Eurobarometro<sup>9</sup> ha messo in luce come una percentuale significativa degli intervistati (il 23%) identifichi “lavoratori in nero” e “immigrati illegali”<sup>10</sup>; e – sebbene il 41% del campione individui nei “disoccupati” la

<sup>8</sup> European Industrial Relations Dictionary, in [www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary](http://www.eurofound.europa.eu/areas/industrialrelations/dictionary).

<sup>9</sup> EUROBAROMETRO, *Undeclared work in the European Union*, Speciale Eurobarometro 284, 2007, commissionato dalla Direzione generale per l’impiego, gli affari sociali e le pari opportunità e coordinato dalla Direzione generale per la comunicazione,

<sup>10</sup> Sebbene sia qui utilizzata tale definizione, nel prosieguo del contributo si preferisce ricorrere alla diversa espressione di immigrato “privo di documenti” o “irregolare”. Questo per prendere personalmente le distanze dal concetto di “illegalità” quale conseguenza dello status. I lavoratori, difatti, non sono *illegali*, sono i vincoli delle norme sull’immigrazione che negano

categoria per eccellenza dei “lavoratori irregolari” – in Grecia, Spagna, Italia, Cipro e Lussemburgo, gli intervistati sono stati più propensi a considerare gli “immigrati” come i principali attori nel lavoro nero. Diesis<sup>11</sup> ha anche osservato che i clandestini sono stati comunemente associati al lavoro sommerso, seppur esso “può ugualmente riguardare gli immigrati che hanno uno *status* regolare”; ciò è stato aggravato: dalle difficoltà incontrate nell’ottenere qualifiche riconosciute; dalla discriminazione per motivi etnici nei luoghi di lavoro; dai problemi legati alla residenza ed ai permessi di lavoro. Questo accade, come Engblom ha osservato, nonostante il Comitato della Libertà di Associazione dell’OIL abbia messo in chiaro che, in capo agli immigrati irregolari, sono riconosciuti i diritti sindacali fondamentali, compreso il diritto di essere rappresentati; così che negargli tutela legale significherebbe non rispettare gli impegni internazionali del paese<sup>12</sup>.

### 3. *I settori noti del lavoro sommerso*

Sulla base delle nostre attuali conoscenze del lavoro sommerso si può affermare che esso è localizzato in particolari settori. Gli intervistati nell’ambito del citato studio dell’Eurobarometro hanno indicato – tra i settori cui si sono rivolti attingendo a lavoro nero – la vendita al dettaglio, il lavoro domestico, l’edilizia e la ristorazione. Nel mio studio sugli immigrati irregolari<sup>13</sup> a Londra, l’edilizia, la ristorazione ed il settore del take-away rappresentano le aree di lavoro in cui sono maggiormente coinvolti lavoratori senza permesso (“*without paper*”). Analogamente lo studio *PWSR* identifica, tra i settori nei quali è possibile si ricorra al lavoro sommerso, l’agricoltura, l’edilizia, il turismo, la ristorazione e il lavoro domestico. Anche il lavoro soggetto ad intensa variazione di domanda è associato al lavoro informale o irregolare ed è probabile che esso sia l’ambito in cui siano molto rappresentati i lavoratori transnazionali, perché

loro il diritto di lavorare in assenza di permesso legale. Talché l’illegalità è piuttosto uno *status* che viene imposto ai lavoratori.

<sup>11</sup> DIESIS, *op. cit.*

<sup>12</sup> ENGBLOM, *Labour law, trade unions and irregular migrant workers*, presentazione al seminario “Measure of migrant labour”, Helsinki, 27 settembre 2010.

<sup>13</sup> *Undocumented Migrants, Ethnic Enclaves and Networks: Opportunities, traps or class-based constructs* (UNDOCNET) (Grant Ref: RES-062-23-3281).

particolarmente mobili e flessibili. Così i suddetti settori sono quelli in cui il lavoro transfrontaliero e degli immigrati ha una presenza più consistente. Di sicuro ciò deve farci domandare in che misura il lavoro sommerso sia una reazione alle migrazioni transnazionali o, viceversa, se gli immigrati (in particolare quelli clandestini) siano attratti dai luoghi ove esso è diffuso. Come evidenzia una relazione dell'OCSE: "l'occupazione degli stranieri clandestini è solo un elemento, e non necessariamente il più importante, dell'attività economica cosiddetta 'economia sommersa o non dichiarata' (...) tutto ciò che è fatto per combattere l'assunzione di immigrati clandestini deve affrontare il problema del lavoro sommerso in generale e non solo l'impiego di immigrati clandestini di per sé"<sup>14</sup>.

Il lavoro non dichiarato condivide le sue caratteristiche con quelle forme di lavoro precario caratterizzate dall'incapacità delle persone di far valere i propri diritti; là dove la tutela sociale è assente, la salute e la sicurezza sono messe a rischio e l'impiego non fornisce un reddito sufficiente a consentire alle persone di vivere dignitosamente. Altro elemento chiave della precarietà è l'insicurezza. Essa comporta: incertezza del lavoro; reddito insufficiente; mancanza di tutela contro il licenziamento; durata sconosciuta dell'occupazione ed incertezza sulla futura occupazione<sup>15</sup>. La letteratura individua tra i gruppi che più probabilmente lavorano in condizioni precarie anche gli immigrati, sia nell'Unione europea che fuori<sup>16</sup> e il lavoro sommerso è quasi sempre identificato con la precarietà. In base allo studio *PWSR*<sup>17</sup>, i clandestini, le donne e gli uomini immigrati da Paesi terzi rientrano nella categoria di coloro che sono maggiormente precari (vedi la Tabella 1).

<sup>14</sup> *Informal employment and promoting the transition to a salaried economy*, OECD Employment Outlook, 2004.

<sup>15</sup> *PWSR*, 2012.

<sup>16</sup> V. BHALLA, McCORMICK, *Poverty among immigrant children in Europe*, Palgrave Macmillan, 2009; PORTHÉ, AHONEN, VÁZQUEZ, POPE, AGUDELO, GARCÍA, AMABLE, BENAVIDES, BENACH, *Extending a model of precarious employment: the case of Spain*, in *AJIM*, 2010, 53(4), p. 417.

<sup>17</sup> *PWSR*, 2012.

Tabella 1- Gruppi di lavoratori a rischio di lavoro precario  
(% di risposte al sondaggio)

	Non precari	Precari	Più precari	Altamente precari
<i>Immigrati clandestini</i>	2	2	6	83
<i>Donne lavoratrici immigrate cittadine di Stati terzi</i>	2	7	33	55
<i>Immigrati di Paesi terzi</i>	2	11	43	40

Fonte: Study questionnaire survey  
(Dati elaborati sulla base del sondaggio)

Porthé e altri, in uno studio del 2009 sui lavoratori irregolari condotto in quattro città spagnole<sup>18</sup>, riportano la percezione di questi ultimi relativamente ai caratteri della loro occupazione: “l’instabilità elevata del posto di lavoro; l’assenza di potere a causa della mancanza di tutela legale; l’elevata vulnerabilità aggravata dallo *status* giuridico personale di immigrato; i salari insufficienti percepiti e le retribuzioni inferiori a quelle dei colleghi; le limitate prestazioni sociali e la difficoltà nell’esercizio dei loro diritti oltre che, infine, lunghe ore di lavoro e pause brevi”. È importante chiarire, a tal riguardo, che la propensione alla precarietà, essendo una conseguenza del tipo di lavoro che le persone svolgono e delle condizioni in cui esso si verifica, non è necessariamente distinta a seconda che si tratti di immigrati europei – che attraversano le frontiere in cerca di lavoro – e immigrati di Paesi terzi. Essa include diversi fattori. La mancanza di conoscenza della lingua del Paese ospitante, la scarsa consapevolezza dei propri diritti e delle proprie competenze professionali: tutte caratteristiche trasversali ai diversi gruppi di lavoratori migranti transnazionali.

<sup>18</sup> PORTHÉ, *op. cit.*

#### 4. *Il quadro legale a livello europeo*

La Direttiva del Consiglio del 14 ottobre 1991 n. 533<sup>19</sup>, sull'obbligo del datore di lavoro di informare i lavoratori sulle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, afferma nel Preambolo che "lo sviluppo delle nuove forme di occupazione ha portato anche ad un aumento dei tipi di rapporto di lavoro" e in particolare prevede che "al lavoratore dipendente espatriato devono essere fornite informazioni in merito al suo espatrio, in aggiunta alle condizioni principali del suo contratto o del suo rapporto". La Direttiva si applica "a qualsiasi lavoratore subordinato il cui rapporto di lavoro sia regolato dalla legge di uno Stato Membro" (art. 1). Così se da un lato disciplina le ipotesi in cui gli immigrati hanno un'occupazione regolata dalla legge, dall'altro non si applica ai clandestini il cui rapporto, di conseguenza, non è regolamentato dall'ordinamento degli Stati membri e potenzialmente, oltretutto, esclude anche il lavoro non dichiarato, del tutto svincolato da regole. Altresì dall'applicazione della direttiva sono esclusi gli impieghi con durata inferiore ad un mese così come quelli che durano meno di otto ore, oltre i lavori "occasionalmente o e/o con natura specifica" che giustifichi la non applicazione in base a considerazioni obiettive (Art. 1(2)(b)). Queste quattro esclusioni comportano il mancato accesso dei lavoratori transnazionali ai diritti riconosciuti dalla legislazione europea, nonostante la loro specifica inclusione *ex art. 4* della Direttiva, laddove si definiscono i lavoratori espatriati come coloro che "sono invitati a lavorare in uno o più Paesi diversi dallo Stato membro alla cui legislazione e/o alla cui prassi è soggetto il contratto o il rapporto di lavoro" e comunque i dipendenti distaccati in altro Stato membro. A questi lavoratori è riconosciuto il diritto, prima della partenza, di avere informazioni certe, relative alla durata del contratto, alla valuta con cui viene pagata la retribuzione, ai vantaggi economici o in natura, ovvero alle condizioni del rimpatrio, indicando la legge dello Stato in cui si sta per svolgere la prestazione. Gli Stati Membri devono (art. 8) provvedere ad introdurre nel loro sistema giuridico misure legali idonee ad assicurare che siano effettivamente riconosciuti i diritti loro garantiti dalla Direttiva.

