

# indice

## editoriale

- 249 ANTONELLO ZOPPOLI  
*Il protocollo del maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)*

## saggi

- 263 MARIO RUSCIANO  
*Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*
- 287 JESÚS CRUZ VILLALÓN  
*Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*
- 317 PATRIZIA TULLINI  
*Stabilità del rapporto di lavoro e ruolo del giudice*
- 331 LARA LAZZERONI  
*Attori, potere rappresentativo e consenso nelle recenti vicende sindacali*
- 355 PASQUALE MONDA  
*La determinazione della "performance" individuale del dipendente pubblico*

## giurisprudenza

- 387 PASQUALE SANDULLI  
*Il ruolo degli enti bilaterali nel sostegno al reddito degli apprendisti  
(commento a C. Cost. 22 maggio 2013 n. 108)*
- 393 SILVIA IZZO  
*La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti  
(commento a Trib. Genova 9 gennaio 2013, ord.)*

**osservatorio**

- 425 MARCO BIASI  
*La Carta di Nizza e il Protocollo n. 30 all'esame del Parlamento britannico*
- 433 ANNA TESELI  
*Game over: il lavoro minorile in Italia*

**lavoro e ... letteratura**

- 447 LORENZO ZOPPOLI  
*Donnarumma all'assalto: disoccupazione meridionale e cultura industriale*
- 453 *Notizie sugli autori*
- 455 *Abbreviazioni*
- 469 *Errata corrige*

In questo numero sono stati sottoposti a referaggio i contributi di:  
Silvia IZZO, Laura LAZZERONI, Pasquale MONDA, Patrizia TULLINI, Jesús  
CRUZ VILLALÓN

Il referaggio è stato effettuato da:  
Riccardo DEL PUNTA, Donata GOTTARDI, Maurizio RICCI, Giuseppe SAN-  
TORO-PASSARELLI, Carlo ZOLI

# table of contents

## editorial

- 249 ANTONELLO ZOPPOLI  
*The Protocol of May 2013, a turning point suspended between (absent) practices and (inadequate) rules*

## articles

- 263 MARIO RUSCIANO  
*Reading and re-reading Article 39 of the Constitution*
- 287 JESÚS CRUZ VILLALÓN  
*The self-employment economically dependent*
- 317 PATRIZIA TULLINI  
*The stability of employment relationship and the role of the judge*
- 331 LARA LAZZERONI  
*Actors, representative power and consensus in the recent union events*
- 355 PASQUALE MONDA  
*The determination of the individual “performance” of the public servant*

## case law

- 387 PASQUALE SANDULLI  
*The role of bilateral bodies in supporting apprentices' income*  
(Note to judgement of Constitutional Court 22 May 2013 n. 108)
- 393 SILVIA IZZO  
*The locus standi of the employer within the new rite to challenge dismissals*  
(Note to judgement of Genova Tribunal 9 January 2013, ord.)

**observatory**

- 425 MARCO BIASI  
*The Nice Charter and Protocol 30 before the British Parliament*
- 433 ANNA TESELLI  
*Game over: child labour in Italy*

**labour and ... literature**

- 447 LORENZO ZOPPOLI  
*Donnarumma is attacking: Southern unemployment and industrial culture*
- 453 *Authors' information*
- 455 *Abbreviations*
- 469 *Errata corrigé*

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

Silvia IZZO, Laura LAZZERONI, Pasquale MONDA, Patrizia TULLINI, Jesús CRUZ VILLALÓN

The referees have been:

Riccardo DEL PUNTA, Donata GOTTARDI, Maurizio RICCI, Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, Carlo ZOLI

## Antonello Zoppoli

### Il protocollo del maggio 2013, una svolta sospesa tra prassi (assenti) e norme (inadeguate)

1.1. Il protocollo d'intesa del 31 maggio 2013<sup>1</sup>, d'indiscutibile importanza, s'inquadra in un periodo di transizione del diritto sindacale italiano. Più che un *protocollo storico*, come hanno detto soprattutto operatori e mass-media, esso *sembra chiudere una fase storica*, aprendo nuovi scenari, dai contenuti di certo ricchi ma, al momento, anche dai tratti non delineati. Il che – si sa – spesso accompagna il nuovo; in questo caso, però, scaturisce da sue strutturali caratteristiche.

Il protocollo – stipulato da Confindustria e Cgil, Cisl, Uil<sup>2</sup> – di sicuro introduce alcune fondamentali novità. Per la prima volta nella nostra esperienza sindacale stabilisce precise regole per la legittimazione e la stipula del contratto collettivo nazionale di lavoro.

Come noto, la strada, in passato più volte prospettata (da ultimo nel 2008), era stata concretamente aperta in seguito alla vicenda Fiat – ormai nel pieno del suo svolgimento – dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, a cui il protocollo, nel suo *incipit*, in modo invero riduttivo, dichiara di voler dare attuazione. L'accordo del 2011, stipulato anch'esso tra le grandi confederazioni suindicate, è essenzialmente dedicato alla struttura della contrattazione collettiva e ai soggetti e alle procedure del contratto collettivo aziendale. Tuttavia, oltre a indicare la soglia di rappresentatività per l'ammissione al negoziato del contratto collettivo nazionale, contiene, in premessa, una sorta di breve ma ricchissima "agenda" delle parti sociali di carattere più generale. Riaffermando il

<sup>1</sup> Da ora, protocollo.

<sup>2</sup> Protocollo poi sottoscritto, in versioni analoghe, da Ugl, Cisl e Confal, e seguito da quelli stipulati l'1 agosto e il 18 settembre, rispettivamente da Confservizi e da Agci, Confcooperative, Legacoop, con Cgil, Cisl e Uil, che ne riproducono il contenuto.

ruolo della contrattazione collettiva, a cominciare dal contratto nazionale, e al fine, in sintesi, di rafforzare competitività del sistema produttivo e tutela del lavoro, in detta agenda si afferma (tra l'altro, ma con un rilievo di immediata evidenza) che "è essenziale un sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e quindi in grado di dare certezza non solo riguardo ai soggetti, ai livelli, ai tempi e ai contenuti della contrattazione collettiva ma anche sull'affidabilità e il rispetto delle regole stabilite". Il protocollo del 2013, in stretta continuità con l'accordo del 2011, provvede a realizzare queste finalità per quanto riguarda il contratto collettivo nazionale, segnatamente intervenendo su soggetti stipulanti, procedure per la sua conclusione e susseguenti vincoli.

Tanto per l'accordo del 2011 quanto per il protocollo, siamo, quindi, dinanzi a "norme sulla produzione". Da questo punto di vista, tuttavia, nulla di nuovo. La novità, invece, è che a essere regolato è, per la prima volta, il "cuore" del fenomeno sindacale, abitualmente e sinteticamente racchiuso nella questione della rappresentanza sindacale: più precisamente, a essere regolato è il *potere di stipulare il contratto collettivo*. Si tratta, per il diritto sindacale italiano, di una vera svolta.

Sicché, dei tanti contenuti del protocollo, sono per ovvie ragioni il fondamento di tale potere e i conseguenti effetti a meritare anzitutto attenzione. A essi saranno dedicate queste brevi riflessioni, tralasciando giocoforza altri aspetti del documento pure rilevanti, tutti però concernenti, direttamente o indirettamente, la specifica regolazione del potere in parola.

Ne deriva che le prime questioni da affrontare attengono al versante dei lavoratori, sotto il profilo collettivo e individuale, giacché per i datori di lavoro il problema della rappresentanza è da tempo meno spinoso, giocando un ruolo decisivo l'adesione datoriale al sindacato firmatario del contratto collettivo. In verità, anche su tale versante un problema non marginale esiste, dato che il protocollo allo stato riguarda parte dell'articolato e differenziato panorama produttivo, esclusa peraltro la Fiat (come noto uscita da quasi due anni da Confindustria, evento di intuibile rilievo simbolico e pratico). Mettendo da canto i possibili sviluppi futuri, si tratta di un problema derivante sostanzialmente da alcuni nodi giuridici di fondo, che comunque più avanti incontreremo riflettendo sulle questioni concernenti lavoratori e relativi sindacati.

2.1. Dunque, il protocollo sembrerebbe porre fine a quella che è stata abitualmente ed eloquentemente definita l'anomalia del diritto sindacale ita-

liano nel contesto europeo, ossia il suo livello di regolazione assai ridotto, inesistente per gli snodi fondamentali. In realtà, il discorso è alquanto più complesso. Proviamo, qui, a delinearne almeno i termini principali.

Cominciamo da un veloce sguardo allo sfondo, storico e giuridico.

È noto che la nostra esperienza sindacale post-costituzionale, data la non attuazione dell'art. 39 seconda parte Cost., si è sviluppata su due piani, uno classicamente ricondotto all'ordinamento statale, e disciplinato dalle sue regole, l'altro rimesso alle spontanee dinamiche sindacali, sovente (sebbene talvolta genericamente) inquadrate in un autonomo ordinamento. In breve, il primo, benché solo in linea di principio, è stato governato dalle *norme privatistiche*, cioè dal diritto comune dei contratti; il secondo, dall'*effettività*, ovvero da una serie di regole radicate nella concreta realtà.

Ovviamente non è questa la sede per intrattenersi sui rapporti tra i due piani, quanto meno assai articolati, oltre che inevitabilmente mutevoli nel tempo. Preme piuttosto ricordare come l'unica teorizzazione compiuta del secondo – è risaputo – sia da ascrivere a Gino Giugni: alla sua tesi dell'“ordinamento intersindacale” del 1960, di matrice anglosassone, tratta da un'esperienza di oltre dieci anni, in particolare dalle “norme sulla produzione” rinvenibili nei contratti collettivi. Tesi sorta sostanzialmente in risposta alle carenze della ricostruzione privatistica, negli anni '50 di sicuro importante in termini di libertà, ma, anche nell'elaborazione del suo principale esponente (Francesco Santoro-Passarelli) – pure attento al profilo collettivo –, palesemente inadeguata alle peculiarità del fenomeno sindacale. Quegli anni saranno probabilmente i più significativi per le autonome dinamiche sindacali, sebbene già all'epoca si andassero nitidamente delineando le interazioni con l'ordinamento statale, peraltro attraverso itinerari diversi da quello privatistico (si pensi, per tutti, alla giurisprudenza relativa agli artt. 36 Cost. e 2077 cod. civ.). Successivamente avverrà qualcosa di analogo in senso inverso (emblematica la cd. contrattazione delegata). Tutto ciò finirà per ibridare tanto il versante dell'autonomia sindacale quanto la ricostruzione privatistica.

Nondimeno questa impalcatura reggerà, per decenni, il diritto sindacale italiano. Più precisamente, le autonome dinamiche sindacali, dopo la raffinata e incisiva elaborazione di Giugni, non troveranno altra compiuta sistemazione. Tenderanno però a essere ricondotte, invero piuttosto genericamente come si diceva, in un “ordinamento sindacale” o, più semplicemente, a essere compendiate nell'*effettività*, espressione della loro capacità di affermarsi nella

realtà e molto spesso perno di tentativi di ricostruzione sistematica (dell'impronta della elaborazione di Giugni, non si perderanno comunque le tracce). E, alla fin dei conti, il sistema sindacale di fatto, ancorché con i menzionati sostegni dell'ordinamento statale, può ritenersi il vero asse portante della storia del sindacato nell'Italia repubblicana.

Sarà una storia piuttosto tormentata, come sappiamo. Sin dagli inizi degli anni Settanta, con la prima crisi petrolifera del '73, cominceranno difficoltà e insoddisfazioni, parallelamente a sensibili mutamenti del tessuto economico-produttivo e della composizione della forza-lavoro. In breve, prenderanno piede profondi cambiamenti della società, nel suo insieme considerata, che via via indeboliranno le basi del potere delle grandi confederazioni, protagoniste, *unite*, dell'intera dimensione fattuale nonché, ormai, in qualche misura, anche del più generale versante politico.

Arrivando subito ai giorni nostri, se nei decenni scorsi alle grandi confederazioni si rimprovera la crescente carenza di democrazia sindacale – nei suoi molteplici profili –, l'ultimo lustro cambia fisionomia e dimensione dei problemi. In uno scenario che registra come non mai l'apertura dei mercati, segnato prima dall'esplosione del predominio della finanza sulla produzione reale e poi da una fortissima crisi su scala mondiale, la rottura dell'unità tra le grandi confederazioni sindacali e i conseguenti accordi ccdd. separati irrompono, dal 2009, sulla scena delle relazioni sindacali italiane, stravolgendola in un'*escalation* di eventi (spesso sulle prime pagine dei giornali), il cui detonatore è il caso Fiat.

Dunque, tornando al protocollo, questi velocissimi cenni storici rendono anzitutto agevole capire perché esso debba essere salutato con favore.

Il protocollo, nella regolamentazione del potere di stipulare il CCNL, oltre a dare a quest'ultimo nuova linfa vitale, incrementa di sicuro trasparenza e democrazia nelle dinamiche sindacali, a cominciare dall'effettiva misurazione della rappresentatività di ciascuna organizzazione a finire all'accertamento della volontà dei lavoratori. Pone poi le regole affinché si possa evitare il ripetersi degli accordi separati, rispetto ai quali la reazione "di rigetto" del nostro ordinamento è stata palese. Per l'esattezza, introduce, per la prima volta, la regola della maggioranza, di indubbio rilievo nel diritto sindacale (come si dirà meglio più avanti). Tutto ciò con una disciplina piuttosto articolata. Insomma, siamo certamente dinanzi a novità importanti.

Eppure, sempre i precedenti cenni storici invitano a non fermarsi al primo, favorevole saluto.



3.1. Continuando a seguire la duplice prospettiva dapprima adottata, avviciniamoci al protocollo muovendo, sempre per grandissime linee, dalla visuale delle autonome dinamiche sindacali – che possiamo (anche per comodità espositiva) assumere come “ordinamento sindacale”, al di là dei rischi di genericità dell’espressione –, per poi passare a quella fornita dalla ricostruzione privatistica.

Nell’ottica dell’ordinamento sindacale sono due le considerazioni da fare, strettamente intrecciate: la prima concerne origini e finalità del protocollo, la seconda alcuni cruciali profili della disciplina introdotta.

L’ordinamento sindacale si radica nella “prassi”. Come insegna la teoria dell’ordinamento intersindacale, esso, per definizione del suo stesso autore, nasce da “un patrimonio di esperienze di “«diritto vivente»”. Come dire, la realtà sprigiona forza regolativa, l’effettività assume valenza prescrittiva (pre-scindendo dagli intenti metodologici dell’elaborazione di Giugni).

Orbene, è possibile estendere tale discorso al protocollo? Difficile rispondere, oggi, in senso affermativo. Il protocollo non è un prodotto della realtà: le norme che contiene non sono il frutto dell’esperienza. Piuttosto, è il contrario: il protocollo nasce in seguito alla fine di alcuni capisaldi del sistema sindacale di fatto. Come si legge nella menzionata agenda dell’accordo del 2011, cui il protocollo intende “dare applicazione”, l’obiettivo è definire regole “certe” e “affidabili” per il sistema di relazioni sindacali e contrattuali: che evidentemente, persa negli ultimi anni la robustezza fattuale, è sceso al di sotto della soglia di tolleranza da entrambi i punti di vista. In sostanza, la realtà ha, in questa fase, smarrito la sua forza normativa: ora è il protocollo a dover svolgere, rispetto ad essa, una funzione prescrittiva.

Né si può dire che ragionando in tal modo si cada in un errore di prospettiva, trascurando la linea pur sempre di continuità esistente tra il protocollo e il patrimonio di esperienze maturate: sarebbe, questa, un’obiezione semplicistica, benché non del tutto infondata. Il protocollo ha origine da presupposti ben diversi rispetto al passato e, di conseguenza, introduce alcune fondamentali novità difficili da inserire in assestate prassi comportamentali: il che ci conduce a taluni profili della nuova disciplina, tra loro correlati.

L’architrave normativo del sistema sindacale di fatto – evidente non solo nell’impostazione giugniana – è il reciproco riconoscimento tra le grandi confederazioni: la loro autolegittimazione, che le protende verso la titolarità dell’interesse collettivo dell’intera categoria di riferimento. Sul versante delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, quest’architrave aveva però due solidi

elementi portanti, intimamente legati, l'unità di azione e la pariteticità tra le stesse confederazioni: segnatamente, è opinione assai diffusa quella secondo cui l'"unità di azione" fra le maggiori confederazioni, anzitutto per quanto concerne la contrattazione collettiva, abbia compensato, per decenni, la carenza di regole sulla rappresentanza sindacale e sull'efficacia del contratto collettivo.

Bene, il protocollo – come accennato – nasce per porre argini alla rottura dell'unità di azione sindacale e, a tal fine, introduce un'articolata disciplina per la stipulazione del CCNL, mostrando chiari i segni della nuova stagione; la pariteticità, nel nuovo contesto, è invece sostituita dalla misurazione della rappresentatività di ciascun sindacato e dal conseguente peso ai fini delle soglie per la partecipazione al tavolo negoziale e per la sottoscrizione del contratto collettivo. Sicché, al momento, se di unità sindacale si può parlare, lo si può fare in relazione alle sole norme sulla produzione contenute nel protocollo (concernenti soggetti, procedure e vincoli del CCNL), non ai concreti contenuti dei futuri CCNL, per i quali l'unità di azione è soltanto una possibilità; anzi, il protocollo – con la soglia del "50% + 1" per la firma del CCNL – mira proprio a consentire la conclusione del contratto in assenza di convergenza di vedute tra i sindacati firmatari dello stesso protocollo. In altre parole, il *protocollo segna il passaggio dall'unità di azione sindacale*, ossia di strategie e di contenuti, *all'unità meramente procedurale*, volta cioè a rendere possibile la conclusione di accordi.

È questo, in pratica, "il mutato scenario delle relazioni sindacali" che ha condotto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 231 del 23 luglio 2013, a rivedere il giudizio sulla legittimità dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, nella versione scaturita dal referendum del '95, ritenuta ormai non più in alcun modo funzionale alla selezione di un fronte sindacale qualificato in termini di rappresentatività.

3.2. Ritornando al protocollo, il nuovo assetto disegnato si ripercuote immediatamente sugli impegni derivanti dalle sue norme e da quelle dei futuri contratti collettivi nazionali.

Le nuove "norme sulla produzione" prevedono che, mentre il CCNL ha efficacia "vincolante per entrambe le Parti" che lo stipulano, i sindacati che non lo sottoscrivono, ma hanno invece firmato il protocollo, sono tenuti alla sua "piena esigibilità" (punti 3 e 4 della seconda parte). Categoria, questa, coniata dagli interpreti e assurda alla notorietà finanche della cronaca grazie

proprio alla vicenda Fiat, mutando dal negativo (inesigibilità) al positivo (esigibilità), specularmente all'utilizzo a garanzia non più dell'esercizio di diritti fondamentali concernenti il lavoratore (diritto di partecipare allo sciopero, diritto di assolvere a funzioni pubbliche, ecc.), bensì dell'interesse datoriale all'attuazione del contratto stipulato. Il protocollo – allargandone invero la portata – la sostanza appunto nell'impegno, in capo ai suoi firmatari, “a dare piena applicazione e a non promuovere iniziative di contrasto” al CCNL concluso secondo la disciplina dal medesimo protocollo prevista. Orbene, l'impegno di sicuro esprime un vincolo alla “pace” sindacale – non da escludere di carattere assoluto –, in virtù del quale lo sciopero è configurato non più tanto (o comunque solo) come “sanzione” rispetto alla controparte datoriale (secondo la classica impostazione dell'ordinamento intersindacale), ma anzitutto come *obbligo in capo alle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del protocollo ma non aderenti al CCNL, cruciale nel nuovo equilibrio delineato*: il rispetto di questo impegno, proprio a causa del venir meno dell'unità di azione sindacale, è essenziale per realizzare uno degli obiettivi principali delle parti sociali, ossia “l'affidabilità e il rispetto delle regole stabilite”. In proposito v'è da considerare, però, che, al momento, più di un elemento lascia credere che l'esigibilità difficilmente riguarderà i singoli lavoratori, come meglio si dirà in seguito. Di certo non interesserà i sindacati non firmatari del protocollo, esclusi, *per tabulas* (v. già la premessa), *del tutto* (non solo dal tavolo negoziale, ma anche) dall'intero nuovo contesto relazionale-normativo creato. Sicché, per meglio intenderci sulla praticabilità dell'equilibrio disegnato, vien naturale pensare, specie in questi anni di grandi difficoltà economiche, che i sindacati sottoscrittori del protocollo, ma non firmatari di un CCNL approvato dalla maggioranza semplice dei lavoratori in sede di consultazione certificata (punto 3 parte seconda), possano non aver affatto vita facile (oltre che, ancor prima, un reale interesse) a controllare i lavoratori dissenzienti (tra i quali non è da escludere loro stessi iscritti), di numero potenzialmente anche molto consistente considerando il criterio maggioritario adottato. Lecito poi immaginare, in un siffatto scenario, un ruolo significativo del sindacato del tutto estraneo al protocollo, non a favore – v'è da credere – del “rispetto” del CCNL. Situazioni del genere, evidentemente, minano le ragioni alla base dell'affidamento e del reciproco riconoscimento tra le parti contrapposte.

In sintesi, allo stato, appare assai arduo riflettere sul protocollo adottando la logica dell'*effettività*.

Se è possibile rinvenire alla base del protocollo un tratto di continuità

con l'esperienza del passato, vale a dire il reciproco riconoscimento tra le grandi confederazioni, i presupposti e le implicazioni del nuovo assetto sono tali da privare, questo tratto, della veste di "garante" dell'attuazione delle regole che i futuri contratti collettivi nazionali porranno. Allo stato – come si è detto – il protocollo non è il frutto dell'unità di azione delle grandi confederazioni, elemento essenziale per la loro affidabilità nell'aggregare almeno la gran parte dell'insieme dei lavoratori interessati e di conseguenza per la realizzazione delle regole e degli equilibri negoziali di volta in volta raggiunti, anche in situazioni di difficoltà socio-economiche più o meno accentuate; viceversa, il protocollo è il risultato evidente del venir meno di quella unità: proprio per sopperire ad essa, disciplina l'unità procedurale. Il fine ultimo è ritrovare quanto, tutto sommato, l'effettività ha, in passato, garantito: come espressamente affermano le medesime parti sociali, "certezze", non solo nei contenuti contrattuali, ma, ancor prima, nel loro "rispetto".

Si raggiungerà l'obiettivo? Ovviamente è difficile dirlo. Ciò che si può dire è che, oggi, appare, invero, non solo fuori luogo ma anche, con ogni probabilità, controproducente porre la questione sul piano dell'effettività: nel passato fondata sull'unità di azione sindacale, ora evidentemente improponibile per regole nuove e, soprattutto, generate dall'intento di rimediare proprio all'assenza di quell'unità. Per converso, v'è da pensare che più "solide" risulteranno tali regole, maggiore sarà la possibilità che centrino l'obiettivo.

In questa logica, la mente torna ai limiti intrinseci del sistema sindacale di fatto (pure forte dell'unità di azione sindacale) mostrati nei decenni scorsi e via via crescenti al diminuire della coesione sociale e al peggioramento del quadro economico-produttivo, sino a condurci ai giorni nostri. All'origine di buona parte di questi limiti vi è l'autoreferenzialità del sistema, che, in generale, lo ha sovente esposto, e quindi indebolito, in relazione a una pluralità di fattori, interni ed esterni, ben noti (congiunture economiche negative, variazioni del quadro politico, trasformazioni delle organizzazioni produttive e del mondo del lavoro, mutamenti dei rapporti con la controparte, fasi di tensione all'interno delle grandi confederazioni sindacali); in particolare, lo ha reso fragile – accrescendone le difficoltà in una spirale viziosa – dal punto di vista anzitutto della legittimazione democratica, in quanto incardinato su una logica "di forza" autolegittimantesi, come tale per definizione *non di tutti* e difficile da accettare, specie per i destinatari degli "svantaggi" che, direttamente o indirettamente, il sindacato si è trovato a distribuire sempre più spesso – in virtù anche di espressi rinvii legislativi –, come probabilmente

continuerà a fare in un'ottica non contingente (è, questa, tra le poche, se non l'unica indicazione utile dell'assai discusso art. del 8 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con mod., con l. 14 settembre 2011, n. 148).

4.1. Se si condivide quanto detto, si è pressoché obbligati a ragionare sul protocollo nella prospettiva dell'ordinamento statutale. Ed è in tale prospettiva che va quindi considerata la finalità perseguita dalle parti sociali, più volte rammentata.

Sempre nell'ottica di provare qui a delineare i termini principali della questione, è il caso di dire subito che, neanche da questa visuale, il protocollo sembra trovare il sostegno giuridico necessario: benché presenti risvolti interessanti, sconta il tradizionale inquadramento di principio nel diritto privato in ragione della sua indiscutibile natura contrattuale. E ciò ripropone inadeguatezze anzitutto di concetti e categorie, per certi versi anche più evidenti rispetto al passato proprio in considerazione del maggior peso che dovrebbe ora assumere la prospettiva privatistica nella ricostruzione giuridica del potere di stipulare il contratto collettivo; come dire, l'ordinamento sindacale, nell'attuale fase, sembra "appoggiarsi" all'ordinamento statutale fino ad esserne, in sostanza, sopravanzato.

Premesso che molti passaggi del protocollo inevitabilmente solo nella fase applicativa troveranno precisa definizione, alcuni importanti punti sembrano, già adesso, sufficientemente chiari.

Prima di ogni altro, merita di essere segnalato un aspetto sicuramente positivo. Il protocollo – come accennato – apre la porta alla regola maggioritaria per la conclusione del contratto collettivo nazionale su un duplice piano (punto 3 della seconda parte); in riferimento: a) alla "consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori", per la quale è prevista la maggioranza semplice; b) alla sottoscrizione del contratto, nei termini del "50% + 1 della rappresentanza", derivante – se ben si intende – dal superamento della soglia del 5% per l'ammissione al tavolo negoziale (quindi, in ipotesi, una maggioranza che può sensibilmente sgonfiarsi rispetto alla totalità dei lavoratori interessati). La novità è decisamente positiva in quanto introduce una congrua modalità di definizione giuridica dell'interesse collettivo-sindacale attraverso la regola maggioritaria, non priva di risvolti problematici come si sa, ma eloquentemente e per definizione distante, nella sua dimensione interrelazionale, dall'interesse individuale dei singoli lavoratori.

Tuttavia – come subito vedremo – già in merito a questo aspetto finiscono per prendere il sopravvento l'inquadramento del protocollo nel diritto privato e le relative logiche e regole, pur sempre di carattere individuale e quindi per definizione inadatte per governare fenomeni che il piano individuale trascendono. Il punto è – andando al nocciolo della questione – che *la peculiarità dell'interesse collettivo-sindacale non è limitata alle sue modalità di definizione, investendone, ancor prima, la genesi*; che poi si riflette sulle caratteristiche dei poteri giuridici necessari perché lo stesso interesse abbia appropriata concreta traduzione. E la genesi non può essere di stampo individuale, semplicemente perché il singolo individuo (in quanto tale) non può conferire ad altri i poteri (che non ha e non può avere) necessari per la dimensione superindividuale propria del fenomeno sindacale. Tutto questo (ben saldo, sia pur non senza differenziazioni, almeno in buona parte del pensiero giuslavoristico, come dimostra già la fortunata sorte dell'"ordinamento sindacale") nelle "norme sulla produzione" contenute nel protocollo, da cui avranno origine la concreta determinazione dell'interesse collettivo e le conseguenti regole a sua tutela, emerge con chiarezza in relazione alla classica questione dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo.

La nuova disciplina può riguardare soltanto i soggetti, individuali e collettivi, che ad esso si sottopongono per propria libera scelta (art. 1372 cod. civ.). Non vi è altra possibilità dal momento che essa scaturisce da un "contratto", quale appunto il protocollo è. Sicché, continua a esservi discrasia normativa tra il potere sindacale configurato nella sua intrinseca dimensione (organizzativa e quindi) collettiva (di cui all'art. 39 co. 1 Cost.) e la concreta efficacia dell'azione sindacale espressa dal contratto collettivo, tuttora legata al piano del singolo soggetto interessato. Discrasia che – prescindendo qui dal già citato e assai "debole" art. 8 del d.l. 138 e dall'area a sé stante del lavoro pubblico – nel nostro ordinamento oggi trova invece ricomposizione solo nell'(inattuata seconda parte dello stesso) art. 39 Cost.

Al riguardo v'è chiarezza sin dalla breve menzionata premessa del protocollo, dove se ne prevede l'applicazione alle "Organizzazioni firmatarie". Ragionandovi su ora nell'ottica statuale, già per i grandi sindacati confederali che lo hanno stipulato si pone il problema dei vincoli nei confronti delle relative associazioni di categoria – decisive nell'implementazione delle nuove regole –, rispetto alle quali i primi commenti comprensibilmente optano per l'individuazione di una promessa contrattuale dell'obbligo del terzo (art. 1381 cod. civ.). Ma, con ogni probabilità, non è questo il principale problema.

Se l'intento è definire la cerchia di soggetti ammessi al nuovo contesto normativo, quindi anzitutto al tavolo negoziale – secondo una tradizionale prassi delle autonome dinamiche sindacali –, tra gli effetti dell'espressa delimitazione del protocollo vi è (come prima accennato) anche quello di escludere *del tutto* i sindacati non firmatari dal suo ambito applicativo. Certo, riflesso obbligato della natura contrattuale del protocollo, ma tant'è.