Nei termini di una specifica applicazione della normativa in esame, in caso di distacco da uno Stato Membro ad un altro, nella sentenza *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*, C-445/03, si è ritenuto

<sup>19</sup> In eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0533:EN:HTML.



che l'imposizione dell'obbligo per i dipendenti provenienti da altro Paese europeo di ottenere singoli permessi di lavoro da utilizzare nello Stato Membro fosse in violazione dell'articolo 49 del Trattato CE e che detti lavoratori avessero gli stessi diritti riconosciutigli nello Stato in cui sono stati assunti. Nelle cause congiunte, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98<sup>20</sup>, la Corte di giustizia ha oltretutto chiarito che non c'è un divieto per i Paesi ospitanti di introdurre misure *migliorative* delle condizioni di impiego del lavoratore, se più favorevoli a quelle vigenti nello Stato Membro originario. Comunque, nella pratica la Direttiva è scarsamente applicata e non evidenzia adeguatamente ciò che, invece, nello studio *PWSR*, metà degli intervistati hanno affermato: ossia che l'assenza di un contratto scritto rappresenta un indicatore dell'informalità e della precarietà e che ciò è legato all'esigenza di eludere le tasse e all'assenza di diritti sociali. Come uno degli intervistati nota:

“un contratto scritto mira a garantire a tutti i lavoratori i diritti minimi ma il problema ricorrente è che gli accordi vengono stipulati per evitare di pagare le tasse. In questi casi le parti, il datore di lavoro ed il dipendente, reciprocamente acconsentono all'esclusione del lavoratore dai benefici sociali. Questi accordi reciproci possono anche includere alcuni diritti sociali ma essi sono comunque incerti e legati esclusivamente alla reciproca fiducia che potrebbe essere infranta”.

La Direttiva 2009/52/CE<sup>21</sup> del 18 giugno 2009 introduce invece misure minime relative alle sanzioni ed ai provvedimenti applicabili nei confronti dei datori di lavoro che assumono cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e dispone norme di protezione nei confronti di questi lavoratori, assunti senza permesso di soggiorno e operanti nel mondo del lavoro sommerso o del falso lavoro dichiarato (con falsa identità o falsi documenti). Nel preambolo si afferma che “la possibilità di lavorare nel mondo del lavoro sommerso accresce il fenomeno dell'immigrazione”, evidenziando così un collegamento tra la preesistenza del lavoro informale e l'immigrazione trans-

<sup>20</sup> Rispettivamente, sentenze: *Finalarte Sociedade de Construção Civil Ld, Portugaia Construções Ld* (C-70/98), *Engil Sociedade de Construção Civil SA* (C-71/98) e *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amílcar Oliveira Rocha* (C-50/98), *Tudor Stone Ltd* (C-52/98), *Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Ld* (C-53/98), *Turiprata Construções Civil Ld* (C-54/98), *Duarte dos Santos Sousa* (C-68/98) e *Santos & Kewitz Construções Ld* (C-69/98).

<sup>21</sup> In eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:168:0024:0032:EN:PDF.

nazionale. Il cuore della direttiva s'incentra sulla possibilità di irrogare sanzioni nei confronti dei datori di lavoro in caso di assunzione irregolare. È importante sottolineare che: 1) la Direttiva non si applica ai cittadini di Stati terzi regolarmente soggiornanti, senza aver riguardo all'esistenza o no di un diritto al lavoro; ciò significa che non è riconducibile ad essa una sanzione per i datori che assumono chi è privo di permesso di lavoro pur essendo regolarmente soggiornanti; e 2) la Direttiva non si applica altresì a chi gode della libertà di movimento; quindi non si riferisce a coloro che hanno diritto di circolare; 3) essa non è applicabile nei confronti di chi ha diritto di lavorare in uno Stato Membro ed è distaccato in un altro Paese europeo.

Comunque, ci sono altri aspetti rilevanti per quanto riguarda il riconoscimento di alcuni diritti nei confronti dei lavoratori sommersi, i quali fossero al contempo immigrati clandestini. Anzitutto, la Direttiva in esame ha applicabilità maggiormente ampia rispetto alla Direttiva 91/533/CEE, perché essa ha ad oggetto le "attività che *sono o devono essere* retribuite, lavorando per o sotto la direzione e/o supervisione del datore di lavoro, non rispettose dei rapporti legali". Innovativo, altresì, è l'articolo 6 poiché dispone l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere le retribuzioni arretrate anche nei confronti dei lavoratori privi di permesso di soggiorno o nel caso in cui quest'ultimo sia scaduto. L'obbligazione da pagare viene calcolata sul valore dei livelli minimi di retribuzione [*a livello nazionale*] e lo scopo è non solo di assicurare ai lavoratori tali livelli ma anche di garantirli pur nell'ipotesi in cui avessero pattuito con il datore una retribuzione più bassa (art. 6 (1) a)). Oltretutto il datore di lavoro è obbligato a pagare i contributi previdenziali (art. 6 (1) b)), anche se non c'è nulla nella Direttiva che indichi se ai lavoratori, ai quali sono destinati questi contributi, i diritti da essi scaturenti sono riconosciuti immediatamente o nel futuro. L'art. 6(2)(b) riconosce al lavoratore il diritto ad essere "sistematicamente ed obiettivamente informato sui propri diritti" relativi alle retribuzioni ancora non pagate prima che sia rimpatriato, mentre l'art. 6(3) introduce una presunzione pari a tre mesi di durata minima del rapporto di lavoro [dovendo altrimenti provare la durata inferiore] ai fini del computo delle somme dovute. Engblom<sup>22</sup> afferma che l'articolo 6 della Direttiva contemplerebbe un possibile riconoscimento dello status di lavoratore dipendente anche in capo agli immigrati irregolari.

<sup>22</sup> ENGBLOM, *op. cit.*

### 5. *La direttiva sul distacco dei lavoratori*

La Direttiva 96/71/CE<sup>23</sup> sul distacco dei lavoratori si applica a tutti coloro che sono distaccati da uno Stato Membro in un altro per svolgere attività lavorativa. Essa definisce il lavoratore distaccato come colui che, per un periodo limitato di tempo, esercita la propria professione lavorativa nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui normalmente svolge la propria attività (Art. 2). La Direttiva non si applica ai lavoratori che decidono di loro iniziativa di cercare lavoro in altro Stato membro, al personale navigante impiegato nelle imprese della marina mercantile, né al lavoro autonomo. Se da un lato la definizione di lavoratore distaccato non fa riferimento a chi decide di propria iniziativa di andare in altro Stato per cercare lavoro (siano o no le sue origini in uno Stato membro), dall'altro essa comprende i lavoratori immigrati cittadini di Stati terzi che siano distaccati per lavorare da uno Stato membro ad un altro. La Direttiva non trova applicazione altresì ove cambi lo *status* di un lavoratore distaccato; come nota Clark in una ricerca sul distacco, “una delle principali evidenze emergenti [*dallo studio*] è proprio che tra il distacco definito normale ed il lavoro irregolare esiste una terra di nessuno”, così che il “vero” potrebbe diventare in un attimo “falso”<sup>24</sup>.

La Direttiva mira ad assistere i lavoratori durante i loro spostamenti oltre confine e a consentire l'apertura del mercato interno alla competizione tra i fornitori degli Stati membri. Nel Preambolo si afferma che “la trans-nazionalizzazione dei dipendenti solleva problemi sulla legislazione applicabile al rapporto di lavoro” per i quali la normativa in esame cerca di fornire criteri direttivi. L'art. 1 stabilisce che la Direttiva si applica ai lavoratori distaccati “a condizione che vi sia un rapporto di lavoro tra l'impresa che lo invia ed il lavoratore, durante il periodo di distacco”. Nei casi in cui la Direttiva trova applicazione, i lavoratori hanno diritto di essere trattati in modo non meno favorevole a quanto previsto dalle condizioni dei loro contratti di lavoro o dei contratti collettivi.

Nel caso *Wolff & Müller GmbH & Co. KG* (C-60/03), la Corte ha stabilito che la Direttiva non ostasse all'applicazione della legge nazionale, laddove

<sup>23</sup> In eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0071:en:HTML.

<sup>24</sup> CLARK, *Regulation and enforcement of posted workers employment*, POSTER, (Grant Agreement No:VS/2010/0630), 2012.

quest'ultima sanciva la responsabilità del contraente nell'assicurare il rispetto dei termini e delle condizioni stabilite, anche quando questi ultimi fossero stati applicati ai lavoratori distaccati da un subappaltatore da un altro Stato membro. La sentenza è importante poiché riconosce gli obblighi del contraente anche nel caso di sub-appalto. Allo stesso tempo la Commissione ha affermato che “in pratica, queste condizioni di lavoro sono spesso applicate in modo non corretto o addirittura non applicate negli Stati membri ospitanti. Il distacco può essere oggetto di abusi da parte delle imprese che si stabiliscono artificialmente all'estero, giusto per beneficiare di un livello inferiore di protezione del lavoro o della riduzione dei contributi previdenziali”. Ne costituiscono esempio:

1. dichiarazione incompleta o assente (il distacco è correttamente disposto ma non sono dichiarate le ore supplementari alle autorità competenti per l'imposizione della tassazione e ai fini della previdenza sociale nel Paese di origine, o il lavoro non è dichiarato del tutto);

2. falso distacco (certificati falsi o contraffatti);

3. imprese c.d. di facciata (nonostante il contratto sia realmente eseguito nello Stato ospitante, l'assunzione avviene attraverso società controllate stabilite in altri Stati membri dell'UE);

4. distacco non dichiarato, che può essere visto soprattutto come falso lavoro autonomo, lavoro transfrontaliero sommerso ed assunzione transfrontaliera dei lavoratori temporanei<sup>25</sup>.

Avendo riconosciuto l'inadeguatezza della Direttiva in esame ad eliminare gli abusi in materia di distacco dei lavoratori, la Commissione, nel 2012, ha proposto una nuova direttiva con i seguenti obiettivi:

1. fissare standard più ambiziosi per informare i lavoratori e le imprese sui loro diritti ed obblighi;

2. stabilire regole chiare per la cooperazione tra le autorità nazionali responsabili del distacco;

3. fornire elementi per migliorare l'attuazione ed il monitoraggio della nozione di distacco per evitare la moltiplicazione di società c.d. “letter-box”<sup>26</sup>, le quali utilizzano il distacco come espediente per aggirare le regole sull'impiego;

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>26</sup> Società fittizie: in pratica persone giuridiche di comodo con finalità di mero domicilio legale appunto “cassette della posta” (n.d.a.).

4. definire la portata e le responsabilità delle autorità nazionali di vigilanza;

5. migliorare il rispetto dei diritti dei lavoratori, compresa l'introduzione della responsabilità in solido per il settore dell'edilizia, per i salari dei lavoratori distaccati, nonché per la gestione dei reclami<sup>27</sup>.

Tuttavia, nella proposta di nuova direttiva non vi è alcun riferimento alla questione del lavoro informale ed esso rimane escluso dalle disposizioni relative ai lavoratori distaccati, non potendo quindi i lavoratori sommersi pretendere il diritto alla parità di trattamento né in base a tale disciplina, né appellandosi alla direttiva originale. La valutazione d'impatto della proposta afferma che "è possibile, alzando notevolmente il livello di tutela dei lavoratori distaccati, siano favoriti tanto gli abusi e l'elusione delle norme applicabili quanto il lavoro sommerso, avendo una ricaduta negativa sulla concorrenza leale". Inoltre si afferma che le piccole e medie imprese nei Paesi ad alto costo del lavoro "potrebbero essere influenzate negativamente da un aumento del lavoro nero e di altre pratiche illegali", rilevando in aggiunta che "aumentando significativamente il livello di tutela dei lavoratori distaccati potrebbero crescere gli abusi e l'elusione delle norme applicabili, nonché il lavoro sommerso, se non compensato da ulteriori sforzi in materia di monitoraggio, controlli ed applicazione concreta. Condizioni di lavoro eque per i lavoratori locali e distaccati potranno ridurre notevolmente i flussi di distacco giuridico".

Se dette valutazioni sono corrette, allora esse rappresentano una sfida significativa per contrastare il lavoro sommerso, quando politicamente ci si ponga un tale obiettivo. Sembra che la valutazione evidenzi una sottile linea di demarcazione tra la tutela dei lavoratori dichiarati e l'incoraggiamento di una maggiore quantità di lavoro sommerso. Eppure, come mostra l'esempio nel riquadro sottostante, l'attuale tutela giuridica ha gravi limitazioni per quanto riguarda l'obiettivo di far rispettare le norme minime.

<sup>27</sup> Commissione per la maggiore protezione dei lavoratori distaccati. Riferimenti: IP/12/267, 21/03/2012.

Un'impresa ha costituito due società dotate di distinte soggettività giuridiche: una in Lettonia e l'altra nel paese di destinazione. La società lettone era responsabile per il distacco dei lavoratori, *ma in realtà il rapporto contrattuale era stato instaurato con la società nel Paese di destinazione. Cosicché in caso di mancato pagamento dei salari era previsto che non fosse possibile agire dinanzi ai tribunali lettone, perché i contratti erano stati eseguiti in un altro Paese.* Da tutto ciò ne è derivato che per i lavoratori interessati tornati in Lettonia, una volta terminato il distacco, è stato problematico perseguire rivendicazioni legali nel paese di destinazione a causa della loro mancanza di risorse, oltre che, spesso, delle prove del rapporto contrattuale.

Fonte: *Studio PWSR*

Secondo Williams e Renooy<sup>28</sup> gli Stati membri con maggiore percentuale di PIL destinato alla protezione sociale sono caratterizzati da un tasso inferiore, rispetto ad altri, di economia sommersa dato che la possibilità di accesso agli istituti di Welfare incoraggia il lavoro dichiarato. Tuttavia, più spesso il problema del lavoro informale è analizzato sotto una

## 6. Contributi sociali e prestazioni

Secondo Williams e Renooy<sup>29</sup> gli Stati membri con maggiore percentuale di PIL destinato alla protezione sociale sono caratterizzati da un tasso inferiore, rispetto ad altri, di economia sommersa dato che la possibilità di accesso agli istituti di Welfare incoraggia il lavoro dichiarato. Tuttavia, più spesso il problema del lavoro informale è analizzato sotto una diversa prospettiva, concentrandosi sulle comunicazioni – inerenti ai rapporti di lavoro – alle autorità competenti per il pagamento delle tasse e per le tutele previdenziali. Ad esempio, l'Eurobarometro ha utilizzato la seguente definizione di lavoro sommerso:

“Tutte le attività remunerate lecite di per sé, ma che omettono le dovute dichiarazioni alle autorità fiscali o alle istituzioni di sicurezza sociale”.

<sup>28</sup> WILLIAM, RENOY, *op. cit.*

<sup>29</sup> WILLIAM, RENOY, *op. cit.*, p. 27.

Non si prende in considerazione la posizione di coloro che, pur pagando le tasse e la contribuzione, usano documenti falsi, cosicché i contributi non sono attribuiti effettivamente a loro, essendo quindi probabile che poi essi non siano in grado di rivendicare eventuali vantaggi altrimenti riconoscibili in base ai versamenti effettuati. Inoltre, l'attenzione è incentrata sulle attività per le quali dovrebbero essere pagate tasse, dovendo queste essere dichiarate, piuttosto che sulle ragioni per cui prestazioni sociali ridotte o "dal godimento difficoltoso" potrebbero incoraggiare il lavoro sommerso.

In particolare, con riferimento ai movimenti transfrontalieri o transnazionali dei lavoratori, vi è la necessità di mettere in discussione l'esatta natura del rapporto tra contributi fiscali e previdenziali e le loro conseguenze, in un contesto in cui l'incertezza o l'assenza del diritto possono costituire fattori per incoraggiare il lavoro sommerso. In altre parole, i lavoratori potrebbero essere maggiormente motivati ad omettere le comunicazioni prescritte per fini fiscali e previdenziali qualora ritengano di non avere accesso ai benefici che dovrebbero scaturire dal pagamento dei contributi allo Stato. È quindi impossibile analizzare il lavoro sommerso nel suo contesto transnazionale senza tener conto anche delle prestazioni sociali e assistenziali accessibili ai dipendenti e delle circostanze in cui queste non sono ugualmente disponibili per i lavoratori transnazionali. Va detto che, nonostante secondo le leggi dello Stato dette prestazioni sarebbero ugualmente fruibili da tutti, nel caso concreto gli immigrati potrebbero ritenere insufficiente il nesso tra il pagamento dei contributi fiscali e previdenziali ed eventuali reali benefici a loro riconosciuti, data la complessità nel recuperarli, i requisiti per conservarli nel tempo, non solo da parte dello Stato ma anche dei lavoratori stessi e, in alcuni casi, dati i benefici finanziari relativamente esigui che ne potrebbero derivare (come nel caso di pochi anni di contributi pensionistici in un altro Stato membro). Nella sentenza delle cause riunite C-611/10 *Waldemar Hudzi ski c. Agentur für Arbeit Wesel – Familienkasse* e C-612/10 *Jarosław Wawrzyniak c. Agentur für Arbeit Mönchengladbach- Familienkasse* la Corte di giustizia ha ritenuto che il regolamento n. 1408/71<sup>30</sup>, relativo alla fornitura di prestazioni familiari a coloro che lavorano in uno Stato membro diverso dal proprio, che dà diritto a prestazioni sulla base di quelle disponibili nello Stato membro del la-

<sup>30</sup> Regolamento CEE 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

voratore, non osta al pagamento della prestazione ad un livello superiore esclusivamente perché “è responsabile a contribuire al miglioramento delle norme e delle condizioni di lavoro e di vita dei lavoratori immigrati fornendo loro protezione sociale maggiore rispetto a quella che si avrebbe con l’applicazione di tale regolamento”. Il caso ha implicazioni importanti per la tutela dei lavoratori transnazionali all’interno dell’UE perché riconosce la possibilità di andare oltre le condizioni stabilite nello Stato membro di origine, laddove ci siano diritti dal contenuto più favorevole nello Stato membro in cui il lavoro viene eseguito.

Il sistema attuale non tiene conto del lavoro domestico svolto da molte donne, in particolare immigrate, caratterizzato dalla difficoltà di far valere il diritto di essere regolarizzati e dalla frequente evasione dei contributi previdenziali e fiscali. Il lavoro domestico è spesso sommerso e quindi le donne che svolgono questo lavoro sono poste in condizioni di estrema vulnerabilità, non avendo accesso alle prestazioni sociali, ad esempio in caso di gravidanza.

Ci si chiede, allora, se il lavoro informale possa effettivamente essere una reazione a particolari regimi fiscali e se ridurre le tasse potrebbe incoraggiare i datori di lavoro ed i lavoratori a dichiarare i loro rapporti, privilegiando l’economia formale. Le opinioni sono divise sul se questa possa essere oppure no una soluzione; molto probabilmente i datori di lavoro preferirebbero tasse meno esose per favorire l’assunzione di lavoratori con rapporti di lavoro standard, così come afferma un intervistato durante il sondaggio per lo studio *PWRS*:

“Prima della crisi molti proprietari di ristoranti e datori di lavoro hanno regolarizzato la loro attività e hanno iniziato a pagare integralmente le tasse. È stato molto più facile e prestigioso abbandonare la cosiddetta doppia contabilità e non vivere nella paura delle ispezioni fiscali. I datori di lavoro non sono orgogliosi di nascondere il loro reddito, ma il livello generale delle imposte dovute durante la crisi è visto come opprimente. Pertanto variazioni delle aliquote fiscali hanno contribuito a livelli più elevati di lavoro precario”.

Tuttavia, lo stesso studio ha anche riscontrato che tra gli effetti principali della crisi economica vi è stato un calo generalizzato delle ispezioni sul lavoro e previdenziali negli Stati membri dell’UE, in particolare in quelli più colpiti dalla crisi. Questo rischia di contribuire a una futura crescita del lavoro sommerso perché in un contesto in cui i datori di lavoro avvertono l’abbassa-



mento del rischio di essere scoperti ad esso si ricorre quasi naturalmente per evadere gli adempimenti fiscali e contributivi.