La prima conseguenza, di rilievo già teorico, è la preclusione della coincidenza tra l'interesse collettivo, definito dal CCNL concluso secondo le procedure del protocollo, e l'interesse della categoria di riferimento, non configurabile nella sua interezza data l'espressa esclusione delle organizzazioni sindacali non firmatarie; preclusione, considerando l'art. 39 co. 1 Cost., oggi più di ieri non superabile attraverso aprioristiche operazioni interpretative.

Ne derivano, su un piano pure di immediata concretezza, ripercussioni assai delicate su questioni centrali, come l'"efficacia" e l'"esigibilità" del CCNL. Come si diceva in precedenza, il protocollo, delimitata la prima a chi ha firmato il contratto, espressamente estende la seconda sino al limite massimo possibile, ossia nei confronti dei suoi sottoscrittori. Per i sindacati estranei pure ad esso, non vi potrà invece essere percorso che conduca a vincolarli agli effetti prodotti dal CCNL né a impedire la promozione di "iniziative di contrasto" allo stesso contratto.

4.2. Il discorso si complica inevitabilmente ancor più allargando la visuale al versante individuale.

Benché l'inquadramento nel diritto privato non dovrebbe lasciare dubbi, è bene precisare anzitutto che la più volte ricordata consultazione costituisce passaggio necessario del procedimento di stipulazione del CCNL, ma non può modificare il suo ambito di efficacia, che riguarderà solo gli iscritti ai sindacati che lo hanno firmato, secondo le regole del diritto comune. In proposito, il protocollo – a differenza dell'accordo del 2011 (che, al punto 4, prevede l'efficacia del contratto aziendale stipulato secondo le regole contemplate "per tutto il personale in forza") – usa una formula più accorta, benché anodina (il rispetto delle procedure comporta "l'applicazione degli accordi all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici": seconda parte del punto 4); formula che tuttavia non è sufficiente per estendere l'ambito di applicazione del CCNL neanche agli iscritti alle organizzazioni sindacali firmatarie del protocollo stesso: una tale deviazione rispetto alla "normale" efficacia del contratto an-

dava espressa. Sicché, la sola estensione di efficacia del CCNL determinata dalla consultazione non è nei confronti di tutti gli interessati – come taluno potrebbe ipotizzare –, bensì soltanto di coloro che parteciperanno alla consultazione stessa, esprimendo così inequivocabilmente, a livello individuale, la volontà di accettare le regole del gioco stabilite dal protocollo e quindi i relativi esiti. Di nessuna importanza sul punto risulta invece la partecipazione all'elezione delle rsu, giacché il ruolo di queste ai fini della stipulazione del CCNL è solo indirettamente rilevante (attraverso la definizione della soglia minima di ammissione al tavolo negoziale), e di sicuro non si esaurisce nella vicenda contrattuale.

Dunque, a questo punto, l'unica certezza è che il contratto non copre l'intera area degli interessati. Le ripercussioni – si passi il gioco di parole – sulla certezza delle regole e sulla relativa affidabilità sono facilmente intuibili.

Se non c'è bisogno di sottolineare che si tratta di una (sebbene tra le più evidenti e rilevanti) delle molteplici espressioni della strutturale inadeguatezza del diritto privato a “comprendere” il fenomeno sindacale, è per converso il caso di osservare come decisamente e inevitabilmente riduttivi appaiano i tentativi di porvi rimedio attraverso percorsi della stessa natura, quindi dal carattere solo individuale: che mostrano, giocoforza, anch'essi tutta la loro eterogeneità rispetto alle caratteristiche, genetiche e funzionali, dell'interesse collettivo-sindacale.

Si pensi alla tesi del rinvio contenuto nelle lettere di assunzione al contratto collettivo nazionale, di frequente tirata in ballo – finanche in relazione al caso Fiat, nonostante gli evidenti inconvenienti della coesistenza di due CCNL ne abbiano messo concretamente in luce la debolezza – e da alcuni già richiamata pure in merito al protocollo. I conosciuti limiti di siffatta tecnica, tutti riconducibili alla sua dimensione individuale (da quelli concernenti la formulazione del rinvio alle implicazioni in termini di libertà sindacale, con l'assai dubbia cristallizzazione della volontà del lavoratore, espressa peraltro nel delicato momento dell'assunzione), ne rendono, in questo caso, particolarmente evidente la distanza rispetto a trasparenti e condivisi percorsi che la formazione dell'interesse collettivo-sindacale richiede, anzitutto affinché ciascun lavoratore possa sentirsi partecipe delle relative scelte e assumersi le conseguenti responsabilità. In sostanza, ad assumere rilievo, ora, sono norme sulla produzione, ossia di definizione dell'interesse collettivo-sindacale (nel senso suindicato), in relazione alle quali i suddetti limiti della tesi del rinvio individuale prendono viepiù consistenza.



Come pure, non può che continuare a risultare priva di fondamento l'opinione secondo la quale il problema dell'*erga omnes* non avrebbe ragione di porsi là dove il datore di lavoro aderisca all'associazione che ha sottoscritto il contratto collettivo, essendo questi tenuto alla sua applicazione nei confronti di tutti i suoi dipendenti: al di là di ogni altra considerazione, sfugge come l'opinione possa superare il dissenso dei non iscritti alle organizzazioni firmatarie del CCNL che si ritengono dallo stesso pregiudicati.

Non va poi affatto dimenticato che, anche per gli associati al sindacato firmatario del CCNL, assai dubbio è il vincolo dell'esigibilità, sulla cui importanza nell'equilibrio dell'accordo non è il caso di insistere. Invero, il protocollo al riguardo tace, a differenza dell'accordo del 2011, dove vi è espressa indicazione negativa (punto 6). Sicché si potrebbe essere indotti a pensare che non sia affatto da escludere un effetto normativo, sui contratti individuali degli iscritti ai sindacati firmatari del CCNL, del previsto obbligo di esigibilità, possibile secondo la tesi della titolarità *sindacale* del diritto di sciopero. Una tale interpretazione potrebbe essere in particolare tenuta presente in relazione al punto 5 della seconda parte del protocollo, dove si rinvia ai contratti di categoria per la definizione di "clausole e/o procedure di raffreddamento finalizzate a garantire, per tutte le parti, l'esigibilità degli impegni assunti e le conseguenze di eventuali inadempimenti sulla base dei principi stabiliti con la presente intesa". Tuttavia c'è da essere scettici, perché, se il dibattito sul tema si è negli ultimi anni ravvivato, le organizzazioni sindacali sembrano ancora adesso restie a sposare, sul punto, soluzioni innovative, nonostante, peraltro, nel nuovo quadro di regole sulla rappresentanza il diritto del singolo di scioperare perda anche il carattere di succedaneo del diritto di esprimere la propria preferenza sindacale; resistenza, in verità, non agevole da inquadrare, tra la nostalgia della lontana "conflittualità permanente" e le perplessità sulla reale intenzione di assumere sino in fondo gli impegni convenuti.

5. In definitiva, ce n'è abbastanza per avere consistenti dubbi sulla sufficiente solidità del protocollo rispetto agli interrogativi e alle difficoltà dell'attuale, assai delicata, fase storica.

Le parti sociali si sono date nuove regole alla ricerca di certezza e affidabilità dei comportamenti dinanzi a uno scenario socio-economico contraddistinto da una forte crisi e da una scarsa coesione sociale. Certezza e affidabilità sono obiettivi, è appena il caso di ricordarlo, da intendersi, di sicuro,

con realismo; altrettanto sicuramente però – come dichiarano già le parti sociali – il passato, soprattutto più recente, colloca entrambe, oggi, al di sotto del minimo sostenibile. Donde l'esigenza di nuove regole, necessariamente (e finalmente) “sulla produzione”. Per siffatte norme, di determinazione delle modalità di formazione dell'interesse collettivo-sindacale, la solidità, secondo i principi fondanti il nostro ordinamento, non può che essere sinonimo di legittimazione istituzionale e di conseguente adeguatezza giuridica: affinché *tutti gli interessati* le sentano proprie e, con esse, sentano proprie le regole prodotte e da queste siano vincolati. Esigenze ovviamente non risolutive; tuttavia, da un lato, imprescindibili al cospetto di contesti articolati e compositi, ancor prima che segnati da difficoltà economiche; dall'altro giuridicamente incompatibili sia con percorsi autoreferenziali sia con la dimensione esclusivamente privatistico-individuale: guide adatte, nella migliore delle ipotesi, a tragitti più o meno brevi, che comunque non portano lontano in quei contesti. Se si vuole o, forse più realisticamente, si è obbligati a guardare oltre, indispensabili appaiono indicazioni normative originate sì dal basso, o, se si preferisce, dall'autonomia collettiva, ma, al contempo, forti del sostegno dell'ordinamento statale: segnatamente, delle risorse di cui questo dispone a supporto dei circuiti democratici decisionali adatti alla complessità di una società contemporanea. Come dire, è tempo che ordinamento statale e ordinamento sindacale s'incontrino, con un reciproco e solido scambio.

A questo punto, la regolazione eteronoma, per legge, dell'autonomia collettiva ha ormai tutta l'aria di essere, per il sindacato, il prezzo minimo da pagare per l'accesso, a pieno titolo, alla “complessità” della realtà. Le consapevolezze, al riguardo, almeno nella comunità scientifica, appaiono cresciute nel tempo. Nondimeno gli ostacoli, di vario genere ma tutto sommato assai simili a quelli conosciuti decenni orsono, persistono. Continueranno a prevalere? Continuerà la navigazione pressoché a vista.

## Mario Rusciano

### Letture e riletture dell'art. 39 della Costituzione\*

**Sommario:** **1.** Diritto sindacale: il senso di un ossimoro. **2.** Dall'ordinamento corporativo all'art. 39 Cost. **3.** I punti fermi dello schema costituzionale dell'art. 39 rispettati dal sistema sindacale di fatto. **4.** L'apporto dottrinale e giurisprudenziale alla supplenza politico-sindacale e l'influenza di questa sullo statuto dei lavoratori. **5.** Mutamento del contesto economico-produttivo e progressiva destrutturazione del sistema sindacale dentro e fuori il luogo di lavoro. **6.** La correttezza dei ragionamenti della Corte costituzionale nella sentenza 231 del 2013. **7.** Tentativi del legislatore di cambiare la natura del sindacato. **8.** Gli interventi asistematici del Governo Berlusconi: in particolare l'art. 8 del d.l. 138 del 2011. La vicenda Fiat e la disgregazione del diritto del lavoro. **9.** La rilettura dell'art. 39 Cost. per arrestare la frana del diritto del lavoro: il recupero dell'attualità della norma attraverso lo spirito costituzionale. **10.** I due segmenti della rappresentanza disegnati nell'art. 39: la rappresentanza associativa di diritto privato (commi 2 e 3) e la rappresentanza politico-istituzionale (comma 4). **11.** La costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale e l'accordo del 28 giugno 2011. La concertazione legislativa con le parti sociali per una "legge leggera" di attuazione dell'art. 39 Cost.

#### 1. *Diritto sindacale: il senso di un ossimoro*

È difficile mettere a fuoco i fattori di crisi che colpiscono attualmente il diritto sindacale, senza riflettere anzitutto sul suo complicato quadro evolutivo. In molti, infatti, si chiedono dove stia andando questo sistema giuridico dai tratti così singolari e così complessi – che la crisi economica e produttiva ha ridotto, e continua a mantenere, sotto *stress* – ma in pochi si chiedono da dove esso venga e come abbia vissuto nell'ultimo mezzo secolo<sup>1</sup>.

\* Il testo riproduce, con l'inclusione delle note e di qualche ulteriore riflessione suscitata soprattutto dalla sent. n. 231 del 2013 della Corte costituzionale, l'intervento in qualità di discussant al XVII Congresso Nazionale dell'AIDLASS su "Il diritto del lavoro al tempo della crisi" - Pisa 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013.

<sup>1</sup> Al riguardo è opportuno e piacevole rileggere ROMAGNOLI: tra i tanti lavori, cfr. *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, il Mulino, 1995; *Diritto del lavoro* (voce), in *ED, Annali IV*, Giuffrè,

In pratica, non pare ci si renda conto che molti dei problemi attuali affondano le loro radici nella nostra storia politico-istituzionale e possono trovare soluzione, oggi, solamente attraverso misure convergenti, del legislatore e delle parti sociali, che siano largamente innovative senza però rinnegare i pregi dell'esperienza giuridica del passato, grazie alla quale si è creata una filosofia del diritto sindacale e del diritto del lavoro in generale.

Volendo trasformare una semplice intuizione in un metodo di osservazione del sistema sindacale, comincerei con una battuta, apparentemente banale, che però, a mio modo di vedere, non solo offre una prospettiva di analisi, ma indica pure una possibile linea di politica del diritto. Se per "diritto" s'intende il solo "ordinamento statale", logicamente, la formula "diritto sindacale" racchiude un ossimoro. Infatti, se il diritto si riduce a comando dello Stato per fare ordine tra i consociati, e se il sindacato, al contrario, per principio non tollera alcun ordine che lo Stato voglia ad esso imporre, tanto da rifiutarne qualsiasi intervento regolativo, allora senza dubbio la formula contiene una contraddizione in termini.

Codesta contraddizione si palesa in modo particolare proprio nei periodi di crisi acuta (come appunto quello in cui ci troviamo a vivere) e può essere composta soltanto se il legislatore, anziché imporre comandi eteronomi, sceglie una linea morbida di intervento: come, ad esempio, l'assunzione nell'ordinamento dello Stato di regole autonome prodotte nell'ordinamento sindacale.

E invece la crisi, che è crisi economico-finanziaria, crisi produttiva e organizzativa dell'impresa, crisi politica e crisi di valori – associata ai grandi cambiamenti della società, indotti dalla globalizzazione e dalla rivoluzione tecnologica – nel provocare aspra conflittualità sociale, frammentazione degli interessi collettivi e disorientamento dei lavoratori, mette in crisi pure i tradizionali modelli di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva, costruiti tutti sulla storica e indiscussa rappresentatività delle grandi Confederazioni del lavoro, e offre al legislatore l'alibi per adottare regole eteronome di dubbia legittimità costituzionale, sebbene in apparenza – ma solo in apparenza! – ispirate all'idea di ampliare gli spazi dell'azione sindacale.

Il legislatore, in altri termini, tenta di ricacciare il sindacato in un ruolo circoscritto di rappresentanza degli interessi, censurando il ruolo in senso lato “politico” tradizionalmente svolto dalle forze sociali.

Il che dimostra quanto difficile sia legiferare in materia sindacale e quanto necessario sia, dovendolo fare, ispirare le scelte legislative a grande prudenza e cautela. Perciò suscitano meraviglia quanti si meravigliano se, parlando di crisi del diritto sindacale, aumenta il rischio, mi si passi l'espressione, di “buttarla in politica” (sempre in senso lato). Come se non si sapesse quanto arduo sia, in democrazia, stabilire un confine rigido tra sindacato e politica e quanto, nel contesto post-costituzionale, il sindacalismo italiano, benché con alterne vicende, sia stato strumento anche dell'equilibrio politico di un giovane Stato democratico: in linea del resto con lo spirito della Costituzione in tema di autonomie e pluralismo delle formazioni sociali (art. 2 Cost.).

## 2. *Dall'ordinamento corporativo all'art. 39 Cost.*

Proprio per questo, è bene ricordare che fin dal dopoguerra il sindacato democratico, per la sua origine e la sua natura costituzionale, diffida di normative eteronome – che per esso sono vere picconate – e a malapena riesce a rispettare le regole che autonomamente si è dato.

Ciò si spiega con la storia, neanche tanto lunga, del sindacato italiano. Mi limito a ricordare sommariamente che il movimento dei lavoratori – sorto dalla spontanea (e, se si vuole, talora anche selvaggia) aggregazione e difesa degli interessi collettivi nell'ambito di quella che all'epoca si definiva “classe proletaria” – ha dovuto subire dallo Stato, prima, i divieti del diritto penale e, poi, a distanza di qualche decennio (definito periodo della tolleranza, con stazionamento nel diritto dei privati), addirittura l'integrazione nella struttura statale, secondo la logica pubblicistica del diritto corporativo: che, non a caso, ha fornito la prima veste formale compatta al sindacato italiano ed alla contrattazione collettiva<sup>2</sup>.

Ma attenzione: non mediante una disciplina rispettosa del fenomeno

<sup>2</sup> Cfr. ancora ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro durante il fascismo. Uno sguardo d'insieme*, in *LD*, 2003, p. 77 ss.; sia consentito anche il rinvio a RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, nuova edizione riveduta e aggiornata, Utet, 2003.

sindacale quale spontaneo moto collettivo che proviene dal basso, con punte di esasperazione dei lavoratori sfruttati (dell'agricoltura e/o dei primi insediamenti industriali), bensì con una disciplina calata dall'alto per mettere in riga le categorie professionali ed affermare la rappresentanza legale dei c. d. sindacati corporativi, uno per ciascuna categoria, rispettivamente, di lavoratori e di imprenditori – non contrapposti, ma collaborativi – i cui interessi si muovono nel diritto pubblico, in quanto subordinati al superiore interesse generale dell'economia nazionale, incarnato nello Stato corporativo.

Coerente completamento di un siffatto disegno, come si ricorderà, è il divieto penale di ogni forma di conflitto sociale (da redimere innanzi alla speciale Magistratura del lavoro) e la *funzione paralegislative dei contratti collettivi*, che assurgono a fonti del diritto oggettivo<sup>3</sup>. In sostanza, il legislatore corporativo si appropria del logo, diciamo così, del sindacato; e, snaturandone l'essenza, ne strumentalizza la funzione di produttore delle regole sul lavoro, da vicario del legislatore.

È la Costituzione del 1948 a valorizzare l'originalità e l'autenticità del fenomeno sindacale, sancendone l'autonomia<sup>4</sup>. Soprattutto, lo fa costituzionalizzando la doppia natura (di "movimento" e di "istituzione") del sindacato come rappresentanza degli interessi organizzati. Vale a dire preoccupandosi, da un lato, di garantire la più ampia libertà e pluralità di ogni tipo di organizzazione degli interessi (art. 39, 1° comma), presidiata dal diritto al conflitto (art. 40); e, da un altro lato, di prevedere la intelaiatura di un modello istituzionale, nel quale campeggia la rappresentanza unitaria dei sindacati registrati (purché democratici), investita del potere di stipulare contratti collettivi di categoria, aventi efficacia *erga omnes* (art. 39, 2°, 3° e 4° comma). Si riafferma così implicitamente, ma attraverso un itinerario assai diverso dal precedente, cioè quello liberal-democratico, la funzione paralegislative dei contratti collettivi medesimi.

Il modello del Costituente è abbastanza chiaro, benché disegnato all'epoca un po' frettolosamente, quindi non privo di qualche ambiguità e magari per alcuni versi anche criticabile. Pur contrastando radicalmente il previgente modello fascista, repressivo delle libertà sindacali, questo modello

<sup>3</sup>V., da ultimo, MARTONE, *La fase corporativa*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., *Le fonti del diritto del lavoro* a cura di PERSIANI, Cedam, 2010, p. 63 ss.

<sup>4</sup>V. di recente SCOGNAMIGLIO, *L'ordinamento sindacale e la sua autonoma rilevanza*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 229 ss.

finisce con l'utilizzare lo schema tecnico-giuridico della contrattazione collettiva, inventato dall'ordinamento corporativo (efficacia generale e inderogabilità *in peius* del contratto collettivo nazionale di categoria).

D'altronde, la realtà sindacale che in quel momento il Costituente ha sott'occhio è quella dell'appena soppresso *sindacato corporativo*, sostituito in tutto e per tutto dal *sindacato democratico*: che, dopo la resistenza al fascismo e tra le macerie del dopoguerra, sprigiona sia la carica politico-ideologica e rivendicativa, sia la ferma volontà di rimettere in piedi il sistema industriale.

In altri termini, il Costituente, nella confusa realtà politico-istituzionale della metà degli anni '40, fotografa la situazione sindacale così com'è, tentando di combinare la funzione contrattuale sancita nell'ordinamento corporativo con l'esistenza del *tipo* di organizzazione sindacale democratica della nuova fase storica: un'unica Confederazione Generale del Lavoro, nella quale si ritrovano assieme le componenti cattolica, socialcomunista e della sinistra non marxista. Una grande organizzazione che, appunto, ha combattuto contro il fascismo ed ha, per quanto possibile, custodito l'integrità delle fabbriche.

Una grande organizzazione, dunque, alla quale non può essere estranea la politica e, soprattutto, non è estranea l'ispirazione ideale che ne alimenta le spinte necessarie alla ricostruzione del paese. Politica e ideologia che però, di lì a pochi anni, determineranno gravi conflitti e divisioni endosindacali, tali da compromettere l'attuazione legislativa di un disegno costituzionale, che per la verità al sindacato, come ho già detto, non è mai piaciuto.

### 3. *I punti fermi dello schema costituzionale dell'art. 39 rispettati dal sistema sindacale di fatto*

Queste vicende non vanno dimenticate. Non solo e non tanto per semplice ossequio alla verità storica, ma soprattutto perché quella del sindacato, durante la guerra e negli anni successivi, è una storia importante, che ha inciso sensibilmente sugli assetti giuridici del nostro sistema sindacale, il quale – è risaputo – conserva una matrice di marca accentuatamente politico-ideologica: che è difficile – ma forse anche non utile, oltre che ingiusto! – estirpare.

Probabilmente a qualcuno questo discorso, che richiama fatti ormai antichi, potrà apparire polveroso ed inutile. Al contrario, io credo che soltanto

seguendo l'evoluzione storica è possibile acclarare l'autentico spirito costituzionale del diritto sindacale italiano, che perdura pur nella mancata attuazione legislativa della norma costituzionale: la quale, piaccia o non piaccia, tuttora vincola in modo ineludibile il legislatore ordinario. Come dire che con l'art. 39 deve fare i conti anche chi lo considera un reperto archeologico!

Quello che però si può fare è tentare una rilettura dell'art. 39 alla luce dell'esperienza sindacale accumulata nel tempo e verificarne il grado di compatibilità con i fattori di innovazione oggi preponderanti<sup>5</sup>. Ma su questo ritornerò più avanti.

Qui comincio col ricordare l'esordio dell'art. 39: ove si afferma che "l'organizzazione sindacale è libera"; e subito dopo, con una formula tutta in negativo, una formula, diciamo così, stravagante per un testo costituzionale – e che si spiega con la *vis* polemica rispetto al legislatore precedente, che aveva fatto molto di più che imporre limitazioni solo formali – aggiunge che "ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione (...), secondo le norme di legge (...)". Il Costituente prescrive che i liberi sindacati abbiano sì, ove lo vogliano, il riconoscimento della personalità giuridica, ma lo abbiano mediante un semplice onere di registrazione, per così dire "notarile" (presso uffici locali o centrali), vale a dire senza alcuna ingerenza del potere pubblico nell'ordinamento interno delle associazioni, eccezione fatta per la verifica della democraticità dello statuto associativo: una sorta di "presa d'atto", rispondente peraltro ad una esigenza elementare ed ovvia nella Costituzione di uno Stato democratico.

I punti fermi posti dal Costituente sono chiari e si possono così schematizzare: (1) un sindacalismo assolutamente libero e plurale; (2) associazioni che "possono" (non "devono") registrarsi per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica (evidentemente di diritto privato), se lo vogliono e se nascono e vivono democraticamente, cioè se si autoregolano con uno statuto che preveda partecipazione attiva degli iscritti e normale dialettica interna tra maggioranza e minoranza; (3) costituzione di un agente negoziale – la *rappresentanza unitaria dei sindacati registrati* – abilitato a stipulare contratti collettivi di categoria con effetti paralegislativi (generalità ed inderogabilità).

<sup>5</sup> Utilissima è l'antologia critica di MANCINI-ROMAGNOLI (a cura di), *Il diritto sindacale*, il Mulino, 1973 (dove si possono reperire le necessarie indicazioni bibliografiche); ma fondamentali sono anche i mirabili saggi di SANTORO PASSARELLI F., raccolti in *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, e di GIUGNI, in *Lavoro legge contratti*, il Mulino, 1989. *Adde*, D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale: le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990.



Non è certo il caso di trattarsi adesso analiticamente su ciascuno di questi punti, sommersi in quasi settant'anni da fiumi d'inchiostro e su cui sarà comunque necessario ritornare più avanti. È importante però sottolineare che, dal dettato costituzionale, si ricavano alcuni vincoli, collegati ai punti appena ricordati, che caratterizzano anche un sistema sindacale non regolato dalla legge di attuazione del dettato medesimo: la quale, come tutti sanno, non viene emanata per varie ragioni, soprattutto di carattere politico (in particolare: rottura dell'unità sindacale e scissioni dei primi anni '50, originate anche da un esasperato collateralismo tra sindacati e partiti)<sup>6</sup>.

Codesta inadempienza costituzionale del legislatore ordinario fa sì che il medesimo sistema, di fatto, si autoregoli (e si parla infatti di “sovranità dell'autonomia collettiva”), aiutato non soltanto dalla dottrina giusprivatistica e da quella delle relazioni industriali – che dominano, rispettivamente, nei decenni '50 e '60 – ma anche dalla giurisprudenza (costituzionale e ordinaria, compresa quella di legittimità) e persino dal legislatore. Questi, pur senza attuare i commi dell'art. 39 successivi al primo, emana di tanto in tanto leggi di promozione e sostegno dell'autonomia collettiva, nella sua spontanea configurazione ed evoluzione. Si pensi alla c. d. legge *erga omnes* o legge Vigorelli: la 741 del 1959. Oppure allo stesso Statuto dei lavoratori, la legge 300 del 1970: che, con taglio totalmente diverso, regola i rapporti sindacali in un circuito virtuoso con la libertà e la dignità dei singoli, nei luoghi di lavoro.

Del resto, a ben vedere, tutto il sistema previsto dall'art. 39 è imperniato sul sostegno dell'autonomia sindacale – quale strumento privilegiato di regolazione dei rapporti di lavoro, pur se in parallelo con la legislazione – attraverso l'esplicito riconoscimento costituzionale del contratto collettivo *erga omnes* come fonte del diritto oggettivo: fonte radicata in un ordinamento diverso dall'ordinamento dello Stato, ma che anche in quest'ultimo produce i suoi effetti. Ciò che da tempo viene sostenuto anche dalla dottrina costituzionalistica, secondo la quale il contratto collettivo (persino quello qualificato, impropriamente, “*di diritto comune*”) può appunto considerarsi una fonte *extra ordinem* del diritto oggettivo<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. ROMAGNOLI-TREU, *I sindacati in Italia dal '45 a oggi: storia di una strategia*, il Mulino, 1981; TURONE, *Storia del sindacato in Italia: dal 1943 al crollo del comunismo*, Laterza, 1998.

<sup>7</sup> V. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja, Branca, Zanichelli-Il Foro italiano*, 2011. Sul “sistema” lavoristico, cfr., oltre alla mia monografia già citata, MARIUCCI, *La contrattazione collettiva*, il Mulino, 1995; ID., *Le fonti del diritto del lavoro: quindici anni dopo*, Giappichelli, 2003; nonché ID., *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, p. 197 e PERSIANI, *Improbabile me-*

Non si deve assolutamente trascurare che, pur nel vuoto normativo, questi vincoli costituzionali sono stati, sempre e comunque, rispettati: bene o male, si potrebbe dire, cioè attraverso un singolare adattamento di taglio “politico-sindacale” dei requisiti giuridico-formali innanzi ricordati.

Scontato l’esercizio di una totale libertà di organizzazione e di azione sindacale (di cui al punto 1) – presupposto irrinunciabile, per ovvie ragioni, della costruzione di un autonomo sistema sindacale – al riconoscimento formale della personalità giuridica (di cui al punto 2) si sofferisce con il riconoscimento politico della rappresentatività sindacale, alimentata dalla forza carismatica delle grandi Confederazioni sindacali (Cgil, Cisl, Uil), ciascuna con un proprio concetto di democrazia sindacale, comunque accettato dai loro iscritti e dalle controparti datoriali. E infine, in luogo della rappresentanza unitaria dei sindacati registrati (di cui al punto 3), funziona una sorta di “agenzia contrattuale” ai vari livelli (confederale, di categoria, aziendale) sotto il grande manto dell’unità d’azione sindacale. Con la conseguenza di stipulare sempre un unico contratto collettivo, di categoria e/o aziendale: che, grazie ad intraprendenti interpretazioni giurisprudenziali via via consolidatesi, viene considerato applicabile a tutti i lavoratori, sindacalizzati e non sindacalizzati, con efficacia inderogabile (*in pejus*) ad opera dell’autonomia contrattuale individuale.

#### 4. *L’apporto dottrinale e giurisprudenziale alla supplenza politico-sindacale e l’influenza di questa sullo statuto dei lavoratori*

È noto che questo sistema regge per lunghi anni abbastanza bene nella realtà dei rapporti sociali. Sul piano tecnico-giuridico si giova, in primo luogo, della vittoria dottrinale dei giusprivatisti sui giuspubblicisti nella lotta teorica e ideologica per acquisire alla propria area il diritto del lavoro e il

*tamorfosi e supposta ambiguità del contratto collettivo*, in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., p. 218 ss., dove si può leggere un bel dialogo a distanza sul tema; ZOPPOLI L., *Il contratto collettivo con funzione normativa nel sistema delle fonti*, in *DLRI*, 2003; di recente cfr. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., *Le fonti del diritto*, cit., p. 487 ss.; GHERA E., *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, I, p. 217 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell’inderogabilità delle regole e tutela del lavoro, ieri e oggi*, Relazione alle giornate di studio dell’AIDLASS “La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro” – Bologna 16-17 maggio 2013; ZOPPOLI A., *Il declino dell’inderogabilità?*, in *questa rivista*, 2013, p. 53 ss.

diritto sindacale. A questo proposito andrebbero rilette – e dai più giovani finalmente lette! – le pagine di civilisti famosi: come, ad esempio, Francesco Santoro-Passarelli<sup>8</sup>, Pietro Rescigno<sup>9</sup>, Luigi Mengoni<sup>10</sup>, Renato Scognamiglio<sup>11</sup> sulla specialità del diritto del lavoro e sui tratti di questa specialità, segnata in termini non equivoci dalla Costituzione: molto imperniata, logicamente, sull'associazionismo sindacale, sulla contrattazione collettiva e su una visione positiva del conflitto come mezzo legale di riscatto delle classi subalterne (artt. 3 e 40 Cost.).