Non è fondata l'idea che gli immigrati attraversino le frontiere per avvalersi delle prestazioni sociali e, nel contesto del lavoro sommerso, per godere dei benefici in un Paese mentre lavorano in un altro. Spesso la questione è stata affrontata aneddoticamente ma non vi è alcuna prova conclusiva che sussista un rapporto tra lavoro sommerso e "frode previdenziale", nel contesto delle migrazioni transnazionali. Infatti, è improbabile che quello appena enunciato sia un importante fattore di spinta, dato che gli immigrati in generale si muovono dai Paesi con salari più bassi verso quelli con retribuzioni più elevate, laddove proprio nei primi anche le stesse misure di sicurezza sociale sono conseguentemente di livello inferiore. La permanenza in uno Stato caratterizzato da elevate retribuzioni ed alto livello di protezione sociale dovrebbe quindi semmai facilitare la regolare dichiarazione del rapporto di lavoro. Inoltre, la ragione delle migrazioni dei lavoratori verso Paesi con salari più elevati al fine di lavorare nel settore informale, pur continuando ad avvalersi di prestazioni assistenziali nel proprio Stato membro, potrebbe essere legata più alla rigidità del sistema di welfare e meno alla volontà di beneficiare delle frodi. Nel crescente contesto del lavoro transnazionale ci possono essere casi in cui gli immigrati continuano a richiedere i benefici nel loro Paese d'origine, semplicemente perché non vogliono rischiare di perderli per poi doverli richiedere nuovamente, in particolare se ci sono probabilità che intercorra abbastanza tempo tra la presentazione di una nuova richiesta e la ricezione del beneficio nonché nel caso in cui i requisiti per le prestazioni sono gravosi, complessi e richiedono tempo. Più semplicemente potrebbe essere un rischio per gli individui interrompere il godimento dei benefici in caso di incertezza sulla durata del lavoro nel Paese di destinazione.

### 7. *L'interazione tra immigrazione e diritti dei lavoratori*

Uno dei temi da analizzare riguarda l'influenza della regolamentazione in materia di accesso in uno Stato membro sulle condizioni di impiego di coloro che attraversano le frontiere in cerca di occupazione.

All'interno della UE, nonostante il significativo complesso di regole volto a prevenire il c.d. "dumping sociale" e a garantire pari diritti a tutti i lavoratori, è chiaro che la libertà di circolazione ha, almeno in alcuni settori,

favorito l'abbassamento del livello delle condizioni occupazionali. Lo stesso processo di movimento attraverso le frontiere rende più probabile che la forza lavoro sarà composta da coloro che sono meno informati sui loro diritti e su come farli rispettare. Ciò pone i lavoratori migranti in condizioni di vulnerabilità, a causa della mancanza di conoscenza e consapevolezza delle misure di protezione sociale che potrebbero essere applicate nel loro nuovo paese di residenza. Inoltre, detti lavoratori hanno più possibilità di essere assunti attraverso forme atipiche di occupazione; nel Regno Unito, ad esempio, tali lavoratori (sia comunitari che cittadini di paesi terzi) hanno più probabilità di essere occupati attraverso lavoro somministrato e con rapporti di lavoro a tempo determinato. Anche nello studio *PWSR* gli immigrati sono identificati tra i gruppi di lavoratori che più probabilmente saranno impiegati in posti di lavoro con minor livello di tutela e di garanzie sociali. Williams e Renooy hanno dimostrato che gli Stati membri per affrontare il lavoro informale hanno introdotto misure basate su uno dei due seguenti approcci: un approccio deterrente, "che mira a creare le condizioni del rispetto delle regole attraverso ispezioni e sanzioni delle violazioni"; e un approccio che mira a incoraggiare "sul nascere" il rispetto delle regole attraverso disincentivi al ricorso al lavoro irregolare rivolti sia alle imprese sia ai lavoratori". Tali autori affermano che l'approccio repressivo/sanzionatorio è diventato quello più diffuso.

#### 8. *Il falso lavoro autonomo*

Il falso<sup>31</sup> lavoro autonomo si colloca in qualche misura a metà tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, poiché su un piano formale viene inquadrato quale attività imprenditoriale autonoma ma in concreto lo svolgimento del rapporto rispecchia gli indici del lavoro subordinato.

Anche se il lavoro autonomo simulato non è collegato direttamente ai fenomeni di transmigrazione e di occupazione, il tema è qui affrontato in ragione del fatto che i lavoratori immigrati sono potenzialmente attratti da questa modalità di lavoro, in particolare qualora i controlli sull'immigrazione non consentano l'occupazione diretta a causa di restrizioni, come nel caso dei cittadini bulgari e rumeni nel Regno Unito in seguito all'adesione.

<sup>31</sup> O, meglio, simulato (n.d.a.).

Il lavoro autonomo simulato si sostanzia in una relazione di dipendenza e di ineguale assetto di poteri, caratterizzata da una mono-committenza, anomala rispetto alla più frequente pluri-committenza propria del lavoro autonomo genuino: sul piano economico, quindi, ci troviamo dinanzi ad una vera e propria prestazione di lavoro subordinato. In genere le persone sono assunte ma poi costrette a dichiararsi lavoratori autonomi. Mentre il datore di lavoro ricorre alla descritta tipologia per risparmiare sugli oneri amministrativi e per avere una maggiore flessibilità, il lavoratore spesso aderisce alla domanda o ne chiede egli stesso il ricorso perché può trarne benefici a breve termine attraverso le riduzioni degli oneri sociali o fiscali. La proporzione dei lavoratori transnazionali in tal modo occupati, rispetto alla popolazione generale, è probabilmente maggiore poiché questo tipo di lavoro si svolge al di fuori delle ordinarie forme di impiego. La disciplina che regola l'immigrazione può quindi spingere nel falso lavoro autonomo gli stranieri che non hanno il permesso di lavorare in qualità di subordinati. I falsi lavoratori autonomi sono più vulnerabili dei lavoratori dipendenti a causa della loro esclusione dalla contrattazione collettiva e la conseguente assenza di procedure che si occupano di questioni disciplinari. Essi sono oltretutto esclusi da specifiche tutele previdenziali, essendo quest'ultime tendenzialmente rivolte alla copertura del lavoro subordinato, sul presupposto di una maggiore capacità assicurativa personale e privatistica dei lavoratori autonomi. Senza dubbio, almeno per alcuni, lo stato di lavoratore autonomo sembra offrire guadagni a breve termine sotto forma di una maggiore retribuzione netta, ma questa è una strategia rischiosa a lungo termine per coloro che non sono in grado di assicurarsi adeguatamente contro i principali rischi (infortuni, malattia e vecchiaia). Inoltre, se i lavoratori "ci guadagnano" potenzialmente a breve termine, non essendoci le trattenute operate a fini sociali, il datore di lavoro (o l'utente finale del loro lavoro) invece ne trae profitto in modo assoluto. Quest'ultimo infatti risparmia il costo dei contributi, mentre il lavoratore perde i benefici futuri che potrebbero derivare in caso di disoccupazione o di malattia o di vecchiaia. Così il falso lavoro autonomo sposta l'accollo dei rischi connessi all'interruzione dell'occupazione interamente sul lavoratore.

È riconosciuta la possibilità di contestare la validità del rapporto qualora il falso lavoro autonomo sia stato imposto al lavoratore. Ciò però dipende dalla possibilità di essere assistiti e rappresentati, a livello collettivo o individuale, oppure dall'esistenza di adeguati organismi di vigilanza sul lavoro, sic-

ché l'assenza di uno di questi elementi, o di entrambi, rende impossibile la contestazione.

Il falso lavoro autonomo è diffuso in settori quali l'agricoltura o l'edilizia, tradizionalmente più difficili da tenere sotto controllo, e in tutta l'Unione caratterizzati da condizioni di lavoro disagiate, in parte proprio a causa della natura e della necessaria mobilità della forza lavoro.

### 9. Conclusioni

In questo articolo è stato sostenuto che è la struttura del mercato del lavoro a favorire il ricorso al lavoro sommerso, particolarmente nel contesto dell'immigrazione transnazionale. La crescita del lavoro temporaneo, occasionale e somministrato richiede lavoratori con livelli di mobilità e flessibilità tipici degli immigrati, e così la migrazione transnazionale si riversa in tali forme di occupazione. Allo stesso tempo, fattori che spingono sia al lavoro sommerso che all'immigrazione irregolare potrebbero essere individuati nell'inasprimento dei controlli sulle migrazioni, nel divario crescente tra ricchi e poveri in molti Stati membri, in particolare quelli colpiti da misure restrittive, e nella riduzione delle ispezioni sul lavoro, a volte dovuta al taglio dei bilanci statali.

Un esame del quadro giuridico a livello europeo ha rivelato che questo continua ad essere basato su una nozione di rapporto di lavoro standard che esclude i lavoratori transnazionali da alcune tutele legali, indipendentemente dalla regolarità o irregolarità degli immigrati o dalla loro origine europea o di Paesi terzi. Inoltre, il quadro non tiene conto dei possibili cambiamenti dello status di impiego, come può avvenire, in particolare, nelle ipotesi di distacco. Altresì, la scarsa considerazione normativa di coloro che vengono assunti con contratti a breve termine o per poche ore a settimana inevitabilmente sfavorisce chi permane sul territorio solo temporaneamente. È necessaria, dunque, una riforma del welfare che tenga conto delle nuove forme di occupazione e, in particolare, della crescita del lavoro sommerso nell'ambito del lavoro domestico, che ha favorito un'occupazione vulnerabile delle donne lavoratrici immigrate.

I lavoratori avranno interesse a dichiarare il loro rapporto quando il sistema di tutela sarà coerente con le esigenze delle tipologie di lavoro oggi più diffuse e la sicurezza sociale dovrà adeguarsi a tal fine: per proteggere

adeguatamente i lavoratori temporanei e occasionali, venendo incontro, al contempo, alle esigenze di una crescente mobilità del fattore lavoro.

**Key words**

Lavoro sommerso, circolazione dei lavoratori, lavoratori transnazionali, immigrazione irregolare, mercato del lavoro, sicurezza sociale.

Undeclared work, Movement of workers, Transnational workers, Irregular migration, Labour market, Social security.



## Lukasz Pisarczyk

### Il licenziamento individuale in Polonia\*

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Il recesso dal contratto di lavoro: caratteristiche generali. **3.** La tutela speciale in caso di licenziamento. **4.** Gli esuberi. **5.** Il recesso dai contratti di lavoro a tempo indeterminato. **6.** Il recesso dai contratti di lavoro a tempo determinato. **7.** Il licenziamento senza preavviso. **8.** I rimedi in caso di licenziamento illegittimo. **9.** Conclusioni.

#### I. *Premessa*

All'inizio del nuovo secolo, la politica occupazionale europea deve affrontare nuove sfide. La globalizzazione, i cambiamenti tecnologici dinamici, la crescente disoccupazione e i problemi demografici stanno sollevando questioni fondamentali con riferimento al modello tradizionale del lavoro a tempo indeterminato. La regolamentazione del recesso dal contratto di lavoro è diventata più flessibile in molti Paesi. La parziale eliminazione della tutela in materia di licenziamento consente al datore di lavoro di adeguare il numero dei dipendenti e la struttura dell'occupazione alla variata situazione economica. Il nuovo orientamento della politica occupazionale è considerato un compromesso tra le esigenze del mercato e quelle dei lavoratori relativamente alla stabilità del lavoro e alle sue condizioni (*flexicurity*)<sup>1</sup>.

L'ordinamento polacco va ricondotto ai sistemi continentali di diritto

\* La traduzione dall'inglese è di Antonella Napolitano, ricercatrice di Lingua e traduzione - Lingua inglese nell'Università del Sannio, Benevento.

<sup>1</sup> La flessibilità non può essere associata ad un deterioramento delle condizioni di vita e di lavoro. È stato sottolineato che lo sviluppo economico, al quale non si accompagna un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, non può essere considerato progresso: v. SUPPIOT, *Perspectives on work*, in *ILR*, 1996, vol. 6, p. 609. Una politica di mercato flessibile e innovativa utilizza un diverso angolo visuale con riferimento al modo in cui i diritti e gli interessi dei lavoratori sono tutelati.

del lavoro, nei quali la tutela in caso di licenziamento ha tradizionalmente svolto un ruolo importante. La regolamentazione riguardante il recesso dal contratto di lavoro è prevista principalmente dalla legge del 26 giugno 1974 – il codice del lavoro<sup>2</sup> –, d’ora in poi “codice” o “CL”.

La versione originaria del codice forniva standard di protezione relativamente elevati. A quel tempo la regolamentazione riguardante la cessazione del rapporto di lavoro era influenzata dalle caratteristiche del sistema economico, all’interno del quale un ruolo di primo piano era svolto dallo Stato in qualità di maggiore proprietario e organizzatore di ogni attività economica<sup>3</sup>. In strutture stabili di grandi dimensioni non vi era necessità di flessibilità. La questione della flessibilità dell’occupazione, specialmente all’interno delle imprese, cominciò ad emergere nel 1989 con l’inizio della transizione verso un nuovo sistema economico e sociale. Il governo polacco dell’epoca adottò tutte le misure necessarie per facilitare i cambiamenti e per tutelare i lavoratori interessati. La legislazione allora varata includeva la legge sui licenziamenti collettivi<sup>4</sup>. Un intervento normativo importante successivo è stato la legge 2 febbraio 1996, che ha modificato il codice del lavoro ed altre leggi<sup>5</sup>. Da allora vi sono state ulteriori modifiche del codice, sollecitate dal mutare delle condizioni economiche e dalla necessità di adattare l’ordinamento polacco agli standard europei.

Ai nostri giorni, il diritto del lavoro è sempre più considerato un importante strumento di politica sociale volto a migliorare la situazione del mercato del lavoro. I cambiamenti legali sembrano una reazione al livello particolarmente elevato di disoccupazione (circa il 13%) e all’emigrazione di un numero considerevole di lavoratori polacchi. Il fenomeno dell’alta percentuale di disoccupazione, che è considerato il problema sociale più serio della Polonia contemporanea, è di cruciale importanza per comprendere la

<sup>2</sup> Gazzetta delle leggi del 1998, n. 21, provvedimento n. 94. Per redigere il presente contributo è stato utilizzato il *Polish Labour Code, Bilingual edition, Polish-English*, con traduzione in inglese di K. Michalowska, C.H. Beck, 2003.

<sup>3</sup> Cfr. SEWERYNSKI, *Polish Labour Law from Communism to Democracy*, Warszawa, 1999, pp. 17-27.

<sup>4</sup> Sostituita dalla legge del 13 marzo 2003 su *Particolari principi concernenti il recesso dal contratto di lavoro per ragioni non connesse ai lavoratori* (Gazzetta delle leggi del 2003, n. 90, provvedimento n. 844), da qui in poi denominata CRA.

<sup>5</sup> Gazzetta delle leggi del 1996, n. 24, provvedimento n. 110.V. SEWERYNSKI, *op. cit.*, pp. 38-56.



posizione del legislatore, che accetta una maggiore flessibilità di impiego della manodopera solo a condizione che la parziale eliminazione delle garanzie possa contribuire alla creazione di nuovi posti di lavoro.

Riassumendo, il recesso dal contratto di lavoro è disciplinato da una serie di regole, incluse il codice del lavoro e la legge sui licenziamenti collettivi. Il codice si applica a tutti i lavoratori, salvo diversa disposizione. La legge sui licenziamenti collettivi deroga alle regole generali nell'ipotesi in cui il licenziamento avviene per uno o più motivi non legati ai singoli prestatori di lavoro. È importante sottolineare che la seconda legge disciplina non solo i licenziamenti collettivi, ma anche gli aspetti individuali del recesso dal contratto di lavoro per motivi economici, tecnici e organizzativi. Inoltre, vi sono norme specifiche che si applicano a particolari gruppi di lavoratori. Per esempio, i dipendenti pubblici godono di una tutela maggiore rispetto agli altri prestatori di lavoro.

## 2. *Il recesso dal contratto di lavoro: caratteristiche generali*

In teoria, la legislazione polacca prevede una tutela complessa in caso di recesso dal contratto di lavoro. In pratica, due sono i fattori che rivestono un ruolo importante: il tipo di contratto e se il lavoratore è rappresentato oppure no da un sindacato. La legislazione polacca fa distinzione fra il recesso e la scadenza del contratto di lavoro.

Per quanto riguarda le ipotesi di risoluzione del contratto, si può distinguere fra mutuo consenso<sup>6</sup>, scadenza del contratto a tempo determinato e manifestazioni unilaterali di volontà da parte del datore di lavoro o del lavoratore. Dal punto di vista delle parti negoziali, le azioni unilaterali che danno luogo allo scioglimento del vincolo contrattuale hanno un'importanza fondamentale. Secondo la legislazione polacca, entrambe le parti possono porre termine al rapporto di lavoro senza alcun preavviso. Il recesso dal contratto di lavoro con preavviso è quello standard per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato<sup>7</sup>. Sono previsti anche alcuni requisiti formali per

<sup>6</sup> In quest'ipotesi non si applica la regolamentazione protettiva. Le parti possono recedere da ogni contratto di lavoro. Esse decidono anche in merito al termine di recesso. Comunque, i giudici possono applicare le previsioni del codice civile che regolano i vizi della volontà.

<sup>7</sup> FLOREK, *Labour Law*, in FRANKOWSKI (a cura di), *Introduction to Polish Law*, Zakamycze-Kluwer, 2005, p. 282.

quanto concerne la manifestazione di volontà da parte del datore di lavoro, e cioè deve essere formulata per iscritto e deve contenere informazioni circa il diritto di presentare ricorso al tribunale del lavoro oltre ad una motivazione, qualora sia richiesta dalla legge. Nel recedere dal contratto di lavoro, non deve essere violato il principio di non discriminazione in materia di occupazione.

La durata dei termini di preavviso dipende principalmente dal tipo di contratto. La legge prescrive un periodo minimo, che può essere ampliato dalle parti in quanto tale estensione costituisce un trattamento più favorevole per i lavoratori. La riduzione del preavviso, in quanto meno favorevole, non è invece consentita. Le parti possono ridurre il preavviso solo se espressamente previsto dalla legge. Vi sono due possibilità:

- dopo che l'atto giuridico che dà luogo al recesso dal contratto è stato già posto in essere (art. 36, § 6 LC)<sup>8</sup>, e
- in caso di liquidazione o insolvenza del datore di lavoro o anche per motivi non connessi ai lavoratori<sup>9</sup>.

Ulteriori restrizioni al recesso dal contratto sono collegate alla cosiddetta tutela generale in caso di licenziamento. Secondo tale tutela, il datore di lavoro deve fornire le motivazioni del recesso (principio della giustificazione del licenziamento) e consultare il sindacato che rappresenta il dipendente. Tali requisiti non sono richiesti con riguardo ad altri contratti di lavoro. Secondo la Corte Costituzionale, le differenze in merito alla natura giuridica dei vari tipi di contratto di lavoro giustificano detta differenziazione.

### 3. *La tutela speciale in caso di licenziamento*

Una tutela speciale è prevista per alcuni gruppi di lavoratori indipendentemente dal tipo contrattuale. Inoltre, una tutela speciale può essere giustificata dalla situazione personale dei lavoratori o dalla funzione sociale da loro svolta.

Vi sono due principali strumenti legali di tutela speciale: il divieto di recesso dal contratto e la necessità di ottenere l'approvazione da parte di un

<sup>8</sup> È necessario un accordo delle parti negoziali.

<sup>9</sup> Il datore di lavoro agisce unilateralmente, riducendo il preavviso da tre mesi ad un mese. Il lavoratore ha diritto ad un risarcimento danni corrispondente alla propria retribuzione per la restante parte del periodo di preavviso.

organismo specifico<sup>10</sup>. Il divieto di recesso è previsto in due versioni: una più forte, in base alla quale sono interdette sia la manifestazione di volontà sia la cessazione del contratto, ed una più blanda, in virtù della quale il divieto riguarda soltanto il preavviso. Nell'ultimo caso, il contratto di lavoro si estingue se la manifestazione di volontà viene fatta prima che inizi il periodo di tutela<sup>11</sup>. Per quanto riguarda l'obbligo del datore di lavoro di ottenere l'approvazione di un organo competente, si applica di solito ai lavoratori che svolgono particolari ruoli sociali. In Polonia vi sono più di quaranta gruppi di lavoratori a cui viene garantita una tutela speciale. Tra questi vi sono i lavoratori a cui mancano quattro anni alla pensione, i lavoratori in congedo annuale o coloro che usufruiscono di un congedo per un'altra causa giustificata di assenza dal lavoro, i lavoratori in congedo di maternità, paternità e in congedo parentale, i dirigenti sindacali, i componenti dei consigli aziendali, i componenti dei comitati aziendali europei o i lavoratori che stanno prestando il servizio di leva.