Ma il sistema regge, nella proiezione giuridica della pratica quotidiana dei rapporti di lavoro, grazie soprattutto alla giurisprudenza (compresa quella costituzionale), e grazie anche all'equilibrio e alle grandi intese tra le forze sociali: finché l'organizzazione sindacale rimane unitaria e compatta e fa contrattazioni c. d. "acquisitive", con vantaggi innegabili per i lavoratori, tanto sul piano economico quanto sul piano normativo – è inutile dire: in periodi di espansione o, almeno, di tranquillità economica – non c'è alcuna ragione di contestarne l'efficienza, come si vedrà.

La giurisprudenza, dicevo, aiuta moltissimo questo processo – che, tra l'altro, ha il merito di assicurare abbastanza la pace sociale – inventandosi meccanismi interpretativi capaci di risolvere problemi tecnico-giuridici, che solo una legge sindacale di attuazione dell'art. 39 potrebbe risolvere. In particolare la supplenza dei giudici risolve, almeno in parte, due problemi, molto tecnici ma di grande rilievo sociale: l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale (art. 2077 cod. civ.) e l'efficacia generale del medesimo contratto collettivo (anzitutto mediante l'art. 36 Cost., ma anche mediante altri espedienti interpretativi).

Perciò, quando si parla del diritto sindacale italiano del dopoguerra, nel valorizzare le sentenze dei giudici e la contrattazione collettiva c. d. di diritto comune, le formule più ricorrenti sono "*formazione extralegislativa*" e "*diritto giurisprudenziale*": espressioni che evocano la nascita, tra la fine dell'800 e i primi del '900, del diritto del lavoro costruito, in larga misura, sulla giurisprudenza dei probiviri. Tanto che, non a caso, queste vicende diventano altrettanti esempi di elasticità della modellistica giuridico-istituzionale in generale, cioè anche al di là del diritto del lavoro.

<sup>8</sup> *Specialità del diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, 1969, p. 276.

<sup>9</sup> *Persona e comunità*, il Mulino, 1966.

<sup>10</sup> *Il contratto di lavoro nell'ordinamento giuridico italiano*, ora in *Diritto e valori*, il Mulino, 1985.

<sup>11</sup> *La specialità del diritto del lavoro*, in *RGL*, 1960, I, p. 83 ss.

Come non ricordare, a questo proposito, la sistemazione teorica di Gino Giugni<sup>12</sup>: che parte dalla sua acuta intuizione di concepire il sistema sindacale come un *ordinamento originario ed autonomo* rispetto all'ordinamento dello Stato; oppure le raffinate ricostruzioni di quella generazione di studiosi che, specie durante il decennio '60 e ancora dopo, sensibile all'evoluzione fattuale delle relazioni industriali, innova profondamente il metodo di studio del diritto sindacale – da Federico Mancini<sup>13</sup> a Giorgio Ghezzi<sup>14</sup>, da Umberto Romagnoli<sup>15</sup> a Tiziano Treu<sup>16</sup> – ed offre a Giovanni Tarello<sup>17</sup> l'occasione di un memorabile studio filosofico-giuridico sulle teorie e sulle ideologie nel diritto sindacale.

Ma, ancor prima di questi aspetti teorici, sono i fatti economico-sociali dell'epoca a consentire al movimento sindacale un'espansione senza precedenti e in un clima di totale libertà. L'aspetto più significativo di questa espansione è la notevole *articolazione contrattuale*, vale a dire la *contrattazione aziendale* (e territoriale), agevolata dal mutamento delle tecniche organizzative della grande impresa industriale e dalle rivendicazioni dei lavoratori, tese ad integrare, in sede locale, le condizioni di scambio della forza-lavoro stabilite nel contratto nazionale, il più delle volte migliorandone quantità e qualità.

L'evoluzione di questo processo raggiunge il suo punto più alto con la legge 20 maggio 1970 n. 300, lo statuto dei diritti dei lavoratori. Una legge che afferma la centralità del luogo di lavoro nella disciplina dei rapporti sia individuali sia sindacali e che disegna un felice equilibrio tra dinamiche sindacali di categoria e di azienda attraverso un asse ideale tra *maggiore rappresentatività confederale, nazionale e di categoria e rappresentanza sindacale aziendale*, costituita ad iniziativa dei lavoratori per l'esercizio dei diritti sindacali, strumentali alla contrattazione ai vari livelli. Riesce il legislatore – non a caso attraverso la sapiente scrittura dello stesso Gino Giugni, Capo dell'Ufficio legislativo del Ministro del lavoro Giacomo Brodolini – a legificare una mirabile sintesi tra *sindacato-movimento* e *sindacato-istituzione*.

Lo statuto dei lavoratori, come è noto, si può definire una “legge di si-

<sup>12</sup> *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

<sup>13</sup> *Il lavoro nella Costituzione*, ora in *Costituzione e movimento operaio*, il Mulino, 1976, p. 180 ss.

<sup>14</sup> *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali: la parte obbligatoria del contratto collettivo*, Giuffrè, 1963.

<sup>15</sup> *Le associazioni sindacali nel processo*, Giuffrè, 1969.

<sup>16</sup> *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè, 1970.

<sup>17</sup> *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Edizioni di comunità, 1967.

stema”: perché, dando ordine istituzionale allo svolgersi delle dinamiche sindacali nei luoghi di lavoro, pone le basi per una ricostruzione realistica dell'intero sistema sindacale, promuovendone la diffusione e sostenendone la naturale vocazione a porsi come “ordinamento autonomo”<sup>18</sup>.

Ciò si coglie, in seguito, nella grande articolazione tipologica delle relazioni contrattuali: dai c.d. “contratti gestionali” in azienda ai contratti nazionali, dagli accordi interconfederali alle intese di concertazione tra associazioni datoriali, sindacati e governo.

5. *Mutamento del contesto economico-produttivo e progressiva destrutturazione del sistema sindacale dentro e fuori il luogo di lavoro*

Il sistema comincia a mostrare i primi cedimenti strutturali con il cambiamento della situazione economica e, soprattutto, con il cambiamento dei modelli di organizzazione produttiva e di organizzazione del lavoro, dovuto principalmente alla c.d. rivoluzione tecnologica ed alla globalizzazione. Cambiamenti epocali della società, i cui fattori di crisi fanno saltare i precedenti assetti produttivi e, di conseguenza, pure le regole dell'autonomia sindacale per stabilire le condizioni dei lavoratori dipendenti (ma non solo). Tali fattori non possono certo essere analizzati in questa sede, perché sono numerosi e complessi. Basti ricordare la polverizzazione e la precarietà del lavoro e la scomparsa progressiva della grande impresa industriale manifatturiera: in pratica, il venir meno della grande fabbrica, quale substrato materiale dei rapporti di lavoro e delle regole sindacali.

Sul piano giuridico poi un colpo mortale all'unità e compattezza del sistema contrattuale viene inferito dai referendum antisindacali del 1995, soprattutto da quello che letteralmente sovverte la *ratio* dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori sulla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali nei luoghi di lavoro. Infatti, la norma che ne risulta consente la costituzione di tali rappresentanze, con conseguente esercizio dei diritti sindacali, ai *sol*i sindacati “firmatari di contratti collettivi” addirittura aziendali – consente cioè esattamente quel che la legge 300 intendeva assolutamente escludere – e comporta, con lo snaturamento appunto della *ratio* dello statuto, il crollo delle fondamenta del sistema sindacale autonomo.

<sup>18</sup> Ho già sviluppato questa lettura dello Statuto nel mio volume *Contratto collettivo*, cit.

L'art. 19 post-referendum senza dubbio è in contrasto con il 1° comma dell'art. 39 Cost. sulla libertà sindacale, perché pretende di condizionare l'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro alla firma di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva (con tutta probabilità un contratto aziendale). Sicché un sindacato dissenziente (di peso consistente) verrebbe costretto a firmare *comunque* il contratto medesimo *solo* per godere dei diritti sindacali<sup>19</sup>.

6. *La correttezza dei ragionamenti della Corte costituzionale nella sentenza 231 del 2013*

Un tale abominio giuridico è stato fortunatamente rimosso dalla recente sentenza costituzionale c. d. “additiva” del 3 luglio 2013 n. 231<sup>20</sup>. La Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 19, co. 1, lett. b), “nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”. Per la Consulta, anzi, il criterio della sottoscrizione viola tanto l'art. 39, commi 1 e 4, quanto gli artt. 2 e 3 della Costituzione.

L'art. 39 è violato in quanto il nuovo art. 19 dello Statuto, devastato dal referendum, richiedendo la firma del contratto collettivo come presupposto per il godimento dei diritti sindacali, “condiziona il beneficio esclusivamente ad un atteggiamento consonante con l'impresa, o quanto meno presuppo-

<sup>19</sup>V. al riguardo ESPOSITO, NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs Fiat*, in *questa rivista*, 2012, p. 135 ss.; LAMBERTUCCI, *Contrattazione separata, rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro e incostituzionalità dell'art. 19 Stat. lav.*, *ibidem*, p. 263 ss. Da ultimo GARGIULO, *Tensioni e distorsioni nella crisi del modello statutario di rappresentanza sindacale in azienda*, in *RIDL*, 2013, I, p. 171 ss., anche per la ricostruzione del dibattito e della giurisprudenza costituzionale.

<sup>20</sup>V. al riguardo CARUSO, *Fiom v. Fiat: hard cases davanti alla Consulta. (A proposito dell'art. 19 dello Statuto)*, in *RIDL*, 2012, II, p. 1029 ss.; GHERA E., *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., p. 155 ss. Cfr. da ultimo le relazioni di ALLEVA, CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, MAGNANI, MARESCA, PROIA, RICCI M., SCARPELLI, TOSI e ZOPPOLI L. al Convegno AIDLASS “*Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*” Roma 16 settembre 2013 (atti in corso di pubblicazione, in ogni caso, vedi già, il sito web dell'AIDLASS).

nente il suo assenso alla fruizione della partecipazione sindacale”. In questo modo si manifesta il contrasto, sul piano negoziale, con i valori del pluralismo e della libertà di organizzazione sindacale.

L’art. 3 della Costituzione risulta violato, per la Corte, “sotto il duplice profilo della ragionevolezza intrinseca di quel criterio, e della disparità di trattamento che è suscettibile di ingenerare tra sindacati”. Questi sarebbero privilegiati o discriminati, nell’esercizio della loro funzione di autotutela dell’interesse collettivo (garantita altresì dall’art. 2 della Costituzione), “sulla base non già del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività e, quindi, giustifica la stessa partecipazione alla trattativa, bensì al rapporto con l’azienda, per il rilievo condizionante attribuito al dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa”.

Certo la sentenza della Corte, oltre ad arrivare molto tardi, può rabberciare lo strappo più vistoso di costituzionalità, ma non può ricomporre tutte le fratture interne al movimento sindacale, né individuare un criterio selettivo per il riconoscimento dei diritti contemplati dal titolo III dello Statuto. In una parola, non può né vuole sostituirsi al legislatore: che, se decidesse di intervenire, potrebbe utilizzare le opzioni normative che la Corte suggerisce.

### 7. *Tentativi del legislatore di cambiare la natura del sindacato*

La verità è che, entrato in crisi il sistema sindacale autonomo, cui inevitabilmente conseguono fratture endosindacali e contestazioni delle burocrazie sindacali da parte dei lavoratori – con abbassamento dell’indice di sindacalizzazione e aperta messa in discussione della rappresentatività dei sindacati confederali – il legislatore avrebbe già da tempo dovuto farsi carico di un intervento volto a ridisegnare i tratti di un nuovo sistema, onde renderli compatibili – beninteso: senza ignorare il significato autentico, oltre che il peso storico, dell’autonomia collettiva – con l’essenziale nuova funzione del sindacato nell’ordinamento generale.

Al contrario il legislatore, in piena (ed ovvia) coerenza con l’estrazione politico-ideologica della sua maggioranza parlamentare, di certo poco incline a valorizzare il ruolo attivo e di grande rilievo che la Costituzione assegna all’organizzazione sindacale, preferisce approfittare della crisi economica, del declino industriale, del disorientamento dei lavoratori e del disagio sociale

per perseguire precisi obiettivi politici: rompere l'unità dei lavoratori, dividendo le diverse componenti del movimento sindacale, e sbarazzarsi così del sindacalismo confederale ed unitario come sistema autosufficiente – non a caso additato quale fattore di conservazione e di degenerazioni di vario genere – ed emanare leggi sul mercato del lavoro, dalle quali emerge una concezione alterata del sindacato e della sua funzione.

Nel complesso, al sindacato si intende assegnare un ruolo subalterno o marginale: o lo si concepisce come “erogatore di servizi” o lo si investe dell'ingrato compito di togliere le castagne dal fuoco accettando di fare accordi c. d. ablativi per i lavoratori; comunque se ne invoca, a tal fine, un cambiamento di pelle, chiedendo ad esso di diventare, una volta per tutte, da “confittuale”, “partecipativo”. E poiché è nella natura stessa del sindacato *lottare* allo scopo di *fare i contratti*, avere cioè sempre ambedue questi atteggiamenti, a seconda dei vari contesti e delle diverse situazioni ed esigenze, si deve ritenere che, in realtà, più che un sindacato partecipativo si voglia un sindacato accondiscendente.

La verità è che, nel vuoto legislativo in cui da mezzo secolo si trova il sindacato – vuoto del quale il sindacato medesimo in un primo periodo ha approfittato e si è giovato, ma che poi è diventato un vero e proprio *boomerang* – il legislatore dell'ultimo decennio fa passare per innovazione il tentativo di ricostruire il sindacato come *organismo geneticamente modificato*. Tenta cioè di introdurre nell'ordinamento una nuova figura organizzativa di rappresentanza degli interessi: attraverso lo snaturamento del sindacato, si tenta di dar vita ad un non meglio identificato “ente bilaterale” – una sorta di corporazione, in cui si ritrovano assieme rappresentanti dei lavoratori e degli imprenditori di una determinata categoria – al quale vengono affidate funzioni di rilevanza più o meno pubblica, specie in materia di seducente gestione del *welfare*.

Ma anche a prescindere da questi surrettizi tentativi di contaminazione della fisionomia del sindacato e della sua attività, ciò che è più grave è che le leggi sul lavoro dell'ultimo decennio si caratterizzano comunque per il loro carattere “a-sistematico” circa il ruolo del sindacato: tanto da indurre ormai a fare una distinzione tra “leggi sul lavoro” e “diritto del lavoro”. Quest'ultimo è un sistema che ha un suo fondamento logico ed un suo codice epistemologico; quelle sono interventi tra loro slegati e disorganici, privi cioè di coerenza politica, oltre che di rigore tecnico-giuridico.

La distinzione è utile per capire le difficoltà sempre maggiori che in-



contra una *interpretazione* appunto *sistematica* delle norme: le quali, il più delle volte, risultano illeggibili e fuori del senso della totale unità ordinamentale. Insomma, nell'attuale legislazione del lavoro e sindacale, pare non esservi più traccia del diritto come sistema, che possiede una sua logica compatta e razionale.

8. *Gli interventi asistemati del Governo Berlusconi: in particolare l'art. 8 del d. l. 138 del 2011. La vicenda Fiat e la disgregazione del diritto del lavoro*

Il punto più alto di questa irrazionalità disgregante è costituito dall'art. 8 del d. l. 138 del 2011 (convertito in legge 148 del 2011), con il quale il Governo Berlusconi (Ministro del lavoro Sacconi) prima e il legislatore poi, approfittando della manovra finanziaria, hanno legittimato il contratto aziendale (o territoriale) ad apportare deroghe peggiorative a disposizioni inderogabili della legge e/o del contratto collettivo nazionale, volendo così dare – come dice, forse ironicamente, la rubrica della norma – “sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità”.

Molti ritengono che tale norma sia il frutto tipico della stagione delle divisioni sindacali e, di conseguenza, dei c. d. “contratti separati” – cioè non firmati unitariamente dai tre sindacati aderenti alle maggiori Confederazioni storiche del movimento sindacale italiano – sull'onda della vicenda Fiat. Una vicenda ormai molto nota per il suo carattere paradigmatico e dirompente, che qui converrà sintetizzare per grandi linee, onde farne emergere le maggiori aporie.

La grande casa automobilistica italiana, divenuta società multinazionale, ha condizionato i suoi massicci investimenti produttivi in Italia a totali e immediate innovazioni nel sistema delle relazioni industriali, ritenuto superato rispetto al capitalismo globalizzato e, come tale, incapace di agevolare gli sforzi aziendali di stare sul mercato mondiale dell'auto, dominato da una spietata competizione internazionale.

Disdettati tutti i precedenti accordi aziendali, la Fiat ha abbandonato la Confindustria ed ha creato una nuova società (la FIP, Fabbrica Italia Pomigliano), in modo da non essere più tenuta ad applicare il contratto nazionale dei metalmeccanici, ed ha messo i sindacati davanti ad una scelta semplice, precisa e non negoziabile: o accettare un contratto aziendale, contenente condizioni di lavoro collimanti con le esigenze organizzative e produttive

dell'azienda – anche a costo di mettere in discussione diritti dei lavoratori considerati acquisiti e irrinunciabili – oppure vedere spostate le fabbriche all'estero (dove il costo del lavoro è basso, cioè in linea con la competizione globale), con conseguente annullamento degli investimenti e relativa soppressione di posti di lavoro.

Dei tre sindacati metalmeccanici aderenti alle tre maggiori Confederazioni, due (la Fim-Cisl e la Uilm) hanno accettato il *diktat* dell'azienda, mentre la Fiom-Cgil lo ha respinto, mantenendo il suo rifiuto anche dopo che un referendum tra i lavoratori ha approvato al 60% la proposta di accordo aziendale avanzata dalla Fiat.

Questa vicenda diventa paradigmatica perché infligge un *vulnus* molto grave sia al precedente sistema di relazioni industriali, sia alla *ratio* intrinseca del diritto del lavoro: in pratica, una grande azienda tenta di disegnarci un diritto del lavoro a proprio uso e consumo<sup>21</sup>. Come dire: non è l'impresa a dover rispettare il diritto del lavoro, ma è il diritto del lavoro a doversi piegare alle esigenze dell'impresa. È questa la vera flessibilità delle condizioni di scambio della forza-lavoro.

Un obiettivo del genere può essere raggiunto in tre mosse: 1) liberarsi del contratto nazionale; 2) fare leva sul solo contratto aziendale, mediante il quale apportare deroghe (anche peggiorative) alle norme legislative inderogabili (come prevede l'art. 8 citato); 3) stipulare il contratto aziendale con sindacati più o meno compiacenti, disposti ad accettare le condizioni unilateralmente dettate dall'azienda ed approfittare dei relativi vantaggi: visto che, grazie all'art. 19 della legge 300 del 1970 nella versione post-referendum, prima ricordata, la rappresentanza sindacale aziendale – titolare dei diritti sindacali – può essere costituita *soltanto* nell'ambito di sindacati firmatari del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, ossia quello aziendale. Sindacati che, comunque, riescono persino ad ottenere la maggioranza dei consensi in un eventuale referendum su tali condizioni, indetto tra i lavoratori, intimiditi (se non impauriti) dalla minaccia dei licenziamenti avanzata dall'azienda.

<sup>21</sup> La letteratura è oramai estesa: v. CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 133/2011; FERRARO, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto legge n. 138/2011*, in *ADL*, 2011, p. 305 ss.; BALLESTRERO, *Habemus legem!*, in *questa rivista*, 2012, p. 229 ss.; SARACINI, *Contratto e legge dopo il caso Fiat: le nuove regole sindacali*, *ibidem*, p. 287 ss.; LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno e sull'articolo 8 della l. n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 459; ZOPPOLI A., *Il declino*, cit., spec. nt. 74, per le dettagliate indicazioni bibliografiche.

Insomma, il combinato disposto tra l'art. 8 citato e l'art. 19 statuto, post-referendum, si traduce in una tenaglia micidiale per estirpare dall'azienda un sindacato politicamente scomodo e agevolare un sindacato di comodo, disposto a contrattare deroghe aziendali a diritti dei lavoratori derivanti da norme inderogabili della legge e del contratto nazionale.

Tutto sta a vedere se queste tre mosse – che, oggi come oggi, paiono compiute nel rispetto della legislazione vigente – siano compatibili con il quadro costituzionale: da un lato, infatti, i diritti dei lavoratori sono, per la maggior parte, costituzionalizzati e non c'è norma di legge o di contratto che possa disporne a piacimento; da un altro lato, come si vedrà fra breve, una rilettura dell'art. 39 Cost., alla luce dell'attuale realtà sindacale, non pare affatto consentire il percorso appena descritto.

La sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale sicuramente toglie un tassello al sistema: il riconoscimento dei diritti sindacali anche al sindacato rappresentativo, non firmatario del contratto aziendale, rende più impervia – ma non impraticabile – la strada della conclusione di accordi sintonici con le sole esigenze aziendali.

9. *La rilettura dell'art. 39 Cost. per arrestare la frana del diritto del lavoro: il recupero dell'attualità della norma attraverso lo spirito costituzionale*

In effetti, di fronte ai cambiamenti attuali, che non sono congiunturali, ma strutturali ed epocali; di fronte all'incapacità del legislatore, per un verso, di coglierne le ripercussioni profonde sull'intera società e, per un altro verso, di stare dentro la logica costituzionale, si pone all'interprete il problema di ritornare, dopo mezzo secolo, a leggere nella sua interezza l'art. 39 della Costituzione e di reperire strumenti per fronteggiare la crisi del sistema sindacale, vero e proprio pilastro del diritto del lavoro italiano<sup>22</sup>.

Con tale norma, infatti, bisogna comunque fare i conti: sia perché sta lì e non si può far finta che non esista; sia perché, nel groviglio di norme legislative e di accordi sindacali separati o contestati, essa costituisce comunque un punto di riferimento fermo ed ineludibile.

<sup>22</sup> Qui si deve ricordare D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi, ora* in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *D'Antona. Opere. Scritti di diritto sindacale*, Giuffrè, 2000, II, p. 411 ss.

Non resta allora che tentare, dell'art. 39, una interpretazione storica: distinguendo, della formula normativa dei commi 2, 3 e 4, il “significante” dal “significato”. Il significante è quello scolpito nella fissità del testo (risalente al 1948 e, dunque, innegabilmente datato), ma il significato può essere recuperato attraverso l'interpretazione evolutiva non soltanto delle parole, ma dello spirito costituzionale, che si alimenta e continuamente si rinnova mediante la c. d. costituzione materiale e si imprime nel diritto vivente, secondo le linee tracciate, non da ora, dalla stessa Corte Costituzionale.

La giurisprudenza costituzionale, infatti, è sempre molto attenta a trattare la materia sindacale con la dovuta delicatezza, cercando di riconoscere e salvaguardare, per quanto possibile, l'autonomia collettiva. Di ciò è esempio lampante già la sentenza del 1962 (giustamente ricordata da Vito Leccese)<sup>23</sup> sulla legge 741 del 1959, la c. d. legge Vigorelli, che ho prima già richiamato.

Dal punto di vista formale, se c'è una legge in odore di incostituzionalità, per contrasto con le disposizioni dei commi successivi al 1° dell'art. 39, è proprio la legge Vigorelli. Questa, delegando il Governo a trasfigurare, recependoli in decreti legislativi, i contratti collettivi di diritto comune per conferire ad essi efficacia *erga omnes*, senza dubbio prevede una procedura assolutamente diversa da quella dell'art. 39. Eppure la Corte costituzionale, facendo perno sia sul carattere transitorio della legge 741 (e infatti, con la stessa sentenza, si dichiara incostituzionale la legge di proroga 1027 del 1960), sia sull'esigenza di assicurare parità di trattamento a tutti i lavoratori di una certa categoria professionale, iscritti e non iscritti ai sindacati stipulanti, alla stregua dell'art. 3 Cost., nonché di garantire trattamenti economici e normativi in linea con l'art. 36 Cost., salva la legge 741 per il suo carattere di necessità sociale, valorizzando, in effetti, lo spirito del sistema costituzionale, provvisto di una esemplare compattezza.

Questo è il punto. Si tratta di stabilire se riconoscere un peso specifico allo spirito costituzionale – che vuol dire cogliere il senso profondo dell'art. 39 – oppure restare ancorati alla lettera del testo, inutile essendo recriminare sul fatto che magari, in un altro Paese, chissà da quanto tempo il Parlamento avrebbe provveduto, ovviamente con legge costituzionale, a modificare i commi dell'art. 39 successivi al primo, rendendoli più compatibili con l'evolversi della realtà sindacale.

È vero anche, peraltro, che l'inerzia del legislatore ha più di una ragione,

<sup>23</sup> *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.

tutt'altro che banale: a cominciare dalla ferma posizione delle maggiori organizzazioni sindacali, che nei primi anni '50 sono divise su tutto, tranne che sul non farsi disciplinare da regole eteronome e soprattutto sul non rivelare la propria consistenza numerica.

Esse si trincerano dietro la loro autonomia e le loro regole contrattuali: esaltando, dell'art. 39, il 1° comma e prescindendo dai commi successivi al 1°. I quali però, pur se privi di diretta operatività dispositiva, finiscono col costituire, per le stesse organizzazioni, una sorta di utile baluardo contro eventuali iniziative legislative difformi dalle disposizioni in tali commi contenute: considerate però inattuabili, in quanto obsolete. In una parola, la posizione sindacale si può così riassumere: nessuna attuazione del 39, ma nessuna abrogazione.

Ed è appena il caso di ripetere qui quanto detto in precedenza (al § 3): che, in realtà, i tratti principali del 39 (dalla libertà sindacale alla contrattazione collettiva con funzione vicaria della legge) hanno caratterizzato anche il c. d. "sistema sindacale di fatto". Un sistema che, magari inconsciamente e adattandone le prescrizioni, ne ha seguito lo schema essenziale contenuto nella norma.

10. *I due segmenti della rappresentanza disegnati nell'art. 39: la rappresentanza associativa di diritto privato (commi 2 e 3) e la rappresentanza politico-istituzionale (comma 4)*

Lo schema dell'art. 39 è formato da due segmenti. Il primo segmento si muove senza alcun dubbio nel diritto privato ed è costituito: dalla libera adesione del singolo lavoratore al sindacato; dalla rappresentanza volontaria del medesimo lavoratore da parte del sindacato; dai rapporti interni al sindacato. Tutto ciò è regolato dallo statuto associativo, che il Costituente esige "a base democratica". È il segmento che, in pratica, fa perno sul sindacato-associazione e si muove nel diritto privato.

Con il secondo segmento, invece, il Costituente prevede che il sindacato contribuisca altresì a determinare le regole del lavoro per *tutti* i lavoratori (anche non sindacalizzati): se il sindacato, liberamente, sceglie la rappresentanza per così dire "universale" dei lavoratori, espone il profilo istituzionale della sua funzione (che prima ho definito "vicaria del legislatore"). La soggettività sindacale non muta nella sua natura privata, ma, aumentando la sua capacità e forza rappresentativa, pur se in proporzione degli iscritti, si amplia

e si trasfigura adeguandosi alla natura, appunto, di una funzione pubblica. Scompare allora la rappresentanza associativa di diritto privato – non più adatta allo scopo – e, alle condizioni stabilite dallo stesso Costituente, ad essa si sostituisce la *rappresentanza politico-istituzionale*: che non può che muoversi nell’ambito pubblicistico. Non nel senso, beninteso, di integrarsi nella struttura statale – dando ormai per scontato che non tutto ciò che è “pubblico” è “statale” – ma nel senso di produrre le regole del lavoro, generandole in un ordinamento autonomo, alle quali il Costituente riconosce automatica efficacia nell’ordinamento generale.

Insomma, nella formulazione del 4° comma dell’articolo 39 – secondo cui, è bene citare testualmente, i sindacati che hanno acquisito la personalità giuridica di diritto privato mediante la registrazione “*possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce*” – risalta con evidenza che, alla rappresentanza unitaria dei sindacati registrati, il Costituente ha inteso conferire appunto una rappresentanza di tipo politico-istituzionale, l’unica legittimata a stipulare un contratto collettivo con funzione paralegislativa (ossia con efficacia generale e inderogabile).

Non a caso, del resto, la descritta procedura di contrattazione, ricalcando, in miniatura, il procedimento parlamentare di approvazione delle leggi, evoca una forma di democrazia sindacale, che potremmo qualificare assai *più impegnativa* di quella associativa, sancita nel comma 3, secondo il quale “*è condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica*”. Distinzione coerente: perché attraverso il metodo democratico del 4° comma la rappresentanza unitaria viene abilitata a firmare un contratto collettivo da applicare a *tutti* i lavoratori, iscritti ai vari sindacati o non iscritti ad alcun sindacato.

Senza dire, poi, che, a voler davvero rafforzare questa efficacia generale, il legislatore potrebbe ipotizzare un’ulteriore verifica democratica sull’azione contrattuale della rappresentanza sindacale. L’art. 39, infatti, non ostacola alcuna procedura sindacale al riguardo e meno che mai il metodo – talvolta tentato, ma mai divenuto prassi costante nell’ordinamento sindacale autonomo, nonostante la sua intuibile essenzialità – del referendum sull’accordo “siglato”, ma non ancora divenuto contratto “firmato”, tra tutti i lavoratori ai quali il contratto in oggetto si dovrà applicare, a prescindere da ogni affiliazione sindacale. È questa, anzi, una ipotesi assolutamente coerente con la rappresentanza politico-istituzionale di cui si è detto innanzi.

11. *La costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale e l'accordo del 28 giugno 2011. La concertazione legislativa con le parti sociali per una "legge leggera" di attuazione dell'art. 39 Cost.*

A mio parere si può logicamente sostenere, a questo punto, che l'ultimo comma dell'art. 39 sancisca la costituzionalizzazione del contratto collettivo nazionale della categoria cui esso si riferisce e che contrattualmente esso individua. Ciò vuol dire che la Costituzione attribuisce a questa fonte *extra ordinem*, frutto dell'autonomo incontro/scontro fra contrapposti interessi organizzati, la funzione di attuare, assieme alla legge, la realizzazione della tutela inderogabile dei diritti dei lavoratori. Con la conseguenza che i contratti aziendali e/o territoriali – quelli che il legislatore del 2011 inquadra nella c. d. "contrattazione di prossimità" – sono per loro natura gerarchicamente subordinati al contratto di livello superiore, non possono derogarne *in peius* le clausole e possono disporre liberamente soltanto negli spazi che quest'ultimo lascia espressamente ad essi. Considerazioni, queste, alla luce delle quali risalta la illegittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 148 del 2011.

A ben riflettere, nell'accordo del 28 giugno 2011, vale a dire nell'ultima intesa unitaria sulla definizione delle regole sindacali della contrattazione – ma andrebbe ricordata, a questo proposito, pure la normativa sulla contrattazione nel lavoro pubblico – si ritrovano in pratica disposizioni che ben potrebbero considerarsi attuative dello spirito costituzionale racchiuso nell'art. 39. Il che dimostra che l'attuazione della norma costituzionale appare, oggi più di ieri, abbastanza verosimile e, contrariamente al passato, non vissuta da buona parte del movimento sindacale come una indebita intrusione eteronoma nell'autonomia collettiva.

Tutto sta ad individuare un percorso, ovviamente "informale", attraverso il quale le parti sociali possano in piena autonomia suggerire le forme più appropriate e più concrete di attuazione costituzionale dell'art. 39, da recepire in una "legge leggera", non invasiva delle prerogative del sindacato-movimento e, anzi, di sostegno dell'ordinamento sindacale autonomo.

Del resto, nell'esperienza italiana, la concertazione legislativa non è una novità. Il percorso appena descritto è stato già battuto in altre circostanze – come, ad esempio, nel caso della legge 146 del 1990 sullo sciopero nei servizi essenziali – con risultati soddisfacenti per la tutela sia dell'interesse collettivo dei lavoratori, sia dell'interesse generale del servizio pubblico. Oggi ancor

più di ieri, è difficile pensare di fare leggi sul lavoro che non affondino le radici nella volontà collettiva degli stessi soggetti che devono rispettarle oppure che non siano quanto meno concordate; comunque, che non godano di un consenso diffuso da parte di chi da tali leggi viene regolato. Perciò non si comprende come, dopo l'accordo del 28 giugno 2011, sia stato possibile scrivere e far approvare l'articolo 8 della legge 148 del 2011: la distonia è evidente e senza dubbio crea gravi problemi di coordinamento e di interpretazione sistematica. Ma con tutta probabilità sarà la Corte Costituzionale a risolvere il problema, dichiarando la illegittimità della norma per il contrasto, a dir poco lampante, con gli artt. 3 e 39 della Costituzione.

Il contrasto con l'art. 39 è troppo ovvio perché ci si soffermi. È invece il contrasto con l'art. 3, sull'eguaglianza formale e sostanziale, a colpire in modo particolare: dare spazio alla creazione di innumerevoli ordinamenti del lavoro tra loro diversi per un insidioso gioco al ribasso delle condizioni di lavoro – a seconda delle esigenze di questa o quella azienda (ovvero di questo o quel territorio) – non soltanto comporta intollerabili disparità di trattamento minimo tra i lavoratori, ma comporta gravi disparità tra le stesse aziende di un certo settore merceologico, costrette a subire una singolare forma di *dumping* nella concorrenza sul mercato.

### Abstract

L'a. si occupa del diritto sindacale nel mezzo della crisi. A suo parere i problemi attuali affondano le radici anche nella storia politico-istituzionale italiana e si risolvono solamente attraverso misure convergenti, del legislatore e delle parti sociali, che innovino senza però rinnegare i pregi dell'esperienza giuridica del passato: grazie alla quale si può parlare di una filosofia del diritto sindacale (e del diritto del lavoro in generale), imperniata sulla libertà sindacale, sull'unità delle organizzazioni dei lavoratori e sull'autonomia dell'ordinamento sindacale. L'a. ripercorre in modo essenziale e critico la storia del diritto sindacale con riguardo alle "fonti collettive", alla rappresentatività e al ruolo del sindacato, evidenziando il deficit di legittimità costituzionale di alcune norme, come l'art. 8, l. n. 148 del 2011 e l'art. 19 Stat. lav. Su quest'ultima norma l'a. segnala l'intervento con la recente sentenza n. 231 del 2013, della Corte costituzionale: che, con pronuncia c. d. "additiva", ha praticamente riscritto la *ratio* di tale disposizione statutaria. L'a. infine indica, per il futuro, un percorso legislativo che, attraverso una rilettura dell'art. 39, co. 2-4, Cost., ne attui i principi e risolva così, con il concorso delle parti sociali, i nodi critici fondamentali della rappresentanza sindacale e dell'efficacia del contratto collettivo.

The Author deals with the trade union law in the midst of the crisis. In his view



the current problems are rooted also in the Italian political-institutional history and can be resolved only through converging measures coming from the legislator and the social partners. Such measures should innovate without denying the merits of the juridical experience of the past thanks to which you can speak of a philosophy of trade union law (and of labour law in general), based on freedom of association, on the unity of workers' organizations and on the autonomy of trade unions. In an essential and critical way the author traces the history of trade union law with regard to the "collective sources", the representativeness and the role of the union, highlighting the deficit of the constitutionality of certain provisions, such as Article 8 of Law no. 148 of 2011 and Article 19 of Workers Statute. The recent ruling no. 231 of 2013 of the Constitutional Court, with a so-called "Additive Judgment", virtually rewrote the rationale of the latter provision. The Author indicates for the future a legislative process which, through a rereading of Article 39, para. 2-4 of the Constitution, is able to implement the principles contained in those provisions and solve in this way, with the participation of social partners, the fundamental critical issues of trade union representation and of effectiveness of the collective agreement.



## Jesús Cruz Villalón

### Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna\*

**Sommario:** **1.** La presenza del lavoro autonomo economicamente dipendente nel mercato del lavoro. **2.** L'evoluzione della figura nella legislazione del lavoro spagnola. **3.** L'impatto applicativo diseguale della nuova regolazione. **4.** La nozione legale: requisiti sostanziali e formali. **4.1.** Requisiti sostanziali di diversificazione con il lavoro subordinato e con il lavoro autonomo "ordinario". **4.2.** Requisiti formali di conclusione del contratto. **5.** Regime speciale delle condizioni professionali. **6.** La tutela collettiva degli interessi dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti. **7.** Specificità in materia di protezione sociale.

#### 1. *La presenza del lavoro autonomo economicamente dipendente nel mercato del lavoro*

A somiglianza di quello che suole essere un tratto comune dei paesi del bacino mediterraneo, la popolazione occupata in Spagna si caratterizza per una presenza abbastanza significativa di lavoro autonomo: sicché, su un totale di 17 milioni di occupati, i lavoratori autonomi arrivano sino a 3 milioni (vale a dire all'incirca il 17,6% del totale degli occupati); di questi, circa 2 milioni sono autonomi senza lavoratori alle proprie dipendenze e dunque rappresentano, approssimativamente, il 10,7% del totale degli occupati. Si stima che più o meno 400.000 autonomi senza dipendenti prestino la loro opera prevalentemente per una sola impresa committente, dunque si tratterebbe del 2,4% del totale degli occupati; questo sarebbe il dato statistico che più si avvicina alla nozione giuridica corrispondente alla peculiare figura oggetto di questo studio e di cui ci occuperemo a breve: il lavoratore autonomo economicamente dipendente. In via complementare rispetto al passato, negli ultimi anni si apprezza una certa tendenza all'incremento del lavoro autonomo, in coin-

\* La traduzione è curata da ALESSANDRO DI CASOLA.

cidenza con la fase di crisi economica ed in parallelo alla forte “distruzione” del lavoro subordinato. Così, nel 2012, mentre si distruggono circa 950.000 posti di lavoro subordinato, si creano parallelamente lavori autonomi, nell’ordine delle 100.000 unità. Ciononostante, è possibile che questo fenomeno abbia un carattere essenzialmente congiunturale, non essendo prevedibile che esso costituisca una tendenza – nel medio e nel lungo periodo – di alterazione della distribuzione proporzionale del lavoro nel nostro mercato del lavoro tra subordinati e autonomi; piuttosto, potrebbe ascrivere a tentativi di ricerca di un rifugio certo, nel particolare momento in cui viviamo, in un lavoro precario autonomo, considerata la forte atonia dell’attività economica, che non offre reali possibilità di assunzione nell’area del lavoro dipendente.

In ogni caso, spingendosi oltre le possibili letture dei dati statistici appena riportati, ciò che rileva in sostanza è insistere sulla presenza nel nostro mercato del lavoro di una percentuale significativa di lavoro autonomo, che, in quanto tale, non rimane circoscritto a lavori di carattere artigianale, alle classiche professioni libere o al tradizionale piccolo commercio. Si tratta, al contrario, di un “impiego” autonomo che si inserisce all’interno di una società di servizi sviluppata e che favorisce il consolidamento dello stesso in attività professionali di vario tipo, così impedendo di contemplare il lavoro autonomo come una realtà unica e omogenea, tanto nella prospettiva sociologica, quanto in quella giuridica.

Nella prospettiva che a noi interessa qui porre in risalto, una delle realtà maggiormente innovative all’interno delle multiformi manifestazioni del lavoro autonomo si incontra in quelle attività autonome che si inseriscono in un modello di organizzazione imprenditoriale basato sul decentramento produttivo, dove l’attività non viene realizzata per il consumatore o per l’utente finale del prodotto o servizio, bensì per un’impresa committente, la quale esternalizza parte del suo ciclo produttivo con incarichi ad imprese terze ed in particolare con incarichi a professionisti autonomi. Il fenomeno del decentramento produttivo risulta particolarmente intenso nella struttura organizzativa delle imprese spagnole, incluse quelle che operano nell’ambito della Pubblica Amministrazione. A quanto detto va poi aggiunta la circostanza, pure in qualche misura influente, concernente alcune politiche del lavoro tendenti a favorire l’“auto-impiego” e che, dunque, concorrono a spingere su questa linea di promozione alcune forme di lavoro autonomo connesse a forme di decentramento produttivo.

Da quanto sopra riportato, in relazione alla realtà lavorativa del nostro

mercato del lavoro, emerge la presenza di fenomeni che rispondono al prototipo di quella che in dottrina è stata descritta come la figura tipica del lavoro autonomo economicamente dipendente, in termini tali da poter considerare che non si tratta di una mera elaborazione teorica, bensì di un profilo di lavoratore autonomo effettivamente presente tra noi. Sicché, guardando al di là delle difficoltà di delimitazione e di concreta demarcazione del fenomeno nell'ambito del tradizionale dualismo tra lavoratore dipendente (subordinato) e lavoratore autonomo (chiaramente indipendente, sotto ogni punto di vista), si può certamente convenire sul fatto che non si tratta di una finzione creata dal diritto, bensì, all'opposto, di una tipologia specifica e reale di lavoratore autonomo: la quale può essere considerata dall'ordinamento giuridico alla stregua di una figura singolare che richiede un trattamento legale differenziato. Indipendentemente dal fatto che si possa delineare come un insieme professionale di maggiore o minore rilevanza dal punto di vista quantitativo, di certo vi si possono riconoscere connotati identificativi propri, che potrebbero giustificare la scelta legislativa di offrire una regolazione appropriata sul piano normativo: visto che la figura in questione non corrisponde né al modello più ortodosso del contratto di lavoro (concepito per quei lavoratori che prestano il proprio lavoro in regime di subordinazione per un datore di lavoro), né tantomeno al prototipo classico del professionista autonomo, titolare di un'attività gestita in piena autonomia dal punto di vista economico (e che dunque presta altresì la propria opera per una pluralità di clienti, utilizzatori o consumatori).

## 2. *L'evoluzione della figura nella legislazione del lavoro spagnola*

In una prospettiva prettamente giuridica, la figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente si presenta come innovativa nel nostro ordinamento giuridico, essendo stata riconosciuta e regolata per la prima volta appena sei anni fa, a seguito dell'approvazione del c.d. Statuto del lavoro autonomo<sup>1</sup>. Si tratta di una legge che intende offrire non soltanto una regolazione di base ed allo stesso tempo generale a tutto il lavoro autonomo, ma che prevede altresì una disciplina specifica per la fattispecie del lavoro autonomo economicamente dipendente, rispetto al quale vengono sia contemplati gli elementi di riferimento al fine dell'applicazione del regime contrattuale

<sup>1</sup> L. 11 luglio 2007 n. 20 (*Boletín Oficial del Estado* del 12 luglio).

dei diritti e doveri tra le parti, sia offerte alcune particolarità per quanto riguarda i diritti collettivi ed il regime di protezione sociale, compresa la tutela giudiziale in relazione a possibili controversie attinenti alla costituzione, alla esecuzione ed alla risoluzione del contratto. Non c'è il minimo dubbio che l'espressione possa sembrare, a prima vista, una contraddizione in termini. Di certo ciò che è "autonomo" non può essere "dipendente", così come chi lavora in regime di "dipendenza" non può farlo in via "autonoma". Quel che avviene è che l'aggettivo qualificativo va applicato a prospettive differenti. In effetti, possono vantare la condizione di "autonomi" coloro che sono titolari della propria organizzazione produttiva e non si sottomettono al potere di direzione di un altro imprenditore; dunque, in chiave negativa, essi non possono considerarsi lavoratori in regime di subordinazione e, dunque, neppure essere sottoposti alla legislazione lavoristica. Però, allo stesso tempo, vantano anche la condizione di "dipendenti", nel senso che prestano il loro lavoro in misura prevalente per uno stesso committente, dal quale ottengono i principali redditi, al punto che questo soggetto, nei fatti, arriva a condizionare la forma e le modalità organizzative della impresa del lavoratore autonomo. Perciò bisogna stare attenti a non confondere questa figura con quella del "falso autonomo", dal momento che nel nostro caso, essendo in presenza di lavoro autonomo, non c'è un uso fraudolento della contrattazione. Ma, allo stesso modo, neppure può ricondursi una tale realtà sociale ed economica alle modalità classiche dell'esercizio delle professioni liberali.

Tale tipologia contrattuale non solo costituisce una novità recente nel nostro panorama giuridico, dal momento che non esistono precedenti, neppure isolati, al riguardo, ma soprattutto comporta una significativa rottura di fronte a quella che potrebbe considerarsi la concezione "bipolare" in base alla quale tradizionalmente si è declinata la nostra legislazione lavoristica. Concezione bipartita nel senso di creazione, da un lato, di uno stretto dualismo e di una conseguente separazione tra le attività professionali autonome, regolate essenzialmente dal diritto civile, e, dall'altro lato, di una certa omogeneità di trattamento del lavoro dipendente, inteso come lavoro reso in regime di subordinazione ed individuando in quest'ultima il tratto definitorio fondamentale. È risaputo che, da sempre, si sono verificate tensioni sulla linea di confine tra lavoro autonomo e lavoro dipendente, ma comunque in base alla premessa teorica di uno stretto mantenimento degli elementi formali che fondavano la separazione tra le due aree sui criteri tradizionali dell'alienità e della subordinazione.

In una prospettiva storica, guardando ai processi evolutivi nel lungo periodo, si può sottolineare, come tratto caratterizzante del nostro diritto del lavoro, una dilatata e profonda tendenza verso un'espansione soggettiva dell'ambito applicativo della legislazione lavoristica regolativa del contratto di lavoro. Espansione soggettiva realizzata per mezzo di una concezione flessibile dei requisiti dell'alienità e della subordinazione, che permetterebbero la progressiva incorporazione entro l'ambito regolativo della legislazione lavoristica – e, pertanto, del contratto di lavoro – di quelle relazioni professionali collocate sempre più nelle tipiche zone grigie esistenti tra l'autonomia e la subordinazione; in particolare, si apprezza un'attenuazione del requisito della subordinazione al punto che, in alcuni casi, potrebbe affermarsi che persino attività che presentano tratti tra i più tipici del lavoro autonomo possano essere incluse nell'ambito della legislazione a tutela del lavoro subordinato, sebbene ciò sarebbe possibile soltanto grazie a diverse peculiarità caratterizzanti: lavoro a domicilio, telelavoro, lavoro in comune e di gruppo, lavoro artistico, lavori con forte autonomia nell'esecuzione, etc.

Tuttavia tale tendenza espansiva subisce, in un momento determinato, un sicuro punto di flessione: dapprima, di contenimento dell'espansione, il che consente di arrivare a parlare di un moderato ritorno allo schema locativo regolato dal diritto civile<sup>2</sup>; successivamente, persino del ritorno verso formule di lavoro autonomo riferito a relazioni professionali che si stavano incorporando nell'ambito del lavoro subordinato. Un esempio paradigmatico di ciò si verificò in occasione di una significativa riforma del lavoro nel 1994, che collocò al di fuori della legislazione lavoristica alcune forme di lavoro nel settore del trasporto merci. Da parte di alcuni questa scelta venne fortemente avversata e se ne rivendicava il recupero all'interno della legislazione lavoristica, mentre da altri fu percepita come irreversibile, persino come possibile segnale dell'inversione di tendenza che chiudeva definitivamente la vecchia stagione dell'espansione soggettiva del diritto del lavoro, caratterizzata, invece, dall'aspirazione ad abbracciare la totalità delle situazioni di dipendenza: sia essa giuridica oppure economica.

Su tale scenario nazionale influiscono poi alcuni dibattiti – che iniziano ad emergere in ambito europeo – intorno all'opportunità di riconsiderare l'ambito di riferimento del diritto del lavoro: nel senso che questo dovrebbe

<sup>2</sup> MARTÍN VALVERDE, *El discreto retorno del arrendamiento de servicios*, in AA.Vv., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

abbracciare il mercato del lavoro nel suo insieme e dunque, pur senza abbandonare le categorie identificative proprie del contratto di lavoro, se ne dovrebbe spingere al di là, per considerare anche le influenze reciproche che potrebbero prodursi tra lavoro dipendente e lavoro autonomo<sup>3</sup>.

In conseguenza di tutto ciò, da diversi versanti dottrinali cominciano ad emergere alcune proposte che premono affinché ci si occupi in una prospettiva gius-lavoristica – sebbene al di fuori del contratto di lavoro – delle nuove realtà che si presentano nell’ambito del lavoro autonomo. E, tra tali proposte dottrinali, alcuni iniziano a prospettare la possibilità di un intervento legislativo che riconosca e regoli il lavoro autonomo economicamente dipendente<sup>4</sup>.

Tali proposte sono accompagnate, in parallelo, dall’emersione – significativa della presenza di attività e di un loro consolidamento – di alcuni movimenti associativi, proprio tra i lavoratori autonomi. Si percepisce una pluralità associativa, con postulati e visioni del lavoro autonomo abbastanza diversi tra loro, sebbene tutti coincidano nel reclamare lo sviluppo di politiche pubbliche volte alla promozione ed alla tutela del lavoro autonomo, sviluppo che potrebbe anche includere la creazione di una cornice normativa generale allo stesso dedicata.

Tutto ciò si conclude con una ferma decisione politica di procedere all’acquisizione ed all’esame delle precedenti proposte, che provenivano dalle menzionate elaborazioni dottrinali e posizioni associative; decisione che viene preceduta dall’incarico conferito dal Governo ad un gruppo di esperti di elaborare un’informativa sulla situazione e sulle relative proposte di attuazione<sup>5</sup>. A seguito di ciò, nel 2007, si sfociò nell’approvazione del menzionato Statuto del lavoro autonomo e nel suo successivo sviluppo regolamentare<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Per tutti, v. SUPIOT, *Au delà de l’emploi. Transformations du travail et devenir du Droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, Giuffrè, 1996; CARUSO, FUCHS, *Labour law and flexibility in Europe*, Giuffrè, 2004; FREEDLAND, KOUNTOURIS, *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press, 2011; CRUZ VILLALÓN, *El tratamiento del trabajo autónomo en el marco de las relaciones laborales. A propósito del libro verde Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, in *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 2008, 4, p. 74 ss.

<sup>4</sup> CRUZ VILLALÓN, *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*, Fundación Alternativas, 2003.

<sup>5</sup> AA.Vv., *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.

<sup>6</sup> *Real Decreto* 23 febbraio 2009 n. 197 (*Boletín Oficial del Estado* del 4 marzo), con il quale si sviluppa lo Statuto del lavoro autonomo in materia di contratto del lavoratore autonomo economicamente dipendente e il relativo registro e si crea il Registro statale delle associazioni



### 3. *L'impatto applicativo diseguale della nuova regolazione*

In un primo momento, l'approvazione dello Statuto del lavoro autonomo diede luogo – come è d'uso tra di noi – ad una intensa ed effervescente attenzione dottrinale verso il nuovo *corpus* normativo, al quale si riconosce un'importanza notevole, con studi esaustivi della nuova normativa, del suo significato generale, così come dei particolari dubbi interpretativi e applicativi che lo stesso potrebbe presentare<sup>7</sup>, compresi studi monografici dedicati al regime del lavoro autonomo economicamente dipendente<sup>8</sup>. Riguardo all'impatto di tali norme, le aspettative della dottrina erano inizialmente molto elevate, anche in considerazione dell'importanza della novità, che si sperava avesse un'influenza considerevole sulla conformazione generale delle nuove realtà di zone grigie tra il lavoro autonomo e il lavoro subordinato: specialmente per quanto atteneva alla nuova tipologia contrattuale del lavoro autonomo economicamente dipendente.

Attualmente, nonostante in materia – come vedremo in seguito – esista un registro ufficiale dei contratti stipulati, non vengono pubblicati i dati corrispondenti, per cui non può esservi una constatazione pubblica dei risultati relativi all'utilizzo di questa tipologia contrattuale. In ogni caso, in base ai pochi dati noti, si può comunque affermare con chiarezza che il numero dei contratti dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti è abbastanza modesto: quanto meno con riferimento a quanto poteva sperarsi a seguito di quel dibattito iniziale che la nuova figura aveva contribuito a far sviluppare su diversi fronti dottrinali, imprenditoriali, sindacali e sociali. Così, dagli scarsi dati a disposizione, risulta che alla fine del 2010 il numero totale dei contratti

professionali di lavoratori autonomi; *Real Decreto* 7 dicembre 2010 n. 1613 (*Boletín Oficial del Estado* del 28 dicembre), con cui si crea e si regola il Consiglio per la rappresentanza delle associazioni professionali di lavoratori autonomi in ambito statale e si stabilisce la composizione, il regime di funzionamento e l'organizzazione del Consiglio del lavoro autonomo.

<sup>7</sup> Per tutti, v. BARRIOS BAUDOR, APILLUELO MARTÍN, *Introducción al estudio del trabajo autónomo*, Thomson Aranzadi, 2007; CRUZ VILLALÓN, VALDÉS DAL-RÉ (diretto da), *El estatuto del trabajo autónomo*, La Ley Wolters Kluwer, 2008; DEL REY GUANTER (diretto da), *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Lex Nova, 2007; GARCÍA JIMÉNEZ, MOLINA NAVARRETE, *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero de lo falso*, Tecnos, 2008; GARCÍA MURCIA (diretto da), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Thomson Aranzadi, 2007; GARCÍA NINET, *Comentarios a la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo*, CISS, 2007; GÖERLICH PESET, PEDRAJAS MORENO, SALA FRANCO, *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Tirant lo Blanch, 2007.

<sup>8</sup> Per tutti, GUERRERO VIZUETE, *El trabajador autónomo económicamente dependiente*, Thomson Reuters, 2012.

registrati – stipulati cioè da lavoratori autonomi economicamente dipendenti – supera di poco i 20.000<sup>9</sup>, così come risulta che, durante il 2012, sono stati conclusi poco più di 9.000 contratti; il tutto a fronte delle cifre prima menzionate, che davano conto di circa 400.000 lavoratori autonomi impegnati a prestare servizi quasi esclusivamente per una sola impresa committente. Senza dire che le cifre appena riportate riflettono soltanto il flusso statistico, vale a dire il totale dei contratti stipulati senza scomputare quelli che potrebbero essersi conclusi posteriormente al periodo considerato. Dunque, si intuisce che la cifra più rilevante è quella di “*stock*”: relativa cioè al totale dei contratti vigenti in un momento determinato. Purtroppo neppure rispetto a quest’ultimo dato vi sono cifre aggiornate e affidabili: tuttavia, quelle che si sono potute verificare indicano che il numero totale dei contratti – s’intende, con tali caratteristiche – vigenti nel primo trimestre del 2011 superava appena la soglia dei 4.000<sup>10</sup>. Ulteriori dati confermano questo risultato di scarso impatto quantitativo della nuova figura. Per esempio, risulta in effetti simbolico il numero di accordi di interesse professionale: vale a dire, di accordi collettivi conclusi da parte dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti. Allo stesso modo, il numero dei contenziosi in materia risulta altrettanto scarso: in principio, le cause riguardavano quasi tutte i requisiti legali di carattere formale richiesti per stipulare il contratto in parola e, come se non bastasse, quasi tutte le sentenze hanno provveduto ad escludere la relazione contrattuale dall’ambito del lavoro autonomo economicamente dipendente.

Come elemento di contrasto, conviene tener presente che, a margine dei contratti con le descritte caratteristiche accolti nella particolare tipologia contrattuale di cui allo Statuto del lavoro autonomo, esistono diversi gruppi di lavoratori autonomi economicamente dipendenti ammessi, invece, ad altre regolazioni mediante speciali norme civili, commerciali o amministrative: queste, nei fatti, svolgono una funzione molto simile a quella assolta dal menzionato Statuto. Neppure con riferimento a questi altri gruppi sono note statistiche ufficiali, ma in ogni caso non si poteva fare a meno di dare conto dell’esistenza, in parallelo, di altri regimi giuridici di tutela che – legalmente – presentano un orientamento simile a quello fatto proprio dallo Statuto.

<sup>9</sup> MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Balance de medidas sobre trabajo autónomo 2008-2011*.

<sup>10</sup> *Unión de Asociaciones de Trabajadores Autónomos y Emprendedores (UATAE)*, [www.uatae.es/-index.php?option=com\\_remository&Itemid=58&func=select&id=6](http://www.uatae.es/-index.php?option=com_remository&Itemid=58&func=select&id=6).

Il risultato appena menzionato era abbastanza prevedibile, vista la regolazione finale della figura e, in particolare, la rigidità dei requisiti richiesti dalla legge per la stipulazione di un contratto di lavoro autonomo economicamente dipendente: condizioni da ritenersi stringenti sia sul piano formale, sia su quello sostanziale. A sua volta, la marcata scarsità di utilizzo dell'istituto contrattuale – da ascrivere alla rigidità dei requisiti imposti dalla legge – rifletteva una chiara sfiducia nei confronti della tipologia, proveniente da più parti e scaturente dalla menzionata contrapposizione tra posizioni dottrinali: sebbene tale divergenza fosse caratterizzata – paradossalmente – da una convergenza tanto degli uni quanto degli altri sul rifiuto (più o meno pieno) a concedere un effettivo terreno di gioco alla figura del lavoro autonomo economicamente dipendente.

Un'opinione emblematicamente rappresentata da alcune influenti posizioni sindacali riteneva che la nuova figura comportasse enormi rischi di accentuazione dei processi di precarizzazione del lavoro, dal momento che, da un lato, si consolidavano definitivamente i processi – già materializzatisi – di espulsione di alcune attività professionali dall'ambito applicativo del contratto di lavoro e, allo stesso tempo, si poteva altresì provocare un effetto accentuato di fuga dal diritto del lavoro di altri rapporti di lavoro che fino a quel momento si vedevano tutelati all'interno dell'ambito della legislazione lavoristica. Sicché, si richiese con forza la fissazione di garanzie volte ad evitare che la nuova figura alterasse la tradizionale tendenza espansiva – dal punto di vista soggettivo – della legislazione del lavoro e, pertanto, che non si spostasse la frontiera che si stava governando fino a quel momento, così da non favorire l'aumento dello spazio materiale e formale del lavoro autonomo.