#### 4. *Gli esuberanti*

Esistono regole speciali nel caso in cui il rapporto di lavoro venga a cessare per motivi non legati ai singoli lavoratori. La legge disciplina sia gli esuberanti collettivi sia quelli individuali. In quest'ultimo caso, essa si applica nell'ipotesi in cui un motivo non riguardante il lavoratore sia l'unica ragione di recesso dal contratto di lavoro (art. 10.1 CRA).

Lo scopo fondamentale del CRA è aiutare ad "adeguare il lavoro alle necessità e capacità del datore di lavoro", il che talvolta implica la riduzione del campo di applicazione della protezione in materia di licenziamento. D'altro canto, la legge tutela anche, in una certa misura, gli interessi dei lavoratori. Di conseguenza, la legge non solo prevede una procedura di informazione e di consultazione in caso di esuberanti collettivi, ma riconosce anche ulteriori diritti ai lavoratori, quali le indennità salariali e il diritto a ritornare a lavorare<sup>12</sup>. Il CRA si applica ai datori di lavoro che occupano almeno venti dipendenti purché il recesso riguardi motivi non legati ai lavoratori. Gli altri

<sup>10</sup> FLOREK, *op. cit.*, p. 283.

<sup>11</sup> FLOREK, *op. cit.*, p. 284.

<sup>12</sup> FLOREK, *op. cit.*, p. 285.

datori di lavoro devono, invece, applicare le disposizioni generali in materia di recesso dal contratto di lavoro. Questa regolamentazione è, in una certa misura, controversa perché i lavoratori che rientrano in tale categoria necessitano a volte di una protezione maggiore per superare le difficoltà economiche.

La legge sugli esuberi collettivi attenua sia la tutela generale sia quella speciale in caso di licenziamento. La maggior parte dei lavoratori protetti può essere collocata in esubero. Solo in alcuni casi, espressamente indicati dal CRA, il datore di lavoro non può recedere dal contratto, mentre è consentito un cambiamento dei termini e delle condizioni negoziali. La tutela in caso di recesso è inapplicabile nell'ipotesi di bancarotta o liquidazione dell'impresa, quando, di regola, tutto il personale deve essere licenziato, a meno che l'impresa o una parte di essa sia acquisita da un altro soggetto<sup>13</sup>.

I lavoratori in esubero hanno diritto, prima di tutto, all'indennità di fine rapporto, che attenua le conseguenze negative della cessazione del contratto. L'ammontare di tale indennità dipende dal periodo di impiego con il datore di lavoro e corrisponde a: un mese di stipendio, se il lavoratore è assunto da almeno due anni, e due mesi di stipendio, se il lavoratore è assunto da non più di otto anni (art. 8.1. CRA). Un'indennità di fine rapporto relativamente bassa non rappresenta un disincentivo significativo al licenziamento. I lavoratori collocati in mobilità nell'ambito di esuberi collettivi hanno anche diritto ad essere riassunti nel caso in cui il datore di lavoro decida di procedere a nuove assunzioni.

##### 5. *Il recesso dai contratti di lavoro a tempo indeterminato*

In effetti, i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato godono della tutela più efficace in materia di licenziamento. Il periodo di preavviso dipende dalla durata del servizio presso la specifica azienda e corrisponde a:

- due settimane, nel caso in cui un lavoratore sia assunto da meno di sei mesi;
- un mese, nel caso in cui un lavoratore sia assunto da almeno sei mesi;
- tre mesi, nel caso in cui un lavoratore sia assunto da almeno tre anni.

<sup>13</sup> FLOREK, *op. cit.*, p. 285.

Quando intende recedere dal contratto a tempo indeterminato, il datore di lavoro deve soddisfare due ulteriori condizioni. In primo luogo, deve giustificare il licenziamento<sup>14</sup>. In secondo luogo, deve consultare il sindacato che rappresenta il lavoratore.

Per quanto riguarda la giustificazione, la Corte Suprema ha stabilito che non è necessario indicare motivi straordinari per il licenziamento. Il licenziamento con preavviso è un metodo normale di recedere dal contratto e può essere giustificato da fenomeni tipizzati, connessi sia alla situazione del lavoratore sia alle necessità del datore di lavoro.

Il primo gruppo comprende due categorie: ragioni riguardanti e ragioni non riguardanti il lavoratore. Prima di tutto, il lavoratore può essere licenziato se non ha adempiuto ai propri doveri. Il licenziamento è giustificato anche nei seguenti casi: prolungata inabilità al lavoro, frequenti assenze, incompetenza o inefficienza, perdita della fiducia nel lavoratore, perdita da parte del lavoratore delle qualifiche necessarie a svolgere il proprio lavoro. Gli esuberanti possono anche essere motivati da ragioni economiche, tecniche o organizzative, in modo particolare in caso di liquidazione o bancarotta dell'impresa<sup>15</sup>. La giustificazione del licenziamento deve essere indicata nella manifestazione di volontà da parte del datore di lavoro. La spiegazione fornita dal datore di lavoro deve essere vera, concreta e comprensibile al lavoratore.

Il secondo requisito richiesto dalla tutela generale in caso di licenziamento è la consultazione con i sindacati che deve aver luogo prima che il datore di lavoro receda dal contratto. Il datore di lavoro deve indicare le motivazioni che giustificano il recesso. Il sindacato può presentare obiezioni motivate. Il datore di lavoro non è però vincolato all'opinione del sindacato.

Questa procedura comporta alcune conseguenze negative. I lavoratori sono informati in precedenza circa l'intenzione del datore di lavoro di recedere dal contratto. È piuttosto comune che i lavoratori si mettano in congedo per malattia. Ciò rinvia il momento del recesso poiché durante il periodo di incapacità al lavoro, il datore di lavoro non può dichiarare la sua volontà di licenziare con preavviso. Inoltre, la Corte Suprema<sup>16</sup> ha recentemente stabilito che il datore di lavoro non può richiedere l'elenco dei lavoratori iscritti al sindacato, in quanto ciò sarebbe in contrasto con la normativa a tutela dei

<sup>14</sup> SEWERYNSKI, *op. cit.*, p. 53.

<sup>15</sup> Cfr. FLOREK, *op. cit.*, p. 285.

<sup>16</sup> Sentenza del 21 novembre 2012, III PZP, 6/12.

dati personali. Di conseguenza, il datore di lavoro deve chiedere in ogni caso ai sindacati se rappresentano uno specifico lavoratore. Per tutti i motivi summenzionati, sono state proposte modifiche legislative.

#### 6. *Il recesso dai contratti a tempo determinato*

Di regola, i contratti a tempo determinato cessano, per legge, allo scadere del termine di durata o alla data in cui il lavoro per il quale erano stati sottoscritti viene completato. Di conseguenza, non è richiesto nessun preavviso.

La flessibilità dei contratti a tempo determinato aumenta in virtù della relativa facilità di recesso prima della scadenza<sup>17</sup>. In teoria questa modalità di recesso è di carattere straordinario perché le parti del contratto stabiliscono volontariamente il termine di durata<sup>18</sup>. Unica eccezione è il contratto stipulato per un periodo di prova, nel quale il recesso con preavviso viene considerata la regola (sezione 34 CL). In pratica, la normativa sul recesso dai contratti a tempo determinato è molto liberalizzata. Tale opzione distingue la legislazione polacca da numerosi altre normative nazionali che consentono questo tipo di recesso, fatta eccezione per gli accordi fra le parti, solo in casi eccezionali, quali la forza maggiore o un grave comportamento scorretto di una delle parti. In Polonia la modalità di recesso dipende dalle circostanze in cui esso avviene e dal tipo di contratto di lavoro.

Le regole applicabili in caso di recesso con preavviso da un contratto di lavoro a tempo determinato variano a seconda del tipo di contratto sottoscritto dalle parti. Ciascuna delle parti, dando un preavviso specifico, può recedere da un contratto di lavoro per un periodo di prova. Per quanto concerne il *quantum* del preavviso, il criterio decisivo è costituito dalla durata del contratto: tre giorni lavorativi, qualora il periodo la prova non superi le due settimane; una settimana, laddove il periodo di prova è superiore alle due settimane; due settimane, quando il periodo di prova è di tre mesi. Non

<sup>17</sup> È necessario aggiungere che più del 25% dei lavoratori polacchi sono assunti con un contratto a tempo determinato. La Polonia è al primo posto nell'Unione europea per quanto riguarda il ricorso al lavoro a termine.

<sup>18</sup> In pratica, la legge consente di recedere dai contratti a tempo determinato, in alcune ipotesi, dando preavviso.

è richiesta alcuna giustificazione. L'elevata flessibilità dipende dal presupposto che lo scopo principale del periodo di prova è di facilitare la valutazione, da parte del datore di lavoro, delle abilità e delle competenze del lavoratore prima della stabilizzazione del rapporto di lavoro. Se il suddetto obiettivo viene raggiunto in anticipo, il datore di lavoro non è obbligato a proseguire il periodo di prova.

La norma di maggiore importanza è, comunque, l'art. 33 CL, che regola i contratti di lavoro a tempo determinato. Essa prevede che se il contratto di lavoro ha una durata non superiore a sei mesi, le parti possono recedere con un preavviso di due settimane<sup>19</sup>. Il recesso non richiede né la giustificazione né la consultazione con il sindacato. Se questi requisiti legali sono rispettati, il datore di lavoro può recedere dal contratto in qualsiasi momento (anche se la durata del contratto è inferiore a sei mesi)<sup>20</sup>, semplicemente manifestando la sua volontà in tal senso e dando preavviso. Una clausola che consenta il recesso anticipato può essere introdotta non solo al momento della sottoscrizione del contratto, ma anche successivamente<sup>21</sup>. D'altro canto, le parti possono limitare il diritto di recesso con preavviso prevedendo i casi in cui il recesso è consentito (ad es. se intervengono serie motivazioni). Può essere anche previsto il diritto al risarcimento del danno.

Inoltre, molti contratti a tempo determinato sono conclusi per periodi relativamente lunghi (anche dieci o quindici anni). Ciò garantisce la stabilità della forza lavoro in quanto i lavoratori esercitano il diritto di recedere piuttosto raramente, mentre il datore di lavoro ha sempre tale diritto, senza giustificazione e con un preavviso pari solo a due settimane. In numerosi casi ciò, di fatto, ha condotto all'evasione delle leggi sul lavoro a tempo determinato, che garantiscono un livello di tutela più elevato. I lavoratori sono costretti, dalla situazione economica, ad acconsentire a tali condizioni senza alcuna garanzia di un impiego futuro. Inoltre, i prestatori di lavoro sono tutelati soltanto entro certi limiti dalla legge nel momento in cui i contratti a

<sup>19</sup> L'introduzione della clausola prevista dall'art. 33 CL in teoria dipende dalla volontà di entrambe le parti contrattuali. In pratica, è contenuta in quasi tutti i contratti a tempo determinato stipulati in Polonia. A causa della difficile situazione del mercato del lavoro, il datore di lavoro, infatti, è in grado di imporre le condizioni contrattuali.