Dall'altra parte, non meno emblematicamente rappresentata da posizioni imprenditoriali parimenti influenti, si pensava che la nuova figura nascondesse un obiettivo non traslucido di estensione del modello lavoristico ad alcuni gruppi professionali autonomi: in sostanza, si temeva che una simile regolazione comportasse l'imposizione all'impresa di obblighi e costi tipici del lavoro subordinato. Così facendo, si pretendeva che il lavoro autonomo economicamente dipendente fosse in sostanza una figura eccezionale, mantenendo fuori dall'ambito applicativo della nuova figura il grosso dei lavori autonomi connessi al decentramento produttivo. Insomma, si percepisce chiaramente che le tendenze centrifughe – che, in generale, premono per una fuga dal diritto del lavoro – si manifestano anche verso una fuga dalla figura del lavoro autonomo economicamente dipendente.

In sostanza, può affermarsi che l'istituto ha funzionato solo laddove c'era la presenza di un gruppo con un'identità propria operante in misura significativa all'interno di imprese committenti fortemente utilizzatrici di contratti autonomi e che, come conseguenza di ciò, era riuscito ad associarsi per la difesa dei propri interessi professionali. Il caso emblematico è diventato quello dei distributori di prodotti e dei trasportatori di merci proprietari del proprio veicolo.

#### 4. *La nozione legale: requisiti sostanziali e formali*

##### 4.1. *Requisiti sostanziali di diversificazione con il lavoro subordinato e con il lavoro autonomo "ordinario"*

Alla luce di quanto detto, la legislazione approntata, al fine di delimitare la figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente, accumula con un certo disordine una serie di requisiti sostanziali, che devono concorrere necessariamente ed in via cumulativa – nessuno escluso – per poter godere della condizione legale di lavoratore autonomo economicamente dipendente. Tuttavia, tale disordine nella elencazione dei requisiti richiede che si effettui una doppia lista di requisiti, visto che doppio è altresì il versante definitorio della figura in questione: infatti, vi è quello riguardante le differenze, da un lato, con il lavoro subordinato e, dall'altro, con quello che chiameremo lavoro autonomo "ordinario".

In questo modo, per definire con chiarezza la prima area, concernente le differenze tra il lavoro subordinato e quello autonomo economicamente dipendente, si richiede la concorrenza simultanea dei seguenti requisiti: 1) struttura organizzativa propria: sviluppo dell'attività con criteri organizzativi propri, senza pregiudizio per le indicazioni tecniche che potrebbero venire dal cliente; 2) prestazione di carattere esclusivamente e necessariamente personale: esecuzione della propria attività non utilizzando, indifferentemente, anche lavoratori legati all'impresa committente da un qualsiasi contratto di lavoro; 3) assunzione personale dei rischi d'impresa: percezione di una controprestazione economica in funzione del risultato della propria attività, conformemente a quanto pattuito con il cliente ed assumendo su di sé il rischio e la sorte della stessa; 4) effettiva titolarità dei mezzi di produzione: disponibilità di infrastrutture produttive e di materiali propri, necessari all'esercizio

dell'attività ed indipendenti da quelli del committente, qualora per l'attività dedotta in contratto gli stessi fossero economicamente rilevanti.

In aggiunta a ciò, per marcare le differenze con il resto dei lavoratori autonomi – quelli cioè che chiamiamo autonomi “ordinari” – si richiede la concorrenza, parimenti cumulativa, dei seguenti requisiti: 1) percezione di almeno il 75% dei propri redditi da lavoro e da attività economiche e professionali dell'impresa committente per la quale il soggetto lavora in misura prevalente; 2) assenza di lavoratori alle proprie dipendenze; 3) assenza di subappalti riguardanti la propria attività economica: non appaltare o subappaltare parzialmente o totalmente l'attività a terzi, con riferimento sia all'attività contrattata con il committente dal quale si dipende economicamente, sia alle attività che possono essere oggetto di appalti con altri clienti; 4) assenza di clientela universale: i titolari di stabilimenti o locali commerciali e industriali o di uffici o studi aperti al pubblico e i professionisti che esercitano la loro professione insieme ad altri in regime societario, o attraverso qualsiasi altra forma giuridica ammessa dal diritto, non otterranno, in alcun caso, la qualifica di lavoratori autonomi economicamente dipendenti.

Il risultato principale di questo insieme di requisiti non è altro che l'esclusione di fatto dalla tipologia contrattuale prevista dalla legge di un numero considerevole di attività professionali: le quali, da un punto di vista sociologico e statistico, rientrerebbero senz'altro nel profilo tipico dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti. Questa è la prima spiegazione del processo riduttivo dell'impatto della nuova figura sulla realtà del nostro mercato del lavoro.

#### *4.2. Requisiti formali di conclusione del contratto*

A ciò si aggiunga che la legge si mostra altresì molto esigente con riguardo ai requisiti di forma necessari per la conclusione del contratto da parte del lavoratore autonomo economicamente dipendente. Si tratta di una serie di requisiti per la stipula del contratto che sono stati il principale elemento di discussione interpretativa all'atto della prima applicazione normativa. In effetti, la norma richiede espressamente che il contratto venga stipulato per iscritto e che venga registrato presso l'ufficio pubblico competente; in più, il lavoratore autonomo deve far risultare espressamente dal contratto la sua condizione di dipendenza economica rispetto al cliente con il quale sta contrattando. Tale circostanza ha dato luogo ad un ampio dibattito,

sia dottrinale, sia giurisprudenziale, intorno alla questione riguardante la natura del requisito, se sia da considerarsi “*ad substantiam*” rispetto alla conclusione del contratto in queste circostanze o, al contrario, se esso abbia un mero valore “*ad probationem*”, prevalendo l’elemento materiale della concorrenza degli elementi definitori della figura, conformi ai requisiti elencati nel paragrafo precedente. Dopo la prospettazione di posizioni e argomentazioni tra le più varie, a diversi livelli, la questione è stata risolta dal *Tribunal Supremo* (Corte di Cassazione), con un duplice criterio in relazione alle richieste dei requisiti di forma. Primo criterio: la formalità della stipula per iscritto e della successiva registrazione ha mero valore probatorio<sup>11</sup>. Secondo criterio: in ogni caso, risulta imprescindibile che il lavoratore autonomo comunichi all’impresa committente la sua condizione di economicamente dipendente, affinché il contratto stipulato secondo questa specifica modalità acquisti validità<sup>12</sup>.

Inoltre, l’orientamento giurisprudenziale precedente è stato confermato in via parallela e quasi contemporanea dalla legge, a seguito di una riforma legislativa dello Statuto, compiuta sul finire del 2011<sup>13</sup>. A differenza della prima formulazione, adesso non si dice che il contratto “dovrà essere formalizzato” per iscritto, bensì, più genericamente, che il contratto “si stipulerà” per iscritto. Ma soprattutto, d’ora in poi, si prevede espressamente l’effetto giuridico scaturente dall’assenza di forma scritta, indicazione che precedentemente mancava; in sostanza, la norma ora dice che l’assenza della forma scritta provoca la presunzione, valida fino a prova contraria, che il contratto era stato concluso a tempo indeterminato. Dunque, una regola simile a quella vigente per il contratto di lavoro: sicché, in nessun caso l’assenza di forma scritta colpirà la validità del contratto e, quindi, non verrà pregiudicata nemmeno la sua eventuale qualificazione alla stregua di lavoro autonomo economicamente dipendente.

Così facendo, venivano risolti i principali motivi di discussione al riguardo. Da ciò scaturirebbe non solo – almeno apparentemente – la prevalenza della sostanza sulla forma, ma si può altresì dedurre che si tratta di una modalità di contrattazione che non si ferma alla volontà delle parti, né tantomeno viene rimessa alla volontà di entrambe. Si vuole dire che, concorrendo i requisiti di

<sup>11</sup> STS del 12 giugno 2012, RJ 8539.

<sup>12</sup> STS dell’11 giugno 2011, RJ 6391 e 24 novembre 2011, RJ 1472.

<sup>13</sup> L. 10 ottobre 2011 n. 36 (*Boletín Oficial del Estado* dell’11 ottobre), regolativa della giurisdizione sociale.

sostanza indicati, la relazione contrattuale dovrà ricondursi necessariamente al regime del lavoro autonomo economicamente dipendente, senza che le parti possano, preferendolo, optare per la conclusione di un “normale” contratto di lavoro autonomo. L’unica eccezione prevista dalla legge riguarda il caso in cui, in presenza di un regolare contratto di lavoro autonomo “ordinario”, si producesse una circostanza sopravvenuta dalla quale scaturisca il verificarsi – in esecuzione del medesimo contratto – dei requisiti previsti per il lavoro autonomo economicamente dipendente: in tal caso, è consentito che vengano mantenute a tutti gli effetti le condizioni previste nel contratto, a meno che le parti non si accordino per modificarlo e adeguarlo, considerandolo come autonomo economicamente dipendente. Però, per i restanti casi, vige alla stregua di norma di diritto necessaria e assoluta – e che, pertanto, va considerata di carattere imperativo – la tipizzazione del contratto come autonomo economicamente dipendente al semplice concorrere dei requisiti legali: quindi, senza che l’accordo tra le parti possa modificare tale qualificazione legale.

Orbene, questa formula non risolveva completamente i problemi derivanti dai requisiti formali. In effetti, nella pratica bastava una semplice passività o resistenza da parte dell’impresa alla riconduzione della relazione di lavoro a tale tipo contrattuale affinché il vincolo venisse riconosciuto come lavoro autonomo ordinario. Per fare fronte a tale stato di cose, la già menzionata riforma, intrapresa alla fine del 2011, tentò di dare risposta anche a questo problema, tramite l’introduzione di un meccanismo di carattere processuale. In sostanza, a partire dalla riforma, al fine di facilitare il riconoscimento dell’esistenza di questa figura speciale del lavoro autonomo economicamente dipendente, si è previsto che, qualora il collaboratore autonomo ritenesse che la sua condizione presenti concretamente i requisiti di sostanza che determinano la condizione di economicamente dipendente, egli possa rivendicare tale qualificazione alla sua impresa committente; vale a dire, può richiedere la formalizzazione di un contratto di lavoratore autonomo economicamente dipendente attraverso una comunicazione con valore probatorio. Nel caso in cui l’impresa si opponesse a tale riconoscimento, tanto in forma esplicita, tramite il rifiuto ad accogliere la richiesta del collaboratore, quanto tacitamente, trascorso un mese dalla domanda, il lavoratore autonomo potrà adire le vie giudiziali, affinché il giudice del lavoro<sup>14</sup> si pronunci con una sentenza dichia-

<sup>14</sup> Trattasi – qui come in seguito – del *Juez de lo social*, che, nell’ordinamento spagnolo, ha competenza in materia di lavoro.

rativa sulla natura del rapporto contrattuale che unisce entrambe le parti. La sentenza ha natura dichiarativa e, solo in questo caso, produce effetti dalla data in cui è stata ricevuta la prima notifica della richiesta e non ne esplica ulteriori con riguardo ai periodi precedenti.

Tale ultima regola, relativa alla limitazione degli effetti, risulta, a nostro giudizio, fortemente criticabile, dato che in termini pratici riporta al punto di partenza, generando una sorta di prevalenza del dato formale rispetto a quello sostanziale. Nonostante materialmente concorrano i requisiti richiesti per l'instaurazione di un rapporto di lavoro autonomo economicamente dipendente, il contratto non viene legalmente considerato come tale a meno che non intervengano la richiesta dell'interessato e la relativa conferma giudiziale. Trattasi di una formula che potrebbe risultare pienamente comprensibile in un contesto di completo e libero dispiegamento dell'autonomia contrattuale, caratterizzato dall'effettiva eguaglianza tra le posizioni delle parti nella contrattazione, ma che invece è più che discutibile in uno scenario come quello tipico nel quale si verificano tali relazioni di lavoro autonomo, dove ci si muove nella presunzione dello squilibrio contrattuale in merito alla difesa dei rispettivi interessi. La condizione di dipendenza economica rilevata dalla concorrenza degli elementi sostanziali definitivi del presupposto di fatto permette con piena fondatezza di presumere una posizione di superiorità contrattuale dell'impresa cliente, che da sola basterebbe a distogliere il lavoratore autonomo dall'avanzare la menzionata richiesta. In questi casi avverrà abitualmente che le richieste giudiziali verranno rinviate al momento di rottura del vincolo contrattuale, momento nel quale non sarà più possibile avanzare la pretesa di qualificazione giuridica della relazione contrattuale tra le parti, visto che la stessa sarà già estinta.

È chiaro che, in una prospettiva giuridica, l'autonomo che facesse valere la corrispondente richiesta in un momento precedente – dunque, idoneo – si troverebbe pienamente tutelato legalmente, tanto se lo facesse nella fase previa, stragiudiziale, quanto in quella successiva, prettamente giudiziale. In concreto, proponendo ricorso potrebbe godere della garanzia di indennità contemplata dalla giurisprudenza costituzionale, da cui scaturirebbe la considerazione di contrarietà alla tutela giudiziale effettiva – costituzionalmente garantita – di qualsiasi condotta sanzionatoria o di ritorsione rispetto alla corrispondente domanda giudiziale. Garanzia di indennità che sfocerebbe nella declaratoria di nullità a tutti gli effetti di qualsiasi condotta di questo tipo da parte dell'impresa committente, compreso l'obbligo di reintegrazione



piena del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui l'impresa committente avesse proceduto a risolvere il contratto a seguito della menzionata richiesta. In definitiva, in questi termini, dal punto di vista giuridico-costituzionale, il lavoratore autonomo si troverebbe pienamente protetto rispetto a qualsiasi tipo di rischio collegato all'aver fatto valere la pretesa al riconoscimento della qualità di lavoratore autonomo economicamente dipendente.

In effetti, risulta rilevante anche in termini pratici il fatto che attualmente ancora non vi sia stato un pronunciamento giudiziale, né dei Tribunali ordinari, né di quello costituzionale, che dia conferma in maniera esplicita del principio suddetto. Sarà per questo motivo, o forse per il contesto generale nel quale si svolge questo tipo di contratti, ma è certo che la tendenza, nella pratica, a non avanzare questo tipo di richieste durante la vigenza della relazione contrattuale sopravvive. Sicché si può concludere che la soluzione processuale consentita dalla riforma del 2011 non risolve il problema di fondo, suscitato dal dualismo formalità/sostanzialità dei requisiti. Prova di ciò è che, sebbene il tempo trascorso fino ad oggi sia breve, non si riscontrano richieste giudiziali nei termini previsti dalla menzionata riforma; e, in aggiunta, nemmeno si registrano cambiamenti che comportino un incremento dei rapporti di lavoro autonomo economicamente dipendenti. Insomma, il modello può procedere dando come risultato l'esistenza di questa figura in misura molto ridotta: in pratica mantenendosi in un'area marginale.

##### 5. *Regime speciale delle condizioni professionali*

La precedente presunta resistenza imprenditoriale a veicolare i rapporti degli autonomi economicamente dipendenti per mezzo della nuova figura contrattuale difficilmente si spiega con le specificità del regime giuridico derivanti dalla regolazione prevista legalmente. Non c'è dubbio che la stessa premessa riguardante la dipendenza economica di questo particolare lavoratore autonomo accentua il tratto di squilibrio contrattuale dell'autonomo, il che determina una regolazione più penetrante da parte dello Statuto. Tali lavoratori richiedono un'attenzione specifica e, dunque, una regolazione dedicata: la quale muova dall'accettazione di una posizione di squilibrio contrattuale nei confronti del soggetto che rappresenta il proprio cliente principale e dal quale si ottengono i maggiori redditi, con la necessità di norme imperative che limitino il potere di imposizione unilaterale di condizioni da parte del

contraente forte. Tuttavia, ciò non presuppone una meccanica trasposizione su questo terreno degli istituti propri della legislazione lavoristica. La stessa legislazione del Diritto civile moderno non può certo identificarsi con il Diritto napoleonico liberale e in esso vi sono regolazioni che danno risposte anche a situazioni di manifesto squilibrio contrattuale, senza che con questo vengano negate le esigenze di autonomia e flessibilità necessarie in tali settori. In altre parole, non si può ritenere che lo Statuto del lavoro autonomo, tramite la creazione della figura del lavoratore autonomo economicamente dipendente, risponda ad un modello di estensione delle tutele lavoristiche della predetta relazione giuridica. Al contrario, esso si colloca essenzialmente nell'area della legislazione civile, senza incorporazione indiretta od occulta nell'ambito applicativo della legislazione lavoristica.

Innanzitutto, la sua regolazione è abbastanza limitata in quanto al regime giuridico del contratto, toccando aspetti estremamente concreti: definizione della figura, stipulazione e formalizzazione del contratto, orario di lavoro, interruzioni giustificate dell'attività ed estinzione del contratto. In questi termini, si verifica un'ampia rimessione alla libertà delle parti in merito alla fissazione dei diritti e doveri reciproci derivanti da tale relazione giuridica, a differenza di ciò che accade nell'ambito della legislazione lavoristica, dove il reale margine di movimento del patto individuale si presenta fortemente ridotto. Persino all'interno di questa parca regolazione alcune prescrizioni hanno il carattere di regole dispositive, cioè derogabili attraverso il patto individuale nella logica generale della legislazione civile, basata sul principio dell'autonomia della volontà: durata del contratto di lavoro, durata della giornata lavorativa, periodi di riposo e distribuzione della stessa, ammontare dell'indennità per risoluzione anticipata del contratto etc. E, soprattutto, regola-chiave a tali effetti, la necessità che la legislazione civile generale – commerciale o amministrativa a seconda del tipo di contratto – operi come norma suppletiva per l'eventuale assenza di regole applicabili all'interno dello Statuto del lavoro autonomo, o nello stesso contratto stipulato tra le parti. *A sensu contrario*, ciò che il precetto stabilisce con tutta chiarezza è che in nessun caso è possibile applicare in via suppletiva, e neppure per analogia, la legislazione del lavoro in relazione ai vuoti lasciati dalle leggi o dal contratto. La giurisprudenza è stata estremamente esplicita sul punto e non ha lasciato adito a dubbi di alcun genere<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> “Non si procede, dal momento che non ricorre né il vuoto legislativo, né l'identità di

È certo che lo Statuto del lavoro autonomo attribuisce agli organi giudiziari in materia sociale la competenza a risolvere le controversie che potrebbero nascere in merito alla stipulazione, all'esecuzione e alla risoluzione del contratto dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti, escludendo *a sensu contrario* l'intervento in queste vertenze del giudice civile. Tuttavia, è nitida la regolazione prevista rispetto a ciò che noi riteniamo essere innanzitutto una regola di carattere prettamente processuale, non certo di occulta possibilità di applicazione suppletiva della legislazione lavoristica, ma che ovviamente può assicurare meccanismi di migliore tutela al lavoratore autonomo rispetto all'ipotesi in cui tali controversie venissero portate all'attenzione della giurisdizione civile. In altre parole, tale migliore tutela può portare sì conseguenze nell'ambito dell'*iter* processuale, cioè delle regole di svolgimento del processo giudiziale, ma che in nessun modo consente un'estensione anche dell'ambito di applicazione del diritto materiale, per mezzo di una indiretta od occulta applicazione di regole e principi propri della legislazione lavoristica, cosa che, chiaramente, non costituiva il disegno originario del legislatore.

Rispetto all'intera regolazione concernente il regime giuridico di questo contratto, l'area che probabilmente sta avendo il maggiore impatto applicativo è quella relativa all'estinzione del contratto. Almeno, questo sembrano indicare i provvedimenti che si stanno pronunciando in materia. Una volta chiarito il grosso del dibattito intorno ai requisiti formali per la stipula del contratto, praticamente la totalità delle sentenze che si stanno emettendo in materia definiscono domande relative a risoluzioni contrattuali per decisione unilaterale dell'impresa committente che il lavoratore auto-

ragione che consentirebbe l'applicazione analogica di questa norma ai *trade*...e non c'è identità di ragione perchè si tratta di due casi essenzialmente distinti, non essendo possibile equiparare, a tali effetti, i lavoratori per conto altrui ai *trade*, i quali non percepiscono salario" (STSJ, Asturie, 19 febbraio 2010, AS. 1013). "Di conseguenza, pare evidente che il legislatore volle precisare che per ciò che non è regolato dalla LETA non è possibile ricorrere al Diritto del lavoro, bensì bisogna fare riferimento alle norme di diritto civile o commerciale, o anche amministrativo, tenendo conto della natura del contratto sottoscritto: norme che in ogni caso vigono e sono applicabili; questa è la chiave in cui va letto ed interpretato lo Statuto del lavoro autonomo e, dunque, vanno risolte tutte le questioni che vengono ad essere presentate dinanzi agli organi giurisdizionali sociali, sicchè, contrariamente all'opinione espressa dal Giudice di prima istanza, esso non si potrà applicare neppure per analogia a quelle figure simili che regolano il rapporto di lavoro per conto altrui, siano esse comuni o speciali. Unicamente potranno essere prese come riferimento nei casi in cui la LETA lo consenta" (STSJ, Catalogna, 14 maggio 2010, AS. 1814).

uomo considera ingiustificate e, dunque, ai sensi della legislazione vigente, meritorie di ottenere il relativo risarcimento dei danni e dei pregiudizi.

La regolazione stabilita nello Statuto si può riassumere, in sostanza, nei seguenti termini. L'impresa committente non può procedere all'estinzione del contratto per mera volontà dismissiva, tanto è vero che si richiede la previa esistenza di una causa giustificatrice per la risoluzione contrattuale dovuta a decisione unilaterale della stessa. A livello legale non si precisano né si tipizzano le circostanze o le condotte che possono costituire cause giustificative, sicché bisogna ritenere che ciò venga rimesso all'accordo tra le parti contenuto nel contratto, a quanto sia stabilito negli accordi di interesse professionale o agli usi e ai costumi; in ogni caso, in via esplicita si concede al giudice del lavoro un margine molto ampio di apprezzamento nella valutazione della sussistenza o no della causa giustificativa. Quando la risoluzione del contratto per decisione unilaterale dell'impresa committente non è accompagnata da una causa giustificativa, il lavoratore autonomo economicamente dipendente ha diritto a percepire il risarcimento dei danni e dei pregiudizi. Dal punto di vista legale, la determinazione del *quantum* dell'indennità viene rimessa all'accordo individuale o all'accordo di interesse professionale. Nell'ipotesi in cui non venga fissata la misura dell'indennità per tali vie, competerà determinarla al giudice, prendendo opportunamente in considerazione, tra gli altri fattori, il tempo rimanente rispetto alla durata del contratto inizialmente fissata, la gravità dell'inadempimento del committente, gli investimenti e i costi anticipati dal lavoratore autonomo economicamente dipendente e legati all'esecuzione dell'attività professionale dedotta in contratto e il termine di preavviso concesso al committente rispetto alla data di estinzione del contratto.

Rispetto all'insieme della regolazione appena descritta, va notato che le sentenze pronunciate fino ad oggi si sono concentrate esclusivamente sul solo punto relativo alla quantificazione dell'indennità che spetta nel caso di risoluzione contrattuale unilaterale ingiustificata per iniziativa dell'impresa committente. Non vengono dunque analizzati in alcun caso altri aspetti, come potrebbero essere, ad esempio, i seguenti: cause di estinzione del contratto diverse dalla risoluzione, risoluzione del contratto per decisione del lavoratore autonomo economicamente dipendente, adempimenti formali legati alla notifica della risoluzione del contratto, cause giustificative della risoluzione del contratto, svolgimento del processo e onere probatorio, etc.

Rispetto al tema trattato da tali sentenze, il presupposto di fatto si pre-

senta sempre legato a relazioni nelle quali le parti non abbiano fissato il *quantum* dell'indennità, né attraverso il contratto individuale, né mediante il possibile accordo di interesse professionale. Pertanto, attengono tutte a situazioni di assenza di regole specifiche rispetto alla misura dell'indennizzo, nelle quali è necessario applicare al caso concreto i criteri generali in base ai quali, secondo la norma, bisogna procedere a fissare tale indennizzo.

In tale ambito, come è facile immaginare, si percepisce una certa difficoltà o disagio da parte del giudice del lavoro a procedere entrando a fondo nella materia, facendosi carico dell'enorme margine di apprezzamento che gli concede il legislatore nella ponderazione dei danni e dei pregiudizi sofferti dal lavoratore autonomo economicamente dipendente a seguito della risoluzione contrattuale e, quindi, nel calcolo dell'indennità spettante. A tali fini, bisogna tener presente che in questa materia la tecnica normativa è ben diversa da quella vigente in materia di quantificazione dell'indennità di licenziamento nel caso della risoluzione di contratti di lavoro. In effetti, nel nostro ordinamento lavoristico sussiste una consolidata tradizione di predeterminazione legale dell'indennità, calcolata automaticamente ed esclusivamente in base a due parametri oggettivi: retribuzione totale che percepiva il lavoratore al momento dell'estinzione del contratto e anzianità di servizio del lavoratore nell'impresa, pari a quella del contratto che si estingue. In questo modo, nella legislazione lavoristica il giudice del lavoro difetta del benché minimo margine di ponderazione dei danni e dei pregiudizi sofferti dal lavoratore a seguito della perdita del lavoro, dal momento che applica un calcolo assolutamente meccanico allorquando deve fissare la condanna nel dispositivo della sentenza. Al contrario, lo Statuto del lavoro autonomo si colloca sul terreno di una tecnica diametralmente opposta, che riconosce un forte potere di valutazione del giudice del lavoro, tutt'altro che abituale, a differenza di ciò che avviene nell'ambito del settore civile della giurisdizione. In definitiva, nei casi descritti il giudice adito gode di un'amplissima discrezionalità nella valutazione, neppure sindacabile in sede di ricorso ad un grado di giurisdizione superiore, salvo che nei casi di errore di fatto, di risoluzione arbitraria, esorbitante o evidentemente ingiusta ovvero in quelli in cui si evidenzia una sproporzione tra il danno reale e la retribuzione che viene riconosciuta<sup>16</sup>.

La precedente considerazione è rilevante, a nostro giudizio, specialmente

<sup>16</sup> SSTS del 22 giugno 1992, RJ 5462 e del 13 maggio 1994, RJ 1994.

per comprendere l'effetto che si sta notando a valle delle risoluzioni giudiziali pronunciate in materia. Comincerei così per sottolineare, in primo luogo, che quell'elenco di criteri generali previsti dalla norma ha carattere orientativo, nella misura in cui sono indicati all'interno di una lista aperta, tanto è vero che la stessa norma precisa che sono da considerarsi "tra gli altri fattori". Nonostante ciò, nessuna delle sentenze esaminate prende in considerazione alcun altro elemento utile all'obiettivo di fissare il *quantum* dell'indennità. Per di più, tra i vari fattori menzionati a tale scopo dalla legge, le sentenze, in maniera quasi unanime, si concentrano esclusivamente sul primo degli indici richiamati, che, non a caso, è quello che ha un carattere più oggettivo e consente un calcolo meccanico da parte del giudice del lavoro. In sostanza, ci riferiamo al fatto che praticamente tutte le sentenze non fanno altro che computare il tempo che restava per la conclusione del contratto di lavoro, visto che nella maggioranza delle occasioni si tratta di contratti a tempo determinato, così da procedere ad un'operazione matematica molto semplice: individuare il tempo che mancava al raggiungimento del termine di tale contratto e applicare la controprestazione economica che si era ricevuta durante il periodo di esecuzione del contratto, senza interruzione, fino alla scadenza inizialmente pattuita<sup>17</sup>. Invece, nei casi in cui il contratto aveva una durata indeterminata, non essendo più possibile utilizzare il criterio precedente, se ne utilizza un altro, molto prossimo al primo: calcolare il tempo rimanente per il raggiungimento, da parte del lavoratore autonomo, dell'età ordinaria per il pensionamento e, in base a ciò, presumere che il danno si calcoli fino alla data di possibile pensionamento del lavoratore, sia pure nella consapevolezza che tale elemento non avrebbe determinato automaticamente l'estinzione del contratto, in ragione del carattere generalmente volontario che ha il pensionamento nel nostro sistema giuridico<sup>18</sup>.

La scioltezza con la quale i Tribunali stanno agendo in merito al procedimento semplificato di quantificazione dell'indennità, che va consolidandosi come l'unico in effetti utilizzato, può sfociare, a nostro avviso, in giudizi poco ragionevoli e scarsamente equitativi. In particolare, tale criterio va apprezzato alla luce del fatto che il regime di contrattazione previsto per questa figura rimette alla piena libertà delle parti la fissazione della durata della relazione obbligatoria: dunque senza presenza alcuna del principio di causalità nella

<sup>17</sup> STSJ, Catalogna, 14 maggio 2010, AS. 1814; Madrid, 28 novembre 2012, JUR. 2013/19738.

<sup>18</sup> STSJ, Catalogna, del 28 marzo 2011, AS. 1069; Asturie, del 19 febbraio 2010, AS.1013.

contrattazione temporale, inclusa la piena libertà di fissare il termine o la condizione risolutiva del contratto. Posta la questione in questi termini, nulla impedirebbe di forzare – come è ovvio immaginare, dietro iniziale proposta dell'impresa committente – la conclusione di contratti dalla durata molto breve, da sottoporre a proroghe successive senza alcuna interruzione. Ciò permetterebbe all'impresa committente, in pratica, di risolvere il contratto con il pagamento, in ogni caso, di indennità molto ridotte, dal momento che rimarrebbe sempre molto poco tempo al termine iniziale del contratto o della sua successiva proroga. Di certo questa pratica andrà fronteggiata denunciando la condotta abusiva nell'uso della libertà di contrattazione, da parte dell'impresa committente, in merito alla durata del contratto. E non c'è dubbio che non sarebbe ragionevole arrivare a tali estremi, che comunque caricano il lavoratore economicamente dipendente dell'onere probatorio nel relativo processo. Sicchè, da quanto detto deriva la necessità di approfondire l'effettivo adempimento, da parte del giudice del lavoro, del dovere affidatogli dalla legge di verificare la pluralità dei fattori prima menzionati, al fine di accertare e valutare sotto ogni aspetto i danni ed i pregiudizi effettivamente sofferti dal lavoratore autonomo economicamente dipendente a seguito della risoluzione ingiustificata del contratto, assumendosene la relativa responsabilità.

#### 6. *La tutela collettiva degli interessi dei lavoratori autonomi economicamente dipendenti*

L'altro aspetto complementare ed imprescindibile da trattare è quello relativo alla tutela collettiva degli interessi professionali da parte dei lavoratori autonomi, ed in particolare per quelli che vantano la condizione di economicamente dipendenti. All'interno di qualsiasi modello democratico di sviluppo delle relazioni sociali, e più in là del punto fino al quale storicamente si spingono le istituzioni tipiche dell'ambito del lavoro subordinato, non c'è dubbio che oggi, in qualsiasi tipo di società moderna sviluppata, si realizzano dei movimenti associativi che organizzano il tessuto sociale al fine di compattarsi in mezzi di difesa di gruppo dei più vari interessi collettivi. In tale contesto stanno nascendo anche organizzazioni specifiche per la difesa degli interessi dei lavoratori autonomi, organismi che in Spagna, negli ultimi anni, stanno acquisendo sempre più solidità e manifesta presenza pubblica.

Inizialmente nascono come organizzazioni di espressione pubblica di determinati interessi, identificati in base alla loro particolare posizione nell'attività economica e, soprattutto, con l'obiettivo di rivendicare un trattamento dedicato da parte delle diverse politiche pubbliche che possono incidere sull'esercizio delle loro attività professionali. In questo modo, vengono identificati facilmente elementi specifici dell'insieme di politiche pubbliche che li possono riguardare in maniera particolare e, soprattutto, quelli con un impatto diversificato, capaci di incidere in via autonoma sulla loro attività economica: politiche fiscali, ingiunzioni amministrative e di controllo nella fase di avvio di attività imprenditoriali, protezione sociale da parte del sistema pubblico di sicurezza sociale etc. E, in tale ambito, non si esclude certamente il regime contrattuale dei rapporti con soggetti terzi nell'attività economica, e dunque, diritti e doveri nelle relazioni economico-commerciali.

Quanto appena detto porta ad un progressivo processo di istituzionalizzazione dei meccanismi tipici e classici di organizzazione, tutela e difesa degli interessi collettivi di un determinato gruppo professionale all'interno dell'attività economica. Ciò si materializza, in concreto, in uno specifico recepimento da parte dell'ordinamento giuridico di questa acclarata realtà di difesa e tutela degli interessi collettivi dei lavoratori autonomi. In alcuni casi, attraverso l'utilizzo di una regolazione fatta di istituti contemplati in via generale per qualsiasi gruppo di interesse che emerga socialmente; in altri casi, a seguito dell'approvazione di un regime specifico per i lavoratori autonomi. Nei primi, con strumenti giuridici derivanti da un'applicazione generalizzata verso la totalità dei lavoratori autonomi, negli altri per mezzo di una regolazione fatta di formule specifiche e dedicate, concepite esclusivamente per gli economicamente dipendenti.

Due sono gli istituti chiave da tirare in ballo in questa materia: da un lato, quello dell'associazione con una regolamentazione coerente a quella delle organizzazioni che riuniscono lavoratori autonomi; dall'altro, ciò che favorisce la conclusione di accordi collettivi, definiti legalmente "accordi di interesse professionale", che regolano le relazioni tra i lavoratori autonomi economicamente dipendenti e le imprese committenti per le quali prestano servizi.

Con riguardo alla prima, c'è da prestare attenzione non soltanto alla regolamentazione specifica contenuta nello Statuto del lavoro autonomo, dal momento che lo stesso deve essere completato con altre leggi, le quali offrono, nel complesso, un panorama più completo e integrato. In base al



primo, sono molte le opzioni a disposizione degli autonomi al fine di organizzarsi per la difesa dei propri interessi; alternative che manifestano idee molteplici, intorno alle quali ruotano le diverse posizioni rinvenibili nell'insieme dell'attività economica. In primo luogo, si prevede che per alcuni autonomi prevalga la condizione derivante dall'essere titolari di un'attività imprenditoriale e, dunque, si ritiene che, in quanto tali, preferiscano riunirsi all'interno delle organizzazioni imprenditoriali, in vista di una difesa congiunta dei loro interessi in connessione con il resto degli imprenditori. In secondo luogo, si stabilisce che per tale aggregazione collettiva prevalga l'identificazione nella condizione di lavoratori, di modo che, in base agli interessi che intendono difendere, si considerino accomunati, in via preferenziale, al resto dei lavoratori e, pertanto, preferiscano optare per integrarsi all'interno delle corrispondenti organizzazioni sindacali; in particolare, la legge che regola la libertà sindacale in Spagna contempla la possibilità che gli autonomi che non hanno lavoratori alle proprie dipendenze possano affiliarsi ad organizzazioni sindacali già costituite, nonostante essi non possano fondare sindacati che abbiano segnatamente come scopo la tutela dei loro interessi particolari. In terzo (e ultimo) luogo, è altresì possibile che gli autonomi non si sentano sufficientemente rappresentati né da parte delle associazioni imprenditoriali, né da parte delle organizzazioni sindacali, nel senso che queste vantano già interessi propri da difendere – e, soprattutto, differenti da quelli appena menzionati – per cui costoro preferiscono optare per la costituzione di associazioni proprie, composte esclusivamente da lavoratori autonomi e per la difesa dei loro interessi particolari; tale ultimo punto è quello contemplato innovativamente e precisamente dallo Statuto del lavoro autonomo, nel quale si prevede che i lavoratori autonomi potranno costituire proprie associazioni volte alla difesa dei loro interessi professionali, in applicazione del diritto costituzionale di associazione generale. Come possibile variante di quest'ultima, e in un certo senso come quarta opzione, si può pensare che la costituzione di associazioni formate solo da lavoratori autonomi sia ancora più ristretta dal punto di vista soggettivo, nel senso che dovrebbe trattarsi di associazioni nelle quali si iscrivano solamente lavoratori autonomi economicamente dipendenti.

Tutte queste alternative legalmente concesse dal nostro ordinamento giuridico sono in verità già presenti nella nostra realtà associativa, la quale mostra un'elevata ricchezza di opzioni organizzative, benché siano istituite essenzialmente tre associazioni; queste riuniscono autonomi conformemente

alle tre modalità menzionate: in primo luogo, l'UPTA, associazione, con personalità giuridica propria, di professionisti e lavoratori autonomi, federata al sindacato UGT; in secondo luogo, la CEAT, associazione con personalità giuridica propria che riunisce autonomi e piccoli imprenditori, federata a sua volta con una grande organizzazione imprenditoriale spagnola, la CEOE-CEPYME. In terzo luogo, l'ATA, associazione di lavoratori autonomi e piccole imprese, che ha il carattere di associazione costituita in maniera pienamente indipendente e, pertanto, non ha vincoli collaborativi o di connessione né con le organizzazioni sindacali, né con la grande organizzazione imprenditoriale. In aggiunta alle precedenti, si presenta un'altra opzione, di carattere più spiccatamente sindacale, in base alla quale gli autonomi economicamente dipendenti vengono incorporati direttamente e senza differenziazione organizzativa dentro ciascuna delle associazioni sindacali per settore di attività, fenomeno quest'ultimo per il quale viene decantato, tra di noi, il sindacato CCOO.

In ogni caso, e malgrado la notevole pluralità delle opzioni prima descritta, dalla prospettiva nella quale stiamo osservando conviene sottolineare il fatto che nessuna delle precedenti risponde ad un modello che abbia dato luogo alla configurazione di un'associazione che riunisca esclusivamente lavoratori autonomi economicamente dipendenti. Ciononostante, si converrà nel dare atto che organizzazioni con queste caratteristiche esistono anche in alcune Comunità Autonome, come nel caso della Catalogna o della Castilla y León, che si riuniscono sotto l'ombrello del sindacato di settore del CCOO. Comunque, in una prospettiva legale, va precisato che la regolazione contenuta in materia di associazioni di autonomi da parte dello Statuto del lavoro autonomo del 2007 si riferisce, genericamente, a qualsiasi tipo di struttura associativa di autonomi, senza differenziare tra autonomi ordinari e autonomi economicamente dipendenti. Ciò, da un punto di vista legale, porta a due conclusioni complementari: la prima, che non esiste una regolazione specifica in materia di diritto di associazione concepita esclusivamente per gli autonomi economicamente dipendenti; la seconda, che la regolazione dello Statuto prevista per l'insieme degli autonomi consentirebbe giuridicamente la costituzione di un'associazione formata esclusivamente da autonomi economicamente dipendenti e per la difesa dei loro specifici interessi.

Uno degli aspetti maggiormente rilevanti della regolazione relativa al diritto di associazione degli autonomi è quello relativo alla determinazione della rappresentatività delle associazioni legalmente costituite. La normativa

prevede, da un lato, un'ampia libertà di costituzione di associazioni di autonomi, fondata sul diritto costituzionale di associazione inteso come diritto fondamentale e di libertà pubblica, così che, tramite un *escamotage* molto semplice e scarsamente formalizzato, possa scaturirne l'immediato riconoscimento della personalità giuridica. Da un altro lato, si prevede che alcune di queste associazioni di autonomi possano presentare nella realtà sociale maggiori fondamento e penetrazione nel tessuto sociale, il che obbliga a riconoscervi un trattamento differenziato, di maggior favore, alla stregua di interlocutori particolari con il potere pubblico ai fini dell'informazione e della consultazione sul progetto delle relative politiche pubbliche, correlato alla constatazione oggettiva che si tratta di associazioni particolarmente rappresentative; soprattutto, più rappresentative in termini comparativi con le restanti.

Alle associazioni di autonomi, ugualmente che con i sindacati, si riconosce un particolare ruolo di interlocuzione con i poteri pubblici nello sviluppo di tutte quelle politiche che possano avere un'incidenza sui loro interessi professionali, includendo rilevanti canali di partecipazione istituzionale; l'espressione più chiara di ciò è rappresentata dalla costituzione del Consiglio del Lavoro Autonomo, quale organo consultivo del Governo in materia socio-economica e professionale del lavoro autonomo<sup>19</sup>. A tal fine, esclusivamente di interlocuzione con i poteri pubblici, la norma predetermina regole e procedimenti oggettivi di determinazione della rappresentatività delle associazioni dei lavoratori autonomi. Si tratta di un regime proprio di determinazione della rappresentatività sindacale, conforme a criteri oggettivi valutati da un Consiglio imparziale, in posizione di terzietà rispetto agli interessati. In pratica, ciò che stabilisce lo Statuto del lavoro autonomo è che otterranno la considerazione alla stregua di associazioni professionali rappresentative dei lavoratori autonomi quelle che, iscritte nel registro speciale a tal fine istituito, dimostrino un sufficiente radicamento nell'ambito territoriale nel quale operano.

A seguito di tutto ciò, si è verificato un primo processo di selezione delle associazioni rappresentative nel nostro paese. Ciò ha dato luogo al riconoscimento di ben cinque associazioni rappresentative di autonomi, cifra

<sup>19</sup> *Real Decreto* 7 dicembre 2010 n. 163 (*Boletín Oficial del Estado* del 28 dicembre), con il quale si crea e si regola Consiglio della rappresentatività delle associazioni professionali dei lavoratori autonomi nel settore pubblico e si stabiliscono la composizione e il meccanismo di funzionamento e organizzazione del Consiglio del lavoro autonomo.

che comprende le tre prima menzionate (UPTA, ATA e CEAT), unitamente ad altre due, meno riconosciute nella pratica associativa esterna (FOPAE e UTAE).

Il processo di selezione è risultato lento, con alcune proteste al riguardo, soprattutto in principio, ma a questo punto risolte giudizialmente. La principale questione sollevata è stata quella derivante dall'esigenza regolamentare che le associazioni fornissero una relazione completa sugli autonomi iscritti all'associazione, al fine di comprovare il primo degli elementi oggettivi di verifica relativamente al numero degli affiliati. Alcune associazioni ritenevano che ciò avrebbe potuto violare diritti fondamentali degli iscritti, connessi in particolar modo con il diritto alla riservatezza ed alla riserva del relativo controllo in capo all'Amministrazione pubblica. Senza dubbio, il *Tribunal Supremo* si è pronunciato seccamente, rigettando queste argomentazioni e, dunque, considerando che è corretto, nella prospettiva costituzionale, esigere la dichiarazione relativa al numero degli affiliati<sup>20</sup>.

Sul versante collettivo, la novità principale si presenta egualmente in relazione agli economicamente dipendenti, poiché si riconosce cittadinanza alla possibilità di concludere accordi di interesse professionale tra l'impresa committente, da un lato, e i sindacati o associazioni di autonomi, dall'altro; accordi collettivi per mezzo dei quali possono stabilirsi le condizioni di esecuzione della loro attività professionale, essendo rispettosi dei limiti derivanti dalle regole di protezione fondate sulla concorrenza<sup>21</sup>. Il loro regime è sottoposto interamente alle regole comuni della contrattazione civile, facendo intendere implicitamente che gli accordi avranno in ogni caso ambito di efficacia aziendale – mai di categoria – e che la loro efficacia si estenderà ai firmatari e, nel loro caso, agli affiliati alle associazioni o sindacati firmatari che abbiano prestato espressamente consenso a ciò. In senso contrario, non si prevede che gli stessi godano di efficacia generale, cioè *erga omnes*, per l'insieme degli autonomi che hanno un contratto con l'impresa committente firmataria dell'accordo; ricordando a questo riguardo che in Spagna i contratti collettivi per i lavoratori subordinati hanno, per esplicita previsione legale, tale efficacia *erga omnes*. In senso positivo, si propende senz'altro per attribuire a questi accordi forza giuridica vincolante per le relazioni contrat-

<sup>20</sup> STS, CA, 5 giugno 2012, RJ 8057.

<sup>21</sup> CRUZ VILLALÓN, *Los acuerdos de interés profesional*, in CRUZ VILLALÓN, VALDÉS DAL-RÉ, *El Estatuto del trabajo autónomo*, La Ley, 2008.

tuali individuali tra impresa committente e lavoratore autonomo economicamente dipendente, al punto che i patti individuali contrari a quanto disposto nei richiamati accordi di interesse professionale vengono dichiarati nulli. Il già menzionato scarso numero di contratti di autonomi economicamente dipendenti stipulati fino ad oggi, unitamente ai requisiti richiesti per la conclusione di accordi di interesse professionale – principalmente, la loro riduzione all’ambito di efficacia dell’azienda committente e il loro mancato concepimento su scala settoriale o di categoria – ha determinato che nella pratica il numero degli accordi conclusi fino ad oggi sia stato fortemente residuale<sup>22</sup>.

Spingendosi più in là di quanto detto finora, lo Statuto contiene una regolazione significativamente ampia dei diritti collettivi di qualsiasi lavoratore autonomo, sia o no dipendente economicamente, da cui risalta in particolar modo il riconoscimento del diritto di esercitare l’attività collettiva in difesa dei propri interessi professionali, direttamente e per mezzo delle relative associazioni di autonomi oppure dei sindacati a cui si affili il lavoratore autonomo.

### 7. Specificità in materia di protezione sociale

Per ciò che riguarda la sicurezza sociale, lo Statuto eleva al rango legale l’ambito generale del regime speciale dei lavoratori autonomi, che fino ad ora era stato meramente regolamentare, con la volontà di raggiungere l’obiettivo, contemplato nel Patto di Toledo di 1995 tra i due grandi partiti dell’arco parlamentare, di armonizzare nel nostro sistema pubblico due grandi regimi: quello generale per i subordinati e quello speciale per gli autonomi. Le novità più significative si ravvisano, in primo luogo, nel prevedere forme di contribuzione differenziate per alcuni gruppi, stabilendo riduzioni quando ricorrano caratteristiche personali o professionali che lo consiglino. Quanto all’azione protettiva, emerge la conversione in obbligatoria dell’inclusione delle prestazioni per incapacità temporale per rischi comuni, che precedentemente allo Statuto era opzionale per coloro i quali si trovavano nell’ambito

<sup>22</sup> Cita esclusivamente l’esistenza di 5 accordi in totale CASTRO ARGUELLES, *Los acuerdos de interés profesional: una balance de la negociación llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo*, in *Anales de Derecho Universidad de Murcia*, 2011, 29, disponibile in [revistas.um.es/analesderecho/article/download/139371/136761](http://revistas.um.es/analesderecho/article/download/139371/136761).

di tale regime speciale. Allo stesso modo, si prevede come obbligatoria la copertura contro il rischio dell'incapacità temporale e degli incidenti sul lavoro e delle malattie professionali per gli economicamente dipendenti, così come per il resto degli autonomi che presentino un maggiore rischio di sinistri sul lavoro. Egualmente, si include all'interno del concetto di incidente sul lavoro l'incidente definito *in itinere*, vale a dire quello che si verifica andando o tornando dal luogo nel quale si presta l'attività. Inoltre, si prevedono forme innovative di pensionamento anticipato per i lavoratori autonomi che eseguano la propria attività nell'ambito di contesti tossici, pericolosi o particolarmente faticosi.

Finalmente, si stabilisce un sistema specifico di protezione per la cessazione dell'attività degli autonomi, garantendo i principi di contribuzione, solidarietà, sostenibilità finanziaria e che risponde alle preferenze ed alle necessità degli stessi autonomi, cosa che si è realizzata con l'approvazione della relativa legge nel 2010<sup>23</sup>. In particolare, tale protezione si prevede come obbligatoria per i lavoratori autonomi economicamente dipendenti, così come per il resto degli autonomi, in quest'ultimo caso a patto che abbiano scelto la copertura rispetto a rischi di incidenti sul lavoro e malattie professionali. Il risultato di questa nuova prestazione è stato considerevole dal punto di vista del recepimento da parte dei relativi destinatari, essendo sufficiente la considerazione secondo cui circa 650.000 autonomi si trovano coperti dai rischi di cessazione dell'attività, vale a dire all'incirca il 30% del totale dei lavoratori autonomi senza lavoratori alle proprie dipendenze e il 20% del totale di coloro che rientrano nell'ambito di applicazione del regime speciale dei lavoratori autonomi<sup>24</sup>.

In via complementare a tale estensione dell'azione di tutela, si produce una tendenza verso l'incremento della contribuzione in favore della sicurezza sociale di questi beneficiari del sistema, con l'obiettivo di raggiungere l'equilibrio finanziario del regime speciale. Si tratta di un incremento lento, che rivela però una certa linea di tendenza volta alla convergenza dei costi di contribuzione tra regime generale e regime speciale degli autonomi. Quest'ultimo presenta una ripercussione che va oltre lo stesso sistema di sicurezza

<sup>23</sup> L. 5 agosto 2010 n. 32 (*Boletín Oficial del Estado* del 6 agosto), con cui si stabilisce un sistema specifico di protezione per la cessazione dell'attività dei lavoratori autonomi. Sul punto, cfr. CERVILLA GARZÓN, *La protección por cese de actividad para los autónomos independientes: cese protegido, ámbito subjetivo y dinámica de la prestación*, Bomarzo, 2013.

<sup>24</sup> UPTA, *Anuario del Trabajo Autónomo en España 2011-2012*, disponibile in [www.upta.es](http://www.upta.es).

sociale. Mi riferisco al fatto che la tendenza imprenditoriale verso la preferenza per il lavoro autonomo, piuttosto che per il lavoro subordinato, si deve in larga parte alla differenza del costo del lavoro per ciascuna unità tra il primo e il secondo, includendo in questo calcolo, logicamente, anche il differenziale dei costi che ne derivano a carico della sicurezza sociale, elemento – questo – di forte peso. Nella misura in cui la richiamata convergenza vada realizzandosi, non v'è dubbio che ciò influirà sulle scelte imprenditoriali e, indiscutibilmente, potrà funzionare a mo' di freno verso sconsigliabili fughe dal lavoro subordinato da parte delle imprese.

### **Abstract**

Il lavoro autonomo economicamente dipendente, come tipologia contrattuale all'interno della regolazione generale contenuta nello Statuto spagnolo del lavoro autonomo del 2007, comportò, all'epoca, una significativa novità nel panorama giuridico interno di regolazione dell'attività professionale esercitata personalmente, rompendo la classica bipolarità tra lavoro subordinato, regolato dalla legislazione giuslavoristica, e lavoro autonomo, disciplinato dal diritto civile. Il saggio effettua un'analisi delle conseguenze di questa nuova fattispecie contrattuale, al fine di verificarne l'impatto sul mercato del lavoro spagnolo dopo alcuni anni di esperienza e gli interrogativi sollevati dall'applicazione della relativa normativa.

The self-employment economically dependent, as type of contract within the overall regulation contained in the Spanish Statute of the self-employment of 2007, constituted at that time a significant novelty in the national legal scenario of regulation of the professional activity exercised personally, breaking the classic bipolarity between dependent work regulated by labour law and self-employment, regulated by civil law. The article analyses the consequences of this new type of contract, in order to verify the impact on the Spanish labour market, and the problems raised by the application of the related legislation.





**Patrizia Tullini**  
**Stabilità del rapporto di lavoro  
e ruolo del giudice\***

**Sommario:** **1.** La flessibilità della norma lavoristica e la ristrutturazione del paradigma di controllo del giudice. Oltre la riforma dell'apparato sanzionatorio. **2.** I tipi legali del licenziamento e l'attività giudiziale di qualificazione giuridica. **3.** La stabilità del rapporto di lavoro tra legislazione e giurisdizione.

*1. La flessibilità della norma lavoristica e la ristrutturazione del paradigma di controllo del giudice. Oltre la riforma dell'apparato sanzionatorio*

La flessibilità della norma lavoristica è stata ricercata nel diritto del lavoro recente, quello del nuovo secolo, con diverse strategie legislative. Attraverso la valorizzazione dell'autonomia individuale e il rinforzo della capacità dispositiva del lavoratore all'interno di procedure di validazione e di certificazione della volontà; con il potenziamento dei mezzi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie di lavoro (spec. conciliazione, arbitrato: cfr. l. 183/2010); con il *coup de théâtre* dell'art. 8, l. 148/2011 (ma qualcuno lo definirebbe “un colpo di mano”)<sup>1</sup> inteso ad abilitare una contrattazione collettiva derogatoria *in pejus* a livello locale o di prossimità che – nel contesto d'una “confusa situazione”<sup>2</sup> – ambisce a svolgere un ruolo significativo di ri-regolazione flessibile della disciplina del lavoro.

\* Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, l'intervento al Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei sul tema “La riforma del diritto del lavoro”, Roma, 2-3 maggio 2013.

<sup>1</sup> Sottolinea “lo shock provocato dall'improvvisa sortita legislativa” e le reazioni preoccupate della dottrina DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *ADL*, 2012, p. 21.

<sup>2</sup> Il rilievo è di MARIUCCI, *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in *LD*, 2013, p. 26 e, in termini quasi coincidenti, DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su l'art. 8 l. n. 148/2011 e dintorni)*, *ivi*, 2012, p. 31; LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, *ivi*, 2012, p. 55.

Resta, poi, segnatamente nella riforma del 2012, una linea politica della flessibilità che punta – quanto meno nelle intenzioni o nelle conseguenze – a ri-definire il ruolo del giudice e il modello di controllo dei poteri datoriali, sotto il duplice profilo sostanziale e processuale. È innegabile il contributo della giurisprudenza del lavoro alla creazione, e soprattutto alla manutenzione nel tempo, del garantismo individuale quale connotato tipico della disciplina lavorista<sup>3</sup>. Un garantismo statico, specialmente improntato all’interferenza negativa dei diritti individuali dei lavoratori rispetto alla libertà d’impresa: qualcosa che può essere interpretato come la coda lunga di quella stagione dei diritti che ha rappresentato forse il maggior investimento politico e culturale nella seconda metà del Novecento<sup>4</sup>.

Ciò che più (mi) colpisce, infatti, se si considera la l. 92/2012, non è tanto il recupero di efficacia dell’esercizio dei poteri datoriali – detto altrimenti, il ridimensionamento delle conseguenze sanzionatorie degli atti illegittimi di gestione dei rapporti di lavoro – quanto piuttosto la “ristrutturazione” del paradigma di controllo giudiziale. O meglio, l’ipotesi legislativa d’una risistemazione dei percorsi ermeneutico-valutativi, posto che la riforma del lavoro è ancora troppo recente per consentire bilanci o minime congetture sui risultati applicativi. Oggetto dell’interpretazione giudiziale non è solo l’enunciato normativo, ma quel singolare *mix* esperienziale che sostanzia il c.d. diritto vivente<sup>5</sup>, nel quale si saldano assetti istituzionali, giudizi di valore e quotidiane prassi applicative: un contesto che ha una propria tenace resistenza, derivante

<sup>3</sup> Come riconosce NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell’interpretazione del giudice*, Satira Editrice, 2012, p. 5, anche se l’A. ritiene che nell’attività giudiziale “è pure emersa la difficoltà di trovare approdi stabili, in grado di resistere ai condizionamenti delle contrapposte ideologie”. In tema cfr. spec. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente” sulle regole interpretative*, in DLRI, 2008, p. 613 ss.

<sup>4</sup> Sul ruolo della giurisprudenza del lavoro nell’attuale panorama legislativo cfr. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, 2012, I, p. 461 ss., che ha dato avvio al dibattito nella sezione Agorà della medesima Rivista, con i contributi di RIVERSO-PONTERIO, *Quale giudice del lavoro?*, *ivi*, 2012, I, 720 ss.; ABIGNENTE, *Note in margine ad un interessante dibattito*, *ivi*, 2012, I, p. 729 ss.; ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, *ivi*, 2013, I, p. 233 ss.; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico fra metodo e merito*, *ivi*, 2013, I, p. 235 ss.; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un “manifesto ermeneutico”*, *ivi*, 2013, I, p. 245 ss.; MELIADÒ, *Il giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, *ivi*, 2013, I, p. 489 ss.; VENEZIANI, *Il giudice del lavoro ed i valori del sistema giuridico*, *ivi*, 2013, I, p. 505 ss.; MAGNANI, *Il giudice e la legge*, *ivi*, 2013, I, p. 777 ss.

<sup>5</sup> Secondo la definizione di LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in RTDPC, 2009, p. 482, che trae da ciò l’idea dell’interpretazione giuridica “come fatto essenzialmente comunitario”.

tra l'altro da una sedimentazione di lungo periodo, ed è al contempo troppo ricco e variegato per consentire facili semplificazioni<sup>6</sup>.

E, in questa prospettiva, si può sommessamente dissentire dalla maggior parte dei commentatori che sottolinea come la nuova formula normativa della stabilità riguardi esclusivamente la ri-modulazione delle tecniche sanzionatorie e dei rimedi, restando peraltro intatte, non solo le causali di legge<sup>7</sup>, ma anche le regole interpretative e probatorie sin qui seguite dalla giurisprudenza nell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento. Quasi a voler tranquillizzare, secondo una logica di riduzione dell'impatto (che, per motivi diversi, in termini argomentativi è adottata tanto dai fautori quanto dai critici) sul fatto che le ricadute della riforma del 2012 resteranno comunque confinate nell'area rimediabile, senza poter toccare i profili sostanziali e di sistema.

Ciò che s'intende tuttavia osservare è che il mancato intervento sul dettato formale delle fattispecie del recesso (che è un dato indiscutibile), non esclude la possibilità che si verifichi una rideterminazione indiretta o riflessa (e non meno incisiva) delle condizioni di legittimità per l'esercizio del potere datoriale. Prenderne atto non significa per nulla concedere al legislatore della riforma uno spazio maggiore di quello che ha già conquistato, né tanto meno scoraggiare gli sforzi di un'abile virtù interpretativa per contenere gli effetti depressivi della tutela del lavoratore, ma implica e vuole suggerire un altro piano di riflessione sull'approccio di politica del diritto<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Per l'analisi d'un campione significativo delle pronunce post-riforma cfr. DE SALVIA (a cura di), in BARBIERI-DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della Legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 107 ss.; FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 338 ss.

<sup>7</sup> La tesi dell'immutabilità delle causali è autorevolmente ribadita, ad es., da TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, p. 37; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI-DALFINO, *op. cit.*, p. II ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, p. 234; DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *RIDL*, 2013, I, p. II ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *ivi*, 2012, I, p. 552; VALLEBONA, *la riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 56. Ritiene che "la strada maestra (...) sarebbe stata quella di intervenire non sull'apparato sanzionatorio costituito dall'art. 18, ma sulle causali che legittimano il licenziamento", MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 420 ss.

<sup>8</sup> Per un approfondimento sul punto v. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 153 ss.

In complesso, non c'è dubbio che la ri-modulazione dei rimedi sia già avvenuta e in numerosi ambiti del diritto del lavoro l'apparato sanzionatorio di tipo reale sia progressivamente arretrato. Per avere un buon indicatore di tendenza basta pensare alla caduta della tutela ripristinatoria (piena) in relazione al contratto a termine illegittimo. Si è passati dall'utilizzo prevalente della conversione, intesa come ricostruzione effettiva ed integrale del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ad un meccanismo rimediale misto – che prevede la riammissione in servizio e un ristoro economico del pregiudizio sopportato dal lavoratore nella forma dell'indennità onnicomprensiva, oltre tutto forfetizzata – la cui coerenza, adeguatezza e ragionevolezza è stata sostenuta in più occasioni dalla Corte costituzionale<sup>9</sup>, e da ultimo confermata dalla l. 92/2012 con una norma d'interpretazione autentica (cfr. art. 1, co. 13).