<sup>20</sup> Sentenza della Corte suprema del 7 settembre 1994, I PZP 35/94, Gazzetta ufficiale del 1994, n. 11, provvedimento n. 173.

<sup>21</sup> Sentenza della Corte suprema del 14 giugno 1994, I PZP 26/94, Gazzetta ufficiale del 1994, n. 8, provvedimento n. 126.

tempo determinato sono sottoscritti per un periodo di tempo relativamente lungo (cinque, sette, nove o dieci anni) senza una giustificazione oggettiva e con la possibilità di subire un recesso anticipato con preavviso. In queste situazioni, la Corte Suprema ha dichiarato invalidi i contratti a tempo determinato, in quanto intesi ad evadere la legge sulla protezione generale in caso di licenziamento, applicabile, appunto, a tali contratti<sup>22</sup>. Di conseguenza, la clausola contrattuale che determina l'apposizione del termine è considerata nulla e il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato<sup>23</sup>. Contratti a termine di lunga durata sono consentiti nel caso in cui siano oggettivamente giustificabili o sottoscritti senza la clausola di scadenza. Questo tipo di tutela non è, tuttavia, sufficientemente efficace. Nel caso del personale con qualifica dirigenziale (per la particolare natura dell'impiego), la Corte Suprema ha recentemente considerato legittimo il contratto sottoscritto per cinque anni<sup>24</sup>. Nei casi in cui il contratto di lavoro viene stipulato per sostituire un lavoratore assente, il periodo di preavviso è breve, nell'ordine di soli tre giorni lavorativi. Anche in quest'ipotesi per il recesso non è richiesta né giustificazione né consultazione con il sindacato.

Una situazione completamente differente è, invece, quella relativa ai contratti di lavoro stipulati allo scopo di portare a termine un compito specifico. Di regola, non è possibile recedere da contratti di questo tipo prima che venga raggiunto l'obiettivo (ovvero sia completato il compito). Per tale motivo, questo tipo di contratto offre al datore di lavoro un livello di flessibilità relativamente basso e non ha avuto ampia diffusione in Polonia.

Infine, dando preavviso, si può recedere dai contratti a tempo determinato di tutti i tipi in circostanze specifiche, quali: la liquidazione o l'insolvenza del datore di lavoro (art. 41, par. 2, CL) e, se il datore di lavoro ha almeno venti dipendenti, per ragioni non riguardanti i singoli lavoratori (es. per motivi economici o organizzativi). La possibilità di recedere da un contratto di lavoro con tale modalità è prevista dall'art. 5.7 e dall'art. 10.1 CRA. L'unico svantaggio è che il datore di lavoro è obbligato a corrispondere un'indennità speciale. Il pagamento di tale indennità non è richiesto se il contratto a tempo determinato scade in virtù di una previsione legale, anche se le motivazioni

<sup>22</sup> Sentenza della Corte Suprema del 7 settembre 2005, II PK 294/04, Gazzetta ufficiale del 2006, n. 13-14, provvedimento n. 207.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte Suprema del 25 ottobre 2007, II PK 49/07, Gazzetta ufficiale del 2008, n. 21-22, provvedimento n. 317.

<sup>24</sup> Sentenza della Corte Suprema del 5 ottobre 2012, I PK 79/12.



per cui non viene rinnovato dipendono soltanto dalle decisioni del datore di lavoro.

Riassumendo, il fenomeno del ricorso diffuso al contratto di lavoro a tempo determinato ha cambiato il mercato del lavoro polacco, creando due livelli distinti di tutela: relativamente alto nel caso dei lavoratori a tempo indeterminato e molto più basso nel caso dei lavoratori a tempo determinato. Questa porzione di mercato del lavoro si è pericolosamente avvicinata al modello dell'*hiring and firing*. La mancanza di stabilità sembra essere molto problematica alla luce dei principi dell'economia del mercato sociale (art. 24 della Costituzione polacca), che dovrebbe prevedere un certo livello di tutela, inclusa la stabilità del lavoro. Un altro problema è il rapporto tra la legislazione polacca e l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. D'altro canto, la Corte Costituzionale ha stabilito che la legislazione speciale in materia di recesso dai contratti a tempo determinato riflette la natura speciale di questi contratti e, di conseguenza, non contraddice il principio costituzionale della parità di trattamento<sup>25</sup>. Ciò ha spianato la strada alla diffusione di un numero particolarmente elevato di impieghi a tempo determinato<sup>26</sup>.

Dubbi riguardanti la risoluzione dei contratti a tempo determinato sono stati parzialmente confermati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Secondo la Corte, la clausola 4, paragrafo 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale prevede, ai fini della risoluzione dei contratti a tempo determinato di durata superiore a sei mesi, la possibilità di applicare un termine di preavviso fisso di due settimane a prescindere dall'anzianità del lavoratore interessato, mentre la durata del periodo di preavviso nel caso di contratti a tempo indeterminato è fissata in funzione dell'anzianità di servizio del lavoratore interessato e può variare da due settimane a tre mesi, quando le due categorie di lavoratori si trovano in situazioni comparabili<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Sentenza della Corte Costituzionale del 2 dicembre 2008, P 48/07, Gazzetta ufficiale del 2008, n. 219, provvedimento n. 1409.

<sup>26</sup> Per approfondimenti, v. PISARCZYCK, *Fixed-term Employment Contracts in Poland: in Search of Equilibrium between Flexibility and Protection*, in DAVULIS, PETRYLAITE (a cura di), *Labour Regulations in the 21st Century: in Search of Flexibility and Security*, Cambridge Scholar Publishing, 2012.

<sup>27</sup> Corte di giustizia 14 marzo 2014, *Małgorzata Nierodzik c Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr. Stanisława Deresza w Choroszczy*, C-38-13.

### 7. *Il licenziamento senza preavviso*

Il recesso senza preavviso costituisce un metodo straordinario di cessazione del contratto. In alcuni casi speciali, espressamente indicati dalla legge, il datore di lavoro può recedere dal contratto senza preavviso. Le motivazioni per questo tipo di recesso sono legate alla responsabilità del datore di lavoro o ad altre circostanze che rendono impossibile la prestazione di lavoro (es. inabilità al lavoro per malattia). Il recesso senza preavviso si applica a tutti i tipi di contratto di lavoro. In presenza di colpa del dipendente, il datore di lavoro può recedere, senza preavviso, dal contratto di lavoro, quando il lavoratore:

- viola i suoi doveri;
- commette un reato che rende impossibile la prosecuzione del rapporto;
- perde le qualifiche necessarie per svolgere il lavoro in una data posizione.

A prescindere da ciò, il datore di lavoro può recedere dal contratto senza preavviso quando l'assenza giustificata del dipendente è di lunga durata. La durata del periodo trascorso il quale il datore di lavoro può licenziare il lavoratore dipende dai motivi dell'assenza e dall'anzianità di servizio<sup>28</sup>. Nel caso di lavoratori con un'anzianità di servizio maggiore (almeno sei mesi), il datore di lavoro può di solito recedere dal contratto dopo nove mesi di assenza. Quando l'assenza è causata da altri motivi, il datore di lavoro può terminare il contratto se l'assenza supera il mese. Ci sono, tuttavia, due eccezioni: la cura dei figli e i periodi di quarantena a seguito di una malattia infettiva. In entrambe le ipotesi il recesso non è consentito se il dipendente ha ancora diritto alle prestazioni di sicurezza sociale. In ogni caso, non si può recedere dal contratto di lavoro dopo che il lavoratore è rientrato al lavoro, in quanto i motivi dell'assenza sono venuti meno.

### 8. *I rimedi in caso di licenziamento illegittimo*

È necessario sottolineare che, anche in caso di violazione della legge, la manifestazione di volontà del datore di lavoro di recedere porta allo sciogli-

<sup>28</sup> V. FLOREK, *op. cit.*, pp. 284-285.

mento del contratto, contrariamente a quanto accade in altri sistemi legali, nei quali il contratto di lavoro continua ad esistere se il lavoratore fa ricorso all'autorità giudiziaria contro la decisione del datore di lavoro. I rimedi contro il licenziamento illegittimo sono regolati dal codice del lavoro. La loro natura dipende, entro certi limiti, dal tipo di contratto.

In caso di licenziamento ingiusto, il lavoratore può fare ricorso contro la decisione del datore di lavoro presso il tribunale del lavoro. Il prestatore di lavoro può richiedere la reintegrazione<sup>29</sup> o, in alternativa, il risarcimento del danno<sup>30</sup>.

La (libertà di) scelta è, tuttavia, ridotta. Il primo gruppo di restrizioni è determinato direttamente dalla legge. In caso di contratti a tempo determinato, la reintegrazione è limitata. Il lavoratore a tempo determinato ha diritto soltanto al risarcimento se è stato licenziato con preavviso. Un livello di tutela più elevato è previsto per alcuni gruppi di lavoratori (es. lavoratrici gestanti). I lavoratori licenziati senza preavviso non possono fare richiesta di reintegrazione, quando:

- la data di scadenza del contratto è già trascorsa;
- la reintegrazione non è consigliabile perché il periodo residuo fino alla scadenza contrattuale è breve;
- il licenziamento è avvenuto durante il periodo di preavviso.

Le richieste di reintegrazione possono anche non essere prese in considerazione dalla corte, qualora la reintegrazione è impossibile, a causa della soppressione del posto di lavoro, o inutile (insolvenza del datore di lavoro, inabilità al lavoro, conflitto tra le parti – specialmente nelle piccole imprese). Questa previsione non si applica ad alcuni gruppi di lavoratori, come, ad esempio, le lavoratrici gestanti, i lavoratori che si prendono cura di bambini, i dirigenti sindacali, cosicché tali prestatori di lavoro devono essere reintegrati su loro richiesta.