Il passaggio dalla tutela reale a quella obbligatoria ha dei riverberi profondi sul contenuto e persino sulla natura del diritto individuale coinvolto, ma prima ancora di preoccuparsi della morfologia sanzionatoria e del suo tasso di effettività, occorre che il giudice riconosca l'essere di quel diritto, e quindi il fondamento (che esprime la *meritevolezza*) della protezione giuridica. La riforma del 2012 sembra intercettare il potere giudiziale su questa strada: anziché prevedere una riduzione diretta e immediata dei diritti del lavoratore, è determinata ad incidere sullo spazio d'intervento e sulle prerogative di accertamento del giudice.

Il diritto alla reintegra nel posto di lavoro è scomparso? Certo, non lo è: si può continuare a ritenere che, pur nel quadro d'un assetto plurale e decrescente dei rimedi, la massima sanzione restitutiva conservi tuttora (laddove resiste) la sua essenziale finalità deterrente<sup>10</sup>. Ma, se è vero che la reintegrazione non è scomparsa, è divenuta tuttavia più inattuabile e il percorso giurisdizionale più accidentato, perché incanalato dentro passaggi obbligati che stabiliscono nuove condizioni di gradualità nel fondamento stesso della tutela.

<sup>9</sup> Così, in relazione al regime sanzionatorio dell'art. 32, co. 5-7, l. n. 183/2010, C. Cost. 11 novembre 2011 n. 303; C. cost., ord., 3 maggio 2012 n. 112. Per un'estensione del regime indennitario dell'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 anche in caso d'illegittimità della somministrazione di lavoro a termine cfr. Cass. 17 gennaio 2013 n. 1148, in *DRI*, 2013, p. 497, con nota di PANIZZA e in *RGL*, 2013, I, 195, con nota di SALVAGNI.

<sup>10</sup> “La possibilità della reintegrazione mantiene alla norma il suo valore di deterrente”: TREU, *op. cit.*, p. 35.

Il nesso – non solo ideale, ma persino testuale – tra questo modo d'intendere l'attività del giudice e le anticipazioni contenute nel Collegato Lavoro del 2010 risulta evidente, e non si è mancato di sottolinearlo. Quel decalogo di prescrizioni generali per l'esercizio della funzione giudiziaria dettato dall'art. 30, l. 183/2010 – di tenore quasi-pedagogico e più o meno vincolante, a seconda delle opinioni – sembra aver trovato nella successiva riforma del 2012 una messa in opera strettamente consequenziale specie sul terreno in precedenza solo sfiorato, sebbene fortemente sottinteso, dei licenziamenti individuali<sup>11</sup>.

L'affermazione richiederebbe una verifica più approfondita e argomentata, ma vanno quanto meno segnalate alcune implicazioni, quelle più rilevanti.

## 2. *I tipi legali del licenziamento e l'attività giudiziale di qualificazione giuridica*

La prima questione attiene alla nuova scala tipologica del licenziamento – che in una prospettiva esegetica rischia di apparire sin troppo allungata<sup>12</sup> – come conseguenza della disaggregazione della categoria unitaria dell'illegittimità prevista dal vecchio testo dell'art. 18 St. lav.

Per quanto s'è letto nella cronistoria dei lavori e degli studi preparatori, uno dei principali obiettivi della revisione normativa doveva essere la semplificazione e l'accorpamento in due tipi di recesso: quello per ragioni inerenti alla persona del lavoratore e quello intimato per ragioni economiche<sup>13</sup>. Viceversa, la l. 92/2012 ricorre, da un lato, alla tipizzazione autonoma (nel senso proprio di “nuova” tipicità normativa) di alcune particolari figure di licenziamento illegittimo (ad es., per superamento del periodo di comporto; per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore)<sup>14</sup> e, per altro verso,

<sup>11</sup> La tesi secondo cui le prescrizioni dell'art. 30, l. n. 183/2010 intendevano incidere soprattutto sul licenziamento è stata sostenuta da FERRARO, *Poteri imprenditoriali e nuovo ruolo della magistratura del lavoro nelle più recenti riforme*, in BASENGHI-RUSSO (a cura di), *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti*, Giappichelli, 2012, p. 7.

<sup>12</sup> ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 131 ss., che individua “ben 18 diversi tipi di licenziamento”.

<sup>13</sup> Una distinzione tra licenziamento disciplinare ed economico introdotta per motivi “invero più contingenti che convincenti”, secondo TREU, *op. loc. cit.*

<sup>14</sup> Cfr. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2013, n. 4/5, secondo cui la novella in tema di recesso per inidoneità psico-fisica del lavoratore attua sem-

crea – almeno sul piano descrittivo – una tavola di tipi legali che è funzionale al *décalage* delle sanzioni applicabili<sup>15</sup>.

È probabile che la proposta di riformulare le ragioni giustificative del potere datoriale sia stata espressamente esclusa durante l'*iter* legislativo<sup>16</sup>, eppure l'autonoma identità riconosciuta ai singoli meccanismi rimediali finisce per conformare in termini giuridici altrettante fattispecie di recesso illegittimo. Soprattutto, la corrispondenza biunivoca tra fattispecie e sanzioni viene stabilita in modo fisso e tassativo, eccetto che per quel “può applicare” in riferimento alla reintegra disposta dal giudice per l'insussistenza del motivo oggettivo che, nonostante i molteplici esercizi ermeneutici, presenta una sfumatura ancora piuttosto oscura (cfr. art. 18, co. 7, St. lav.) (v. *infra* n. 3).

La costruzione legislativa per tipi è destinata naturalmente ad incidere sulla prerogativa d'individuazione e di qualificazione giuridica, nonché sull'eventuale attività di ri-qualificazione dell'atto estintivo: quella che, un po' impropriamente, si descrive come una “conversione” della causale ed è ammessa d'ufficio, ad iniziativa del giudice, secondo l'indirizzo interpretativo sinora acquisito che considera la giusta causa e il giustificato motivo alla stregua di meri titoli di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro<sup>17</sup>.

Da questo punto di vista, non riesce a persuadere e a coinvolgere fino in fondo il serrato dibattito dottrinale – che ha ormai raggiunto apici di finezza semantica e concettuale – su come debba interpretarsi il presupposto sostanziale del recesso che il giudice è tenuto ad accertare: è un fatto materiale, un mero accadimento della realtà, un fatto giuridico? E il “fatto” posto alla base del licenziamento, come richiamato dalla l. 92/2012, rinvia ad una nozione diversa e/o distinta rispetto a quella di “ragione” secondo l'art. 3, l. 604/1966<sup>18</sup>.

plicemente la “legificazione di un orientamento giurisprudenziale costante”, mentre l'altra fattispecie risulterebbe affiancata “solo ai fini dell'identificazione del regime sanzionatorio applicabile”.

<sup>15</sup> Con maggiori argomentazioni cf. TULLINI, *op. cit.*, p. 153 ss.

<sup>16</sup> Come precisa TREU, *op. cit.*, p. 37 e nota 82.

<sup>17</sup> Cfr., tra le numerose pronunce, Cass., sez. lav., 13 dicembre 2010 n. 25144, in *Mass. Fi.* 2010, p. 1077; Cass., sez. lav., 17 gennaio 2008 n. 837, in *NGL*, 2008, p. 624; App. Milano, 4 novembre 2009, in *D&L*, 2010, p. 268, con nota di MAIORANA. Lo stesso principio di conservazione è stato applicato nell'ipotesi di ri-qualificazione del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo oggettivo, Cass., sez. lav., 14 giugno 2005 n. 12781.

<sup>18</sup> Si concentrano sull'interpretazione del “fatto posto alla base del licenziamento”, ad es., PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, p. I ss.; CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, *ivi*, 2012, p. 1115 ss.; ID., *Ripensando*

L'impressione è che il legislatore intenda alludere al criterio di giudizio sul presupposto sostanziale del potere estintivo ("fatto" o "ragione", che sia). Ciò che cambia non è l'oggetto dell'accertamento ("cosa" il giudice deve accertare), quanto piuttosto dovrebbe mutare l'agibilità della prerogativa di valutazione/qualificazione e, in questo senso, l'atteggiamento del giudice.

E infatti, secondo la riforma del 2012, sarà anzitutto il titolare del potere a scegliere il tipo legale del licenziamento da intimare, allegando la sussistenza in concreto d'una determinata figura giuridica. Non a caso, il nuovo dettato dell'art. 18 St. lav. allude costantemente al giustificato motivo e alla giusta causa per come sono "addotti dal datore di lavoro" (cfr. co. 4 e 5).

Nella prima fase del procedimento di controllo, il ricorrere o meno della causale di legge – posto che il legislatore non evoca mai espressamente la categoria dell'illegittimità del recesso – viene dichiarato in base all'esistenza o meno del fatto-presupposto (così come allegato dal datore di lavoro), senza che ciò comporti alcuna attività di qualificazione da parte del giudice. Una volta riconosciuta la base materiale dell'atto estintivo, l'indagine dovrà poi proseguire per riscontrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo e condurre all'applicazione della corrispondente sanzione economica.

L'opinione prevalente ritiene che, a questo punto, il giudice recuperi appieno la sua prerogativa di valutazione/qualificazione giuridica del fatto che è stato "addotto" dalla parte recedente al fine di accertare la giusta causa o il giustificato motivo e, di conseguenza, dichiarare la legittimità o meno del licenziamento (salvo l'eventuale vincolo posto dalla contrattazione collettiva per quello di natura disciplinare)<sup>19</sup>.

A ben guardare, però, anche in quest'ultima fase il ricorrere o meno della causale di legge non rileva tanto sul piano della qualificazione giuridica

il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori, *ivi*, 2013, spec. 493 ss.; PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, *ivi*, 2012, p. 785 ss.; PEZZUTO, *Brevi note sull'insussistenza del fatto, nel licenziamento disciplinare, in base al testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 ("Legge Fornero")*, *ivi*, 2013, p. 276 ss.; VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*, in *MGL*, 2012, p. 955; RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *C.S.D.L.E "Massimo D'Antona"*, *Il dibattito della riforma italiana sul mercato del lavoro*, 22 novembre 2012. Per un'esauritiva ricostruzione di tutte le ipotesi interpretative in campo, v. BARBIERI, *op. cit.*, p. 33 ss.

<sup>19</sup> Cfr., ad es., Trib. Genova 11 aprile 2013, inedita, secondo cui nelle "altre ipotesi" (diverse da quelle previste dalla contrattazione collettiva) "il Giudice si riappropria del suo pieno potere di valutazione del fatto, potendo andare a verificare se l'inadempimento costituisce o meno giusta causa o giustificato motivo soggettivo". Ove pervenga ad un giudizio d'inesistenza della causale, dovrà applicare la tutela indennitaria.

o della legittimità dell'atto estintivo, ma solo ai fini dell'individuazione della sanzione (ed eventualmente per la determinazione del periodo di preavviso). Il giudice si limita a confermare il licenziamento per com'è stato intimato dal datore e a dichiarare risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data dell'intimazione, liquidando l'indennità dovuta. Così, la definizione delle nuove soglie economiche per il ristoro da corrispondere al lavoratore tende ad allontanare e sganciare il rimedio dalla verifica sulla fondatezza e sulla giustificazione del recesso.

L'operazione viene spiegata di solito con il sillogismo secondo cui il licenziamento sarebbe da ritenersi illegittimo, anche se la protezione accordata al lavoratore risulta circoscritta al solo ristoro economico<sup>20</sup>. Ma, rovesciando il discorso, si potrebbe dire – in modo persino più coerente al nuovo dato testuale – che l'atto estintivo viene confermato dal giudice come legittimo sin dalla data dell'intimazione, benché produttivo di danni indennizzabili. In termini concettuali, l'esercizio del recesso sarebbe da inquadrare nella figura dell'atto lecito e dannoso.

L'intenzione del legislatore appare comunque abbastanza chiara: la “conferma” del licenziamento disposta ai sensi dell'art. 18, co. 5, St. lav. è destinata a sottrarre l'uso del potere datoriale al controllo del giudice e alla sua attività di qualificazione e/o ri-qualificazione giuridica. Tanto più che non avrebbe senso ipotizzare un'eventuale ri-qualificazione – che risponde al principio generale di conservazione dell'atto giuridico – se è vero che nell'ipotesi considerata è già stato stabilito a monte che il licenziamento dev'essere conservato, con tutti i suoi effetti tipici.

Questo paradigma di controllo – che limita l'intervento del giudice rispetto all'individuazione della fattispecie giuridica, ritenendolo evidentemente troppo discrezionale – potrebbe giocare anche a svantaggio del datore di lavoro, specie in relazione all'ipotesi del licenziamento di natura disciplinare. Nella misura in cui l'accertamento dell'insussistenza del fatto-presupposto, per come è stato “addotto” dalla parte recedente, consente di far scattare immediatamente la reintegrazione, escludendo la possibilità d'un intervento di ri-qualificazione in base ad una diversa (magari minore) fattispecie giuridica che reclama una correlata applicazione del principio di proporzionalità.

Così, per tentare un esempio semplice e didascalico: quando il contratto

<sup>20</sup> PERSIANI, *op. cit.*, p. 19.



collettivo preveda la massima sanzione espulsiva per la rissa all'interno dei luoghi di lavoro, mentre per il medesimo comportamento posto in essere all'esterno contempla la minore sanzione del licenziamento con preavviso<sup>21</sup>, la mancata (o insufficiente) prova delle circostanze fattuali relative all'ipotesi più grave non dovrebbe più ammettere, a rigore, la "conversione" della causale e la conservazione dell'atto estintivo, ma condurre direttamente all'applicazione della reintegra.

Allo stesso modo, la rigidità immessa nel procedimento giudiziale d'individuazione della causale potrebbe immediatamente determinare il ripristino del rapporto di lavoro quando non tutti i presupposti di fatto allegati dal datore, ma solo alcuni di questi, risultino pienamente provati e accertati in giudizio. Sinora, invece, la giurisprudenza ha ritenuto che l'insussistenza di taluni fatti contestati (o la mancata prova della loro sussistenza) non potesse precludere "di ritenere ugualmente giustificato il recesso, così sostituendosi al giudizio formulato dal datore". E ciò, in quanto i fatti posti alla base del recesso sono sempre "sottoposti al controllo del giudice indipendentemente da qualunque giudizio che il datore di lavoro possa avere eventualmente espresso" ai fini della sua volontà risolutiva<sup>22</sup>.

### 3. *La stabilità del rapporto di lavoro tra legislazione e giurisdizione*

La revisione del modello di controllo, che tende a vincolare il giudice del lavoro all'uso di automatismi procedurali, ha la sua giustificazione politico-normativa nell'esigenza di ridurre l'incertezza e, nondimeno, nella salvaguardia della capacità predittiva dell'impresa attraverso il calcolo anticipato dei costi connessi all'uso del potere di recesso<sup>23</sup>. Non si tratterebbe, dunque,

<sup>21</sup> Cfr., ad es., art. 10, Titolo VII, CCNL 20 gennaio 2008 per l'industria metalmeccanica privata.

<sup>22</sup> Così Cass., sez. lav., 26 luglio 2010 n. 17514, che ha negato la tesi secondo cui l'accertata insussistenza di alcuni fatti addebitati e considerati gravi nella contestazione disciplinare "precluderebbe al giudice la possibilità di ritenere ugualmente giustificato il recesso, così sostituendosi al giudizio di proporzionalità formulato dal datore di lavoro".

<sup>23</sup> Cfr. in modo emblematico VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 620, che richiama studi giuridico-sociologici sulla calcolabilità del diritto per permettere "a ciascun soggetto di un rapporto economico di valutare i vantaggi e gli svantaggi delle scelte da operare"; FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012,

d'un contenimento del ruolo del giudice nelle controversie in materia di licenziamenti illegittimi, ma (solo) del contenimento dell'incertezza giuridica.

A poco serve discutere, tuttavia, se la riforma del 2012 abbia davvero diminuito o viceversa accresciuto il tasso d'incertezza nell'applicazione delle regole del licenziamento: le opinioni e le percezioni, com'è noto, sono molto diverse e variamente argomentate<sup>24</sup>. A nessuno sfugge, in ogni caso, l'impatto potenziale sugli equilibri micro/macro della disciplina lavoristica e sulle sue prospettive di sviluppo. Nonostante si ritenga scontata la tesi del controllo di mera legittimità sull'esercizio dei poteri datoriali, è innegabile (e ormai di comune convinzione) che l'intervento giudiziale abbia sin qui inglobato – con maggiore o minore accentuazione – una valutazione di razionalità, di proporzionalità, di correttezza, sino ad arrivare in determinati momenti storici alla verifica sulla ragionevolezza e sul rispetto della parità di trattamento<sup>25</sup>. La decisione aziendale – anche quando è di natura tecnico-organizzativa e di pertinenza esclusiva del datore di lavoro – comporta pur sempre una selezione tra opzioni diverse, e il ruolo del giudice non si arresta alla verifica dell'astratta conformità legale di tale scelta ma ne considera gli effetti e le conseguenze concrete.

Questa dimensione del controllo giudiziale, per la verità, non è del tutto compressa o scomparsa nella riforma del 2012, quanto piuttosto risulta “spostata” dal piano della (verifica di) legittimità del potere a quello dei rimedi

p. 261, secondo cui “il legislatore non ha inteso flessibilizzare il regime del licenziamento per motivi economici”, ma solo modificare il sistema sanzionatorio, per “una più facile previsione dei costi correlati al recesso”.

<sup>24</sup> Propendono decisamente per la tesi dell'accresciuta incertezza per effetto della riforma, ad es., Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, p. 831 ss.; VIDIRI, *op. cit.*, p. 617 ss., secondo il quale la riforma “rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero di una ‘giurisprudenza anarchica’” (p. 620). Sui diversi risvolti del tema cfr. NADALET, *La certezza del diritto nella riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 59 ss.

<sup>25</sup> Come osserva FERRARO, *op. cit.*, p. 9 ss., “in alcune fasi storico-normative, e almeno con riferimento a alcuni istituti” lo stesso legislatore ha consentito al giudice di superare i limiti del controllo di legittimità e ammesso un'indagine di merito. Si spinge più oltre NUZZO, *op. cit.*, p. 5, secondo cui “dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali in tema di recesso emerge la sensazione di una grande rilevanza (...) delle valutazioni soggettive del giudice-interprete. D'altronde nella verifica dei percorsi ermeneutici (...) non si può negare una certa schizofrenia metodologica ed una conseguente instabilità interpretativa”.

applicabili. Valutazione e ponderazione degli interessi coinvolti giocano, da un lato, in relazione alle caratteristiche soggettive (ad es., l'anzianità del lavoratore) e, dall'altro, con riguardo alla consistenza dell'attività economica e al numero dei dipendenti occupati; nonché – per citare testualmente – in considerazione “del comportamento e delle condizioni delle parti” (cfr. art. 18, co. 5, St. lav.), da leggersi probabilmente come riferimento alle condizioni materiali delle parti medesime.

In questa prospettiva potrebbe acquistare un significato compiuto anche l'improvvida e ambivalente sortita legislativa che riconosce al giudice la facoltà di applicare o meno la sanzione di tipo reale nel caso d'infondatezza totale del recesso per giustificato motivo oggettivo (art. 18, co. 7, St. lav.). Il senso politico che in prevalenza si attribuisce a tale disposto riguarda la marginalizzazione della reintegra nell'ambito del sistema sanzionatorio<sup>26</sup>, mentre non è improbabile – se è consentito azzardare un'ulteriore decrittazione del testo – che il legislatore intendesse rivolgere al giudice un invito o un monito a spostare il suo giudizio in chiave di valore dalla fattispecie al rimedio da applicare.

Ciò significa, allora, che la ponderazione giudiziale degli interessi coinvolti, sebbene debba esplicitarsi entro parametri economici minimi e massimi, deve comunque realizzare una più stretta connessione tra il riconoscimento astratto del diritto individuale e la concretezza del bisogno, finendo per assumere una cifra o una finalità equitativa. Certo, resta un controllo equitativo esterno – di tipo compensativo – secondo indici estrinseci che lasciano intatta la libertà economica del datore di lavoro. In altre parole, si tratta d'un intervento giudiziale con una forte attitudine omeostatica, nulla a che vedere con l'ambizioso richiamo (contenuto nei principi-guida della l. 92/2012) all'idea di un'equità normativa che dovrebbe governare la redistribuzione delle tutele *in/out* nel mercato del lavoro.

La riforma del lavoro del 2012 introduce indubbiamente una disconti-

<sup>26</sup> Così VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 59, secondo cui la sanzione reale richiederebbe un duplice vaglio giudiziale riferito alla manifesta insussistenza del motivo oggettivo e alla specifica motivazione circa il “ritenuto transito dal regime sanzionatorio normale a quello eccezionale”; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, p. 625; MARESCA, *op. cit.*, p. 442 ss., che concorda sulla tassatività delle ipotesi in cui opera la reintegra. *Contra* SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo*, cit., p. 238, che “a dispetto dell'interpretazione letterale” ritiene vi sia l'obbligo del giudice di applicare la reintegra nell'ipotesi d'insussistenza del fatto alla base del recesso. Per l'incostituzionalità della previsione v. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, p. 90 ss.

nuità, un mutamento di paradigma che implica una diversa ripartizione di potere giuridico-sociale tra il legislatore, il giudice e l'impresa<sup>27</sup>. Va detto semplicemente e nel modo meno enfatico possibile: è iniziata una fase cruciale per i diritti del lavoro, come del resto suggerisce la valenza simbolica intrinseca alla riscrittura dell'art. 18 St. lav.<sup>28</sup>. Ma proprio perché nuova, non può attingere passivamente alla retorica del passato: come accade quando – questo è ancora un tema retorico classico – si insiste sull'eccessiva discrezionalità e sull'insicurezza generata dagli orientamenti giurisprudenziali; quando si paventa il rischio di protagonismo o di soggettivismo da parte del giudice, o più esplicitamente, si lamenta una neutralizzazione della ragione politico-legislativa a vantaggio di quella ermeneutico-valutativa.

C'è da ristabilire un codice di comunicazione tra legislazione e giurisprudizione, anziché rivendicare – secondo un'impostazione piuttosto diffusa – una più netta azione di regolamento dei reciproci confini. Sarebbe infatti un'opzione ben poco realistica e feconda, considerato che la giurisprudenza è da tempo partecipe del processo di produzione del diritto come fonte extra-legislativa, ma è ormai entrata – non solo di fatto – anche nel recinto proibito delle fonti ufficiali, quelle del diritto europeo prima ancora che del diritto nazionale<sup>29</sup>.

La portata del fenomeno ha già innescato un percorso, molto controverso (e dibattuto tra teoria e cronaca giudiziaria), di assestamento del quadro democratico dei poteri costituzionali<sup>30</sup>. Non occorre qui richiamare il filo

<sup>27</sup> Più radicale ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità buona*, in *LD*, 2013, p. 155 ss., che ravvisa nel “massacro dell'art. 18” il passaggio obbligato verso la “conquista dell'egemonia culturale” della libertà dell'agire economico.

<sup>28</sup> Cfr. BALLESTRERO, *Habemus legem!*, in *questa Rivista*, 2012, p. 235, che ribadisce il significato della tutela reale in termini di “una conquista di civiltà (giuridica e non)”.

<sup>29</sup> Cfr. in argomento GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Lectio magistralis*, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 20 dicembre 2007, [www.unisob.na.it](http://www.unisob.na.it); LI-PARI, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 479 ss. e, per una riclassificazione delle fonti “per effetto delle molte novità intervenute sul piano legislativo e costituzionale”, PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2° ed., Zanichelli, 2011, p. 139 ss. In una prospettiva teorico-generale cfr. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI-2011, p. 19 ss., che sottolinea il ribaltamento del rapporto tra fonti e attività interpretativa, in quanto “sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinare di volta in volta il grado di preattività”.

<sup>30</sup> Il tema è ampiamente discusso in dottrina: cfr., ad es., AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *RDC*, 2009, p. 3 ss.; ID., *Brevi note sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in

intessuto da una riflessione, tanto ampia quanto trasversale rispetto ai diversi settori dell'ordinamento, che privilegia – si può ben dire, *bon gré mal gré* – l'integrazione reciproca e consapevole di entrambi i formanti (legislazione e giurisdizione)<sup>31</sup>, purché nel contesto di valori fondamentali e di scelte condivise. Ne consegue un'assunzione di responsabilità intrinsecamente politiche anche da parte della giurisprudenza – sul punto sembrano superate le maggiori resistenze – tenuto conto che lo stesso legislatore ricorre con sempre maggior frequenza a meccanismi di delega (esplicita o meno) e l'intervento della magistratura finisce per supplire a ritardi o vuoti regolativi e situazioni di blocco normativo. Davanti ai giudici stanno la molteplicità dei conflitti di valore che attendono soluzione, le istanze rappresentative da selezionare e da filtrare, le domande sociali da sistematizzare entro le categorie esistenti con metodi interpretativi trasparenti ed una corretta argomentazione logico-giuridica.

Oltre tutto, non si può negare che, quando la funzione giudiziaria assicura la compatibilità dell'agire privato con l'ordinamento giuridico e il complesso dei suoi principi fondativi, contribuisce a mantenere le condizioni di base della democrazia.

### Abstract

L'autore ritiene che la principale innovazione della l. 92/2012 in materia di licenziamenti consista, non tanto nell'emarginazione della sanzione reintegratoria, ma piuttosto nella ristrutturazione del paradigma di controllo del giudice sui poteri imprenditoriali. Il ridimensionamento del sistema sanzionatorio di natura reale è già avvenuto in diversi ambiti del diritto del lavoro; in aggiunta, la riforma del 2012 sottrae al giudice del lavoro quote consistenti della sua prerogativa di qualificazione giuridica del licenziamento che è intrinseca al controllo di legalità del potere datoriale. Spetta al datore di lavoro, infatti, la scelta del tipo legale di recesso da intimare al lavoratore e, quando l'atto risolutivo risulti privo di giustificazione, viene confermato come le-

GHERA, PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009, p. 147 ss.

<sup>31</sup> Il dibattito è in corso da tempo nei diversi ambiti scientifici, specie con riguardo alla *global community of courts* e alla tutela dei diritti fondamentali: cfr., con diverse prospettive, CARTABIA, *La Corte costituzionale nella nuova età dei diritti*, in Il Mulino, 2013, 2, p. 364 ss.; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, spec. p. 54 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 22 ss.; LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in RTDPC, 2006, p. 1047 ss. Per il punto di vista giuslavorista cfr. CARUSO, *op. cit.*, spec. p. 255 ss.

gittimo *ab origine* benché produttivo di danni indennizzabili. La riforma del 2012 rispecchia una nuova, diversa distribuzione di potere giuridico-sociale tra il legislatore, il giudice e l'impresa ed apre una fase cruciale per i diritti del lavoro. Anziché proseguire nella linea politica della riduzione del ruolo giudiziale nei conflitti di lavoro, serve – secondo l'autore – la definizione d'un nuovo codice di comunicazione tra legislazione e giurisdizione che tenga conto dell'integrazione dei due formanti nella produzione delle regole del lavoro.

The Author assumes that the main innovation of law 92/2012 in the field of dismissals consists not only in the marginalitation of reinstatement sanction, but mostly in the restructuring of the court control paradigm about employer's powers. The downsizing of the real sanction system has already happened in several areas of labour law; in addition, the 2012 reform remove to employment tribunal large part of its prerogative about dismissals investigation and classification which are into the legal control of employer's power. In fact, it's up to the employer the choice of the statutory dismissal's type and, when the act is without justification, it is declared legitimate *ab origine* though productive of damage compensations. The reform of 2012 reflects a new, different distribution of legal and social power between the legislator, the court and the company and opens a crucial phase for labour rights. Rather than the policy of reducing the judicial role in labour disputes, it requires – according to the author – to define a new communication code between legislation and jurisdiction which takes into account the integration of the two formants in the labour rules.

**Lara Lazzeroni**

## **Attori, potere rappresentativo e consenso nelle recenti vicende sindacali**

**Sommario:** **1.** Il campo d'indagine. **2.** Agente negoziale, consenso ed efficacia dei contratti collettivi. **2.1.** Condizioni e pre-condizioni. **2.2.** Attore sindacale, dissenso e le nuove presunzioni del sistema sindacale. **3.** Sul potere rappresentativo dell'agente negoziale. **4.** Sul criterio maggioritario e la verifica del consenso all'azione sindacale. **5.** Il consenso verso il sindacato ed il consenso verso l'azione sindacale.

### *1. Il campo d'indagine*

Per quanto si possa discorrere delle nuove relazioni sindacali nel decennio in corso, si ha sempre la sensazione che non sia mai abbastanza. I temi, in particolare, dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, del potere rappresentativo degli agenti negoziali e del consenso, meritano ancora oggi un'attenzione particolare ed un dibattito accalorato.

La riforma “*Fornero*” del mercato del lavoro (l. 28 giugno 2012, n. 92) ha in buona parte messo in ombra, come era prevedibile, il dibattito attorno a tali questioni “sindacali” e forse il recente d.l. n. 76 del 28 giugno 2013 (c.d. “*Giovannini*”), per l'ampiezza dei contenuti, è destinato a fare la stessa cosa nei riguardi dell'Intesa interconfederale del 31 maggio 2013.