Il lavoratore reintegrato deve dichiarare, entro sette giorni, che è disposto a ritornare a lavorare immediatamente. Di conseguenza, il datore di lavoro deve reinserire il lavoratore nell'organizzazione aziendale. Il datore di lavoro che rifiuta di reintegrare il lavoratore è soggetto ad un'ammenda, una pena restrittiva della libertà o la pena della reclusione sino ad un anno (art. 218 §

<sup>29</sup> Se non è stato ancora dato recesso al contratto di lavoro, il lavoratore può chiedere che la manifestazione di volontà da parte del datore di lavoro sia dichiarata inefficace.

<sup>30</sup> In merito v. SEWERYNSKI, *op. cit.*, pp. 47-48.

2, 6 giugno 1997 – codice penale<sup>31</sup>). Il lavoratore che riprende a lavorare a seguito della reintegrazione ha diritto alla retribuzione per il periodo durante il quale è stato senza lavoro. L'ammontare della retribuzione è, tuttavia, limitato. Peraltro, solo i lavoratori che hanno diritto alla tutela speciale in caso di licenziamento hanno altresì diritto alla retribuzione per l'intero periodo di inattività.

Per quanto riguarda il risarcimento in luogo della retribuzione, va tenuto presente che dipende dal tipo di contratto nonché dalle modalità del recesso. Se il datore di lavoro ha licenziato un lavoratore a tempo indeterminato, il risarcimento è pari alla retribuzione per un periodo da due settimane a tre mesi, purché non inferiore alla retribuzione per la durata del preavviso. Se il licenziamento di un lavoratore a tempo indeterminato è effettuato senza preavviso, il risarcimento corrisponde alla retribuzione per il periodo di preavviso. In caso di contratti a tempo determinato, il risarcimento ammonta alla retribuzione per la durata del contratto, ma non oltre tre mesi.

Attualmente una delle problematiche più spinose è quella relativa al livello dei benefici previsti in caso di licenziamento ingiusto, livello che è relativamente basso. Pertanto, si pone il problema se i lavoratori possono richiedere un risarcimento aggiuntivo in base al diritto civile. La Corte Costituzionale ha accettato tale possibilità per quanto riguarda il licenziamento illegittimo senza preavviso<sup>32</sup>. Secondo la Corte Suprema, richieste di questo tipo sono disciplinate dalla legislazione in materia di illeciti civili, cosicché l'onere della prova incombe sul lavoratore. Inoltre, la Corte ha dichiarato che il datore di lavoro è responsabile soltanto in caso di violazioni deliberate della legge<sup>33</sup>. In altre ipotesi, la Corte Suprema ha respinto le richieste di risarcimenti aggiuntivi stabilendo che i risarcimenti devono essere regolati integralmente dal diritto del lavoro. Alcuni studiosi sostengono, tuttavia, che le restrizioni alle richieste dei lavoratori non sono giustificate e che sono persino in contrasto con la Costituzione. Pertanto, il problema è ben lungi dall'essere risolto.

<sup>31</sup> Gazzetta delle leggi del 1997, n. 88, provvedimento n. 553.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte Costituzionale del 27 novembre 2007, SK 18/05, Gazzetta delle leggi del 2007, n. 225, provvedimento n. 1672.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte Suprema del 18 agosto 2010, II PK 28/10.

## 9. *Conclusioni*

In passato, il diritto polacco garantiva un livello di protezione relativamente elevato in materia di recesso dal contratto di lavoro. Negli ultimi due decenni, tuttavia, le regole sono cambiate. Allo stesso tempo, è mutato l'approccio adoperato dai giudici del lavoro. La conseguenza di tutto ciò è che la legislazione in materia di licenziamento è diventata sempre più liberale. Una caratteristica del sistema polacco è il ruolo importante svolto dai contratti a tempo determinato, dai quali si può recedere senza particolari restrizioni. Grazie a questa soluzione, la nostra legislazione è da ritenersi molto flessibile e a tutela principalmente degli interessi dei datori di lavoro.



## notizie sugli autori

### **Edoardo Ales**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Cassino e del Lazio Meridionale*

### **Sabino Cassese**

*Giudice della Corte Costituzionale*

### **Giacinto Della Cananea**

*Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Roma "Tor Vergata"*

### **Massimiliano Delfino**

*Professore associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II*

### **Lorenzo Gaeta**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Siena*

### **Umberto Gargiulo**

*Professore associato di Diritto del lavoro, Università "Magna Græcia" di Catanzaro*

### **Sonia McKay**

*Professor of European Socio-Legal Studies, London Metropolitan University*

### **Claudia Murena**

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Pavia*

### **Andrea Pacella**

*Assegnista di ricerca in Economia politica, Università del Sannio, Benevento*

### **Lukasz Pisarczyk**

*Associate Professor of Labour Law, University of Warsaw*

### **Riccardo Realfonzo**

*Professore ordinario di Storia del pensiero economico, Università del Sannio, Benevento*

### **Laura Tebano**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro, Seconda Università di Napoli*

**Guido Tortorella Esposito**

*Ricamatore di Storia del pensiero economico, Università del Sannio, Benevento*

**Antonio Viscomi**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università "Magna Græcia" di Catanzaro*



# abbreviazioni

## **Normativa**

<i>ai</i>	accordo interconfederale
<i>cnc</i>	contratto collettivo nazionale di comparto
<i>cnl</i>	contratto collettivo nazionale di lavoro
<i>cnq</i>	contratto collettivo nazionale quadro
<i>cod. civ.</i>	codice civile
<i>cod. pen.</i>	codice penale
<i>cod. proc. civ.</i>	codice di procedura civile
<i>cod. proc. pen.</i>	codice di procedura penale
Cost.	Costituzione
<i>d.d.l.</i>	disegno di legge
<i>d.g.r.</i>	delibera giunta regionale
<i>d.i.</i>	decreto interministeriale
<i>dir.</i>	direttiva della Comunità europea
<i>dir. P.C.M.</i>	direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.l.</i>	decreto legge
<i>d.lgs.</i>	decreto legislativo
<i>d.lgs.lgt.</i>	decreto legislativo luogotenenziale
<i>d.m.</i>	decreto ministeriale
<i>d.P.C.M.</i>	decreto Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.P.R.</i>	decreto Presidente della Repubblica
<i>gu</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>guce</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>gue</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>jo</i>	Journal Officiel
<i>l.</i>	legge
<i>l.cost.</i>	legge costituzionale
<i>l.d.</i>	legge delega
<i>l.p.</i>	legge provinciale
<i>l.r.</i>	legge regionale
<i>pl</i>	Public Law
<i>racc.</i>	raccomandazione della Comunità europea

<i>r.d.l.</i>	regio decreto legge
<i>reg.</i>	regolamento della Comunità europea
<i>St. lav.</i>	Statuto dei lavoratori
<i>Statutes</i>	Statutes at Large
<i>Supp.</i>	Supplement
<i>Tratt. ce</i>	Trattato delle Comunità europee
<i>t.u.</i>	testo unico

### Giurisprudenza e altre Autorità

<i>Caa</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cassazione
<i>Cass. Pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cass. Sez. Un.</i>	Cassazione Sezioni Unite
<i>App.</i>	Corte d'Appello
<i>C. Conti</i>	Corte dei Conti
<i>C. Cost.</i>	Corte Costituzionale
<i>Comm. Gar.</i>	Commissione di Garanzia
<i>Cons. Giust. Amm. Sic.</i>	Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia
<i>Cons. St.</i>	Consiglio di Stato
<i>Cons. St., Ad. Plen.</i>	Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria
<i>C. Eur. Dir. Uomo</i>	Corte europea dei diritti dell'Uomo
<i>C. Giust.</i>	Corte di Giustizia delle Comunità europee
<i>Pret.</i>	Pretura
<i>Trib.</i>	Tribunale
<i>Ta</i>	Tribunal administratif
<i>Tar</i>	Tribunale amministrativo regionale

### Commentari, enciclopedie e trattati

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani

<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone
<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

### Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AJIM</i>	American Journal of Industrial Medicine
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>ALR</i>	Administrative Law Review
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen

<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>BT</i>	Bollettino tributario
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&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 información sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CLR</i>	Connecticut Law Review
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	cns-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato

<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law
<i>D&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>EGI</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>EGL</i>	Enciclopedia giuridica del lavoro
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line
<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWST</i>	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>GASicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale

<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore
<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>LAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>IJPL</i>	Italian Journal of Public Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILR</i>	International Labour Review
<i>LRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato

<i>ISE</i>	Istituzioni e sviluppo economico
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>LAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal



<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JJ</i>	JJurimetrics Journal
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTI</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&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>NT</i>	Nuove tutele
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro

<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QF</i>	QQaderni fiorentini
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione

<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDT</i>	Rivista di Diritto tributario
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, <a href="http://www.reconproject.eu">www.reconproject.eu</a>
<i>REDT</i>	Revista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel

<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Pubbl.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia
<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RLav</i>	Rassegna lavoro
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico

<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelyke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review
<i>SO</i>	Studi Organizzativi
<i>Società</i>	Le Società
<i>SP</i>	Sanità pubblica
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>SU</i>	Studi urbinati
<i>TAR</i>	I tribunali amministrativi regionali
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
<i>TG</i>	Toscana giurisprudenza
<i>TL</i>	Temas Laborales
<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza
<i>TP</i>	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
<i>UA</i>	Urbanistica e appalti
<i>UCLR</i>	University of Chicago Law Review
<i>UPLR</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
<i>WD</i>	World Development
<i>WESoc.</i>	Work, Employment and Society
<i>WP</i>	World Politics
<i>WP C.S.D.L.E.</i>	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <a href="http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp">www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</a>

<i>WP</i>	Olympus I Working Paper di Olympus
<i>WSIM</i>	wsi - Mitteilungen
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	Yale Law Journal
<i>ZA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>ZAF</i>	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht





## errata corrige

Nel n. 3/2013, nel contributo di M. Dolores Santos Fernández, dopo il titolo è stata apposta per errore la nota contrassegnata con l'asterisco.

Nel medesimo numero, nel contributo di Carlo Zoli, dopo il titolo, manca una nota, contrassegnata con asterisco, dal seguente testo: “Il contributo è destinato agli *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo* ed al volume L. ZOPPOLI, A. ZOPPOLI, M. DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale scientifica, 2014”.



Finito di stampare nel mese di maggio 2014  
dalla Grafica Elettronica (Na)