Rimane però il fatto che l'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148), mantiene ancora oggi ben più grandi potenzialità di intervento, in ambito decentrato, di qualsiasi riforma del mercato del lavoro<sup>1</sup>. Pur ingabbiato in un provvedimento di diversa organicità di di-

<sup>1</sup> MAGNANI, *La contrattazione collettiva di prossimità. Un confronto a più voci sull'articolo 8 della manovra 2011*, in *DRI*, 2012, pp. 1-2 ritiene eccessive le discussioni sull'art. 8 le cui finalità sono in parte già transitate nella l. 92/2012.

scipline, l'art. 8 ha infatti manifestato da subito potenzialità dirompenti, come non si è mancato di rilevare<sup>2</sup>.

Il sipario, quindi, non è destinato a calare sui temi delle relazioni sindacali. Come in una partita di tennis, il nostro ordinamento, sia intersindacale che statale, dà prova di sferzare colpi quando nella direzione del mercato del lavoro, quando in quella del sistema di regole sindacali.

Ed ecco che vanno in scena i due “secondi atti” di quegli ordinamenti. Va in scena il secondo atto dell'Accordo del 28 giugno 2011, ovvero il Protocollo d'Intesa fra Confindustria, Cgil, Cisl e Uil del 31 maggio 2013 che proprio di quell'Accordo vuole essere l'attuazione<sup>3</sup>. Va in scena il secondo atto dell'art. 8, ovvero la sua correzione mediante d.l. n. 76 del 2013, pur se per una breve parentesi temporale, dato che la revisione ipotizzata da quest'ultimo decreto legge è stata soppressa, in sede di conversione, con legge n. 99, del 9.8.2013.

Certamente l'Intesa del maggio è destinata a mettere ancor più in discussione la forza (almeno in punto di fatto) dell'intromissione dell'ordinamento statale in quello intersindacale compiuta con l'art. 8 cit., nei tempi in cui continuavamo a chiederci se questa legge da solleone avrebbe retto l'evolversi degli eventi sindacali o se non avesse finito per rappresentare un “feticcio” fra le (note o meno note) disposizioni ineffettive del nostro ordinamento<sup>4</sup>. Ma il sopraggiungere degli ultimi eventi normativi (dal d.l. 76/2013 alla legge 99/2013) ha dimostrato come non sia calato l'interesse dell'ordinamento statale attorno ai temi classicamente riservati all'autonomia sindacale.

Così stando le cose, tanto vale quindi cercare di capire, una volta reintrodotti dei percorsi di lettura dell'art. 8, come queste regole giuridiche possano essere soppiantate almeno di fatto dall'Accordo del 31 maggio e come si era pensato anche di rivederle con il d.l. *Giovannini* nella parte poi soppressa.

<sup>2</sup> Cfr. ad esempio i contributi apparsi in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa, 2012, in particolare quelli di CARINCI F., p. 3; RICCI M., p. 77; PROIA, p. 115; PERULLI, SPEZIALE, p. 165; LAMBERTUCCI, p. 361; BROLLO, p. 371; MATTAROLLO, p. 397; CESTER, p. 405; VOZA, p. 419; MENGHINI, p. 433; ZILIO GRANDI, p. 449; RUSSO, p. 461.

<sup>3</sup> Con il *trait d'union* della postilla del 21 settembre 2011 e dell'A.I. del 16-21 novembre 2012. In rapporto a quest'ultimo Accordo e sulle Intese citate nel testo, cfr. MARESCA, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e “regole sulla rappresentanza” sindacale: verso l'attuazione negoziale dell'art. 39, co. 4, della Costituzione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 179 ss.

<sup>4</sup> Vedasi ROMEI, *Qualche spunto di riflessione sull'art. 8 della manovra di agosto*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 16.9.2011.



Anche in seno alla nuova Intesa sindacale è dato riscontrare un interesse attorno ai ben noti “temi caldi” del diritto sindacale: rappresentatività, consenso, efficacia delle intese raggiunte. Su questi, dunque, si vorrà soffermare l’attenzione, tentando di vedere, non solo tale accordo di per sé, ma il modo con il quale questa intesa produce conseguenze sul sistema di regole in atto. Più in particolare, si vorrà vedere, rispetto agli accordi aziendali (territoriali), ed al sistema previsto dall’art. 8 in punto di legittimazione negoziale, come agisce la formula licenziata il 31 maggio scorso e se, ed in quali termini, ha poteri di disinnesco.

Vero è che l’Accordo del maggio 2013 possiede, pur agendo sul piano della contrattazione collettiva nazionale, la stessa ambizione dell’art. 8, cioè a dire la massima estensione ed esigibilità delle clausole contrattate. Ma proprio a questo riguardo, proprio perché è naturale ambire ad estendere quanto più possibile l’efficacia delle pattuizioni raggiunte, si vorrà vedere fino a che punto (e come) l’Accordo del 2013 possa essere l’antidoto della legge del 2011.

Va subito detto come l’Accordo del 31 maggio rappresenti invero l’ennesima tessera di un *puzzle* che è diventato ormai troppo intricato ed al quale mancano ancora molti pezzi prima di capire che cosa quel *puzzle* raffigurerà. Il sistema procede per salti, nel tentativo di cercare soluzioni per problematiche spesso contingenti: quando attraverso la riforma del mercato del lavoro, piuttosto che la rivisitazione delle garanzie e dei diritti dei lavoratori, piuttosto ancora, appunto, che la riforma delle regole di rappresentatività, di contrattazione collettiva e della sua efficacia.

Ed in questo panorama, una cosa è discutere dell’ammissibilità tecnica dell’art. 8 in rapporto alla contrattazione decentrata ed alla rappresentanza sindacale; della praticabilità di un sistema di influenza dall’alto delle Federazioni sindacali verso la periferia degli operatori sindacali in azienda (come prevede l’Accordo del 31 maggio). Altra cosa, rispetto a questo, è valutare l’opportunità politico-sindacale di quelle scelte che si vanno compiendo<sup>5</sup> le quali, checché se ne dica – passeggiere o durature che si vogliano considerare; efficaci o disattese che finiscano per essere – impongono una seria riflessione di sistema e soprattutto di tecnica sindacale.

Dal canto suo, come ben noto, l’art. 8 della Manovra di Ferragosto non

<sup>5</sup> SCIARRA, *Uno sguardo oltre la Fiat. Aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in *RIDL*, 2011, III, p. 169.

è stato altro che un tentativo dalla duplice connotazione. Da un lato, quella di sfruttare l'onda del caso Fiat, e le questioni controverse ivi affrontate, per approntare una regolazione con aspirazione di stabilità (anche se non così palesata, per il timore di essere più facilmente additato di violazione dell'art. 39 Cost.), e ciò pur dentro un contenitore – decretazione d'urgenza – avente natura emergenziale (come parimenti è stato il tentativo di una sua correzione *ex d.l. 76/2013*). Dall'altro, l'art. 8 prefigura il tentativo di far apparire la formula adottata come male necessario ad arginare un processo ormai dilagante e non più contenibile all'interno delle direttive che il sistema si era volontariamente dato nel tempo. Sistema che si era mostrato privo di un adeguato apparato di regole in grado di governare le nuove frontiere del conflitto sindacale e sociale e, soprattutto, incapace di gestirlo in maniera appropriata; privo di regole adeguate ad una risposta efficace ed efficiente rispetto alle mutate esigenze di un contesto produttivo ormai altamente globalizzato ed in cui si intravede palesemente uno squilibrio di potere in favore delle imprese<sup>6</sup>. In altri termini ancora, il sistema si era palesato privo di strumenti che interessassero i principali attori in scena<sup>7</sup> e che fossero in grado di aggregarne il consenso in ragione degli obiettivi stabiliti.

Non così diversa è la motivazione di fondo dell'Accordo del 31 maggio. La formula “emergenziale” è pur sempre presente, anche se riguarda il sindacato e l'urgenza che ha di riprendere quanto prima le redini delle relazioni sindacali, affrontando un tema rinviato da sempre – quello della definizione del grado di rappresentatività<sup>8</sup> – e adesso non più rinviabile, se non correndo il rischio di vederselo sottratto, pur esso, dall'ordinamento statale. Anche questo, dunque, è lo scopo dell'Accordo del 2013, oltre a quello strettamente regolativo: rimarcare i confini; riprendere la direzione dell'azione sindacale e delle regole di quell'ordinamento; fare prima che qualcun altro faccia.

Difficile quindi non riconoscere come il sistema sindacale tenti di controbilanciare gli effetti, diretti ed indiretti, che l'articolo 8 ha prodotto e può

<sup>6</sup> DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, 2010, p. 1080.

<sup>7</sup> Sulle relazioni fra attori, TREU, *Le nuove regole tra legge e contratto*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato. Democrazia e rappresentatività. Lavoro pubblico e lavoro privato*, FrancoAngeli, 1989, p. 51.

<sup>8</sup> CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale*, in D'ANTONA (a cura di), *Letture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990, p. 1 e da p. 29 anche per la ricostruzione del dibattito sul punto; CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli, 1992.

produrre. E con tale prospettiva di analisi, si vorranno ripercorrere, in particolare, i temi della rappresentatività sindacale e del consenso.

## 2. *Agente negoziale, consenso ed efficacia soggettiva dei contratti collettivi*

### 2.1. *Condizioni e pre-condizioni*

Il tema dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali (territoriali) acquisisce con l'art. 8 una rilevanza specifica. La forza *ultra partes* dei contratti decentrati ivi prevista è la conseguenza diretta della combinazione di due regole: della stipulazione del contratto da parte di un certo *agente negoziale* – associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale o loro rappresentanze in azienda (Rsa o Rsu) – e della sottoscrizione dell'accordo collettivo sulla base di un *criterio democratico*, relativo a tali rappresentanze.

In tale quadro, il d.l. n. 76/2013 aveva introdotto un'ulteriore previsione – poi soppressa in sede di conversione – che voleva essere di aggravio della procedura, disponendo per il potere derogatorio dei contratti aziendali *ex art. 8* con relativa efficacia generalizzata *a condizione di un loro deposito presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio*.

Tanto il d.l. n. 76/2013, quanto la legge di conversione n. 99/2013, valgono a confermare, a distanza di due anni dall'introduzione dell'art. 8, la precisa volontà di Governo e Parlamento di convalidare l'impianto del 2011. Difatti, in rapporto al testo originario del decreto legge, tale volontà si esprimeva con l'introduzione di una previsione correttiva, per quanto si trattasse di norma di aggravio procedurale. Ma è soprattutto con la legge 99/2013 che ancor più si conferma la bontà dell'impianto dell'art. 8. Passando in rassegna i lavori del Senato, si nota come, accanto alle proposte di emendamenti diretti a modificare il contenuto dell'articolo 8 (anche in senso radicale, come quella proposta per rendere la norma in linea con gli accordi sindacali del giugno 2011 e del maggio 2013), poi ritirate, sia stato proposto un emendamento, invece non ritirato, che prevedeva l'abrogazione dell'art. 8 del d.l. 138/2011 e che il Senato ha deciso di respingere.

Ed invero, proprio la soppressione in Senato del comma 4, art. 9, d.l. 76/2013, che appunto introduceva l'obbligo di deposito in DTL dei contratti collettivi decentrati in deroga, conferma ancor più la volontà di favorire la

proliferazione dei contratti di prossimità. L'inciso originario previsto in decreto legge n. 76/2013, relativo al deposito in DTL<sup>9</sup>, avrebbe infatti garantito in primo luogo la pubblicità, quindi la conoscenza, delle intese periferiche raggiunte, rendendo gli accordi *ex art. 8* accessibili a tutti gli interessati (in primo luogo lavoratori, ma anche sindacati). In tal modo, l'effetto indiretto di tale operazione sarebbe probabilmente consistito nello scoraggiare gli accordi aziendali *ex art. 8*, se è vero quanto riscontrato, ovvero la tendenza dei sindacati periferici di non "ufficializzare" (quindi di celare ai vertici sindacali) i contratti in deroga stipulati nelle varie imprese o territori<sup>10</sup>. Il deposito presso la DTL avrebbe certamente reso più facile anche per le Confederazioni la "mappatura" delle aree maggiormente interessate dalla contrattazione in deroga e tale capacità di osservazione e controllo da parte dei vertici sindacali rispetto all'azione di quelli periferici, avrebbe sicuramente ridotto l'utilizzo di contratti in deroga *ex art. 8*.

L'Intesa del maggio 2013 manifesta refrattarietà al modello di rappresentatività adottato con l'art. 8: basti guardare al criterio relativo all'agente negoziale. Sia l'Accordo del 2011 che quello del 2013 definiscono il criterio della rappresentatività dei sindacati in riferimento alla contrattazione nazionale mentre per quella aziendale il primo di tali accordi (il secondo non ne tratta) fa riferimento a contratti stipulati dalle rappresentanze in azienda. Dal momento che l'art. 8 ipotizza anche contratti collettivi decentrati stipulati dai sindacati ("associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale") e dal momento che richiama l'Accordo del 28 giugno 2011, si può ammettere di considerare legittimati alla stipula (*ex art. 8*) quei sindacati che abbiano la rappresentatività definita dall'Accordo del maggio 2013 (5% per la partecipazione e 50%+1 per la sottoscrizione del CCNL) che dell'Accordo del 28 giugno 2011 è appunto l'attuazione.

Ma la distanza del modello negoziale del 2011 e 2013 rispetto a quello legale dell'art. 8, si coglie nel fatto che i due Accordi non richiamano contratti aziendali sottoscritti dai sindacati (ed i criteri di rappresentatività previsti in tali Accordi sono pensati come utili ai fini della sola contrattazione di ca-

<sup>9</sup> Così come era previsto anche nella legge "Vigorelli" (ma così anche la versione del d.d.l. dell'allora Ministro) che disponeva per il deposito presso il Ministero del Lavoro degli accordi collettivi da convertire in legge.

<sup>10</sup> IMBERTI, *A proposito dell'articolo 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, p. 255.

tegoria). Quanto detto, denota perlomeno il fatto che con gli Accordi non si intendeva certamente esplicitare la nozione “*associazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative*” di cui all’art. 8. Le parti sociali del 31 maggio paiono ignorare volutamente l’intervento del legislatore, rifiutando di legittimare un sindacato periferico (e tanto meno nazionale) alla stipula di contratti di prossimità ex art. 8. Ciò non toglie, ovviamente, che in futuro si intenda far valere la rappresentatività indicata dall’Accordo del 2013 anche per i contratti aziendali stipulati dai sindacati ex art. 8.

Certamente tale forza “ritrovata”, fra gli attori sindacali, emerge anche attraverso le clausole di influenza sindacale, che responsabilizzano gli operatori sindacali della periferia: “*le parti (...) si impegnano (...) affinché le rispettive strutture ad esse aderenti e le rispettive articolazioni a livello territoriale e aziendale si attengano a quanto concordato nel presente accordo*”. La qual cosa dovrebbe rendere ancor più teorica l’ipotesi di una “*associazione sindacale di livello nazionale*” che sottoscrive un contratto aziendale ex art. 8.

Costituisce invece la preconditione, affinché il contratto collettivo decentrato sia ammesso alla deroga peggiorativa ed all’efficacia generalizzata di cui all’art. 8, che il contratto stesso persegua una delle finalità indicate dal legislatore: maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori; emersione del lavoro irregolare; incrementi di competitività e di salario; gestione di crisi aziendali ed occupazionali; investimenti ed avvio di nuove attività<sup>11</sup>.

Tuttavia, proprio su questo aspetto l’Intesa del 2013 non avrebbe dovuto ignorare l’art. 8, anche per poterne meglio contenere le derive. Dato che la preconditione per gli accordi aziendali in deroga consiste nel rispetto di una di quelle finalità e che tali finalità hanno a che fare con interessi più ampi di quelli strettamente aziendali – diremmo senza dubbio “*generalisti*” – il soggetto più adatto a ricomporli è certamente il sindacato più alto in grado (territoriale, se non nazionale in alcune circostanze: caso Fiat *docet*).

Tanto vale, allora, ricomporre il quadro, anche a fronte dell’Intesa del 2013, riguardo alle caratteristiche dell’agente negoziale anche ai fini dell’efficacia soggettiva dei contratti collettivi, ben consapevoli comunque che quel dibattito ha riguardato essenzialmente, fino ad oggi, il contratto collettivo aziendale.

<sup>11</sup> In tema spec. PERULLI, SPEZIALE, *L’art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione d’agosto” del Diritto del lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 205-206.

## 2.2. Attore sindacale, dissenso e le nuove presunzioni del sistema sindacale

Negli anni si è formato un interesse particolare attorno al profilo della qualificazione dell'agente negoziale e della sua forza rappresentativa essenzialmente allo scopo di ammettere l'efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi aziendali<sup>12</sup> (nel caso della RSA, investita fra l'altro delle prerogative di cui allo Statuto dei lavoratori e come tale "istituzionalmente" rappresentativa delle maestranze nel loro complesso)<sup>13</sup>.

Quanto invece all'utilizzo di un criterio maggioritario relativo alle rappresentanze sindacali in azienda<sup>14</sup>, se ne rinviene traccia in quei passaggi giurisprudenziali che enfatizzano il potere di dissentire sia dei lavoratori non iscritti che, in qualche misura, anche di quelli iscritti al sindacato stipulante, per inferire una sorta di efficacia *generale* nel caso di mancanza di dissenso<sup>15</sup>. È ben noto come, nel caso in cui il dissenso fosse mancato, l'efficacia generalizzata che tali intese raggiungevano si basasse in verità su di una finzione del sistema, essendo l'efficacia generalizzata ammessa e riconosciuta fintanto che non vi fosse stata qualche palese manifestazione di contrarietà. Ed al contempo si sosteneva come proprio tale partecipazione alle attività preparatorie degli integrativi (assemblea o referendum), in cui era ammesso il dissenso e vi era spazio per esprimerlo, avrebbe reso di fatto efficace *erga omnes* il prodotto licenziato<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Cfr. BELLOCCHI, *Diritto sindacale giurisprudenziale*, in D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Jovene, 1990, p. 561.

<sup>13</sup> Per mero esempio, in giurisprudenza, P. Milano 12 giugno 1985, in *RIDL*, 1985, II, p. 614; Cass. 8 febbraio 1986 n. 829, in *FI Rep.* 1986, n. 75; Cass. 2 marzo 1988 n. 2228, in *FI Rep.* 1988, n. 55; Cass. 2 maggio 1990 n. 3607, in *MGL*, 1990, p. 384, fino a P. Napoli 31 ottobre 1977, in *RIDL*, 1978, II, p. 619.

<sup>14</sup> Su tale criterio ed art. 39 Cost., ROMAGNOLI, *Riprogettare la rappresentatività*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato. Democrazia e rappresentatività. Lavoro pubblico e lavoro privato*, FrancoAngeli, 1989, p. 35.

<sup>15</sup> Gli esempi sono molto numerosi. A riprova, si indicano pronunce relative a periodo temporale circoscritto: Cass. 7 giugno 1985 n. 3419, in *FI Rep.* 1985, n. 1813; Cass. 13 aprile 1985 n. 2445, in *FI Rep.* 1985, n. 1889; Cass. 17 ottobre 1985 n. 5122, in *FI Rep.* 1986, n. 26; Cass. 8 febbraio 1986 n. 829, in *FI Rep.* 1986, n. 86; Cass. 3 novembre 1987 n. 8083, in *FI Rep.* 1988, n. 71; Cass. 11 marzo 1987 n. 2525, in *FI Rep.* 1987, n. 36; Cass. 11 novembre 1987 n. 8325, in *FI Rep.* 1987, n. 37; Cass. 27 gennaio 1988 n. 719, in *FI Rep.* 1989, n. 40.

<sup>16</sup> P. Prato 5 maggio 1988, *FI Rep.* 1988, n. 42; P. Pinerolo 6 dicembre 1993, in *DPL* 1994, p. 557. CARUSO, *Accordi aziendali e lavoratori dissenzienti: il sindacato tra crisi aziendale e crisi della rappresentanza*, in *RGL*, II, 1980, pp. 179 e 187.

L'art. 8, a condizioni preliminari rispettate, non lascia spazio al dissenso individuale, dal momento che l'intero circuito normativo si regge su di una sommatoria di presunzioni, completamente estranee a buona parte delle linee giurisprudenziali fin qui conosciute. Si regge sulla presunzione che RSA ed RSU – anche ove si ipotizzi di applicare, *ex art.* 8, il criterio maggioritario che si ricava dall'A.I. del giugno 2011 – siano realmente espressione dei lavoratori nel loro complesso. Si regge sul convincimento che tale criterio maggioritario sia sufficientemente garantista per introdurre deroghe ai diritti dei lavoratori previsti dalla legge. Si regge ancora sulla presunzione che quelle rappresentanze sindacali siano pienamente capaci di interpretare e sintetizzare la volontà della manodopera. E ben altro ancora.

Stesso argomentare vale nel caso di contratti collettivi aziendali e territoriali sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative, di cui comunque dà conto l'art. 8. Il punto di arrivo è il medesimo, per quanto si tratti di svolgere altre supposizioni, come ad esempio di presumere l'esistenza di un sufficiente potere rappresentativo in capo ad ogni singola associazione sindacale storicamente considerata più rappresentativa sul piano comparativo ed ammessa astrattamente a contrattare da sola.

Ma nulla (o poco), nell'art. 8, si dice della possibilità di reintrodurre il diritto al dissenso, neppure laddove quelle presunzioni vengano smentite a posteriori. Due esempi per tutti al riguardo. Non c'è spazio per il dissenso laddove, in presenza di una RSU e della decisione interna di procedere ad un referendum (pur non richiesto per legge), si ottenga un esito negativo. Non c'è spazio per il dissenso nel caso in cui si addivenga ad un accordo aziendale attraverso associazioni sindacali comparativamente più rappresentative che non raggiungano il tetto del 50%+1 di rappresentatività nel settore di riferimento, dal momento che tale limite non è necessariamente estensibile all'art. 8. Ben sappiamo infatti che l'Intesa del maggio 2013 ammette (ai fini dell'efficacia) solo il superamento di tale tetto, ma l'Intesa stessa, come già detto, limita tale previsione ai contratti collettivi nazionali.

In uno con tali argomentazioni, svolte attorno all'efficacia del contratto aziendale sulla base dell'agente negoziale stipulante, va tuttavia rilevato come, per la prima volta, un'Intesa (quella del maggio 2013) operi nella direzione di estendere l'efficacia soggettiva anche dei contratti di livello nazionale intervenendo proprio sulle qualità degli agenti negoziali ed utilizzando un criterio maggioritario da riferire a quegli agenti. L'accordo del giugno 2011 si era fermato a metà percorso, intervenendo sul modello di certificazione della

rappresentatività in maniera ancora abbozzata, e senza stabilire, come fa l'Intesa del 2013, l'assoggettamento delle sigle sindacali firmatarie, non sottoscrittrici il CCNL, ai contenuti del contratto di categoria sottoscritto dalla maggioranza.

In questa ipotesi, c'è da valutare in che maniera si atteggerà l'eventuale dissenso di chi sia iscritto all'associazione sottoscrittrice dell'Intesa ma non firmataria del contratto e quello di chi invece non appartenga ad alcun sindacato. La risposta è in parte scontata e non potrà che seguire l'andamento della giurisprudenza sopra riferito (anche se espresso in riferimento al contratto collettivo aziendale). Orientamento che appunto legittima(va) il dissenso espresso in maniera palese – specialmente in assemblea o referendum – e, per l'iscritto ad un sindacato stipulante, prospettato magari con la revoca dell'adesione sindacale. Ma quella del dissenso verso il CCNL sarà, sicuramente anch'essa, un'ipotesi di scuola, a differenza di quanto riscontrato in rapporto alla contrattazione aziendale e territoriale, dal momento che svolge funzione acquisitiva.

La previsione inserita nell'Intesa, secondo cui il 50%+1 della rappresentatività rende efficaci ed esigibili i contratti nazionali, è pertanto solo frutto dell'esigenza di ricomporre il quadro di frattura sindacale post-Fiat, evidenziando i vantaggi dell'unità d'azione<sup>17</sup> e della partecipazione alla formazione degli accordi, dal momento che comunque se ne subirebbero gli effetti. Di contro non pare che quell'Intesa abbia l'ambizione reale di risolvere il problema dell'efficacia soggettiva dei contratti nazionali, nella piena consapevolezza della forza limitata di tale Accordo e dei limiti costituzionali ancora presenti.

I due temi in questione, quindi – quello dell'agente negoziale e del criterio maggioritario a quell'agente riferito, che poi si portano dietro l'ulteriore tema del consenso all'azione sindacale<sup>18</sup> – sono dunque fortemente interconnessi ed ancora oggi richiamati in scena dall'Intesa del 2013. Anche per questo è quindi opportuno sviluppare singole e specifiche considerazioni su ciascuno di essi.

<sup>17</sup> RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 143: “il contratto stipulato per una determinata categoria dal sindacato unitario si considera il contratto collettivo di categoria”. Ad ogni modo, p. 144, “più d'una perplessità sorge quando si vuole trarre l'effetto giuridico della piena e generale vincolatività del contratto collettivo dalla forza politica in esso trasfusa da una solida rappresentanza sindacale”.

<sup>18</sup> In tema, ampiamente, CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit.; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, cap. III.



### 3. *Sul potere rappresentativo dell'agente negoziale*

Il nodo del potere rappresentativo, come delineato oggi, si gioca in parte attraverso l'utilizzo della medesima formula dell'art. 39 Cost. Se volessimo rappresentare sinteticamente tale formula, potremmo dire che sia l'art. 8 cit. che l'Intesa del maggio 2013 e, già prima, l'Accordo del 2011, come già faceva l'art. 39 Cost., agganciano la legittimazione alla stipula dei contratti collettivi, aventi determinate prerogative, ad un certo potere, *status* o qualificazione dell'agente negoziale.

Tale dato, tuttavia, ha contenuti profondamente diversi a seconda del fatto che riguardi l'art. 39 Cost. o le altre disposizioni citate: ma ben si è consapevoli che la distanza temporale è a tal punto grande da far sembrare una forzatura lo stesso raffronto qui proposto. Guardando poi alla più recente produzione normativa, ulteriori differenze interne si rinvencono anche fra l'art. 8 e l'Intesa del 2013.

Da un lato, infatti, l'art. 8 riconosce solo al sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano nazionale o territoriale, ovvero alle rappresentanze sindacali di quello, il potere di fare contrattazione collettiva vincolante. Dall'altro lato, l'Intesa del 2013 specifica il criterio della rappresentatività minima "individuale" (il 5%) per partecipare alle trattative e quello della rappresentatività cumulativa (il 50%+1, con previa consultazione dei lavoratori) per sottoscrivere contratti collettivi nazionali efficaci ed esigibili per tutti i firmatari dell'Intesa<sup>19</sup>.

Su altro versante, invece, l'art. 8 aggancia alla nozione di una rappresentatività associativa la legittimazione alla stipula di contratti collettivi decentrati, scoraggiando di conseguenza il datore di lavoro (o il sindacato datoriale periferico) dallo stipulare accordi con organismi non aventi tali caratteristiche, ed i cui effetti vincolanti sarebbero, pertanto, di portata limitata agli iscritti. Parimenti fa l'Intesa 2013 ammettendo ad una efficacia vincolante maggiormente estesa solo quegli accordi sottoscritti secondo quel doppio grado di rappresentatività<sup>20</sup>. Ed anche in questo caso la controparte datoriale

<sup>19</sup> In argomento, sul rapporto fra le previsioni dell'Accordo del giugno 2011 e dell'Intesa del maggio 2013, cfr. CARINCI F., Adelante Pedro, con juicio: *dall'Accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'Intesa 31 maggio 2013 (passando per la "riformulazione" dell'art. 19, lett. b) St.*), in *W.P. Massimo D'Antona 179-2013*, pp. 7 e 15.

<sup>20</sup> Ritiene invece ROMAGNOLI, *La resurrezione del contratto nazionale*, in *E&L: eguaglianza e libertà*, 2013, che la trattativa non possa aprirsi se non sulla base della piattaforma presentata da

(qui l'associazione di categoria) sarebbe scoraggiata dallo stipulare un CCNL con chi non presenti tali prerogative<sup>21</sup>, e ciò per le stesse ragioni che scoraggiano il singolo imprenditore, oltre che per il fatto di essere indotta dall'Intesa stessa a “*favorire*”, in ogni categoria, che la piattaforma sia presentata da coloro che possiedono quel 50%+1 di rappresentatività.

Il Costituente, legittima la contrattazione con efficacia *ultra partes* in relazione alla legittimazione conferita al sindacato, ma non per il fatto di aver previsto una delimitazione degli agenti legittimati in base al grado di rappresentatività: “la seconda parte dell’art. 39 non garantisce efficacia legale ai contratti sottoscritti dai sindacati rappresentativi, *ma rende rappresentativi i sindacati registrati in quanto garantisce l’efficacia legale dei contratti che essi sono abilitati a sottoscrivere*. La rappresentanza proporzionale agli iscritti non ha infatti rilievo ai fini del conferimento del potere contrattuale, è solo una regola interna per esercitarlo in presenza di una rappresentanza plurale degli interessi di categoria”<sup>22</sup>.

La Carta costituzionale non ha inteso agganciare la legittimazione negoziale alla palesata o presunta capacità rappresentativa degli organismi collettivi, ma ha fatto esattamente l’opposto; cioè ha fatto quanto si è additato, almeno fino ad oggi, all’articolo 19 dello Statuto dei lavoratori post riforma del ‘95, che appunto “non serv[irebbe] a delineare un serio criterio di selezione dei soggetti che, in quanto realmente presenti e attivi (rappresentativi) in azienda, «sono» (Rsa) e «hanno» (diritti sindacali e legittimazione contrattuale), ma, all’inverso, solo a premiare quei soggetti sindacali che, avendo contrattato (*id est*: firmato il contratto) di conseguenza «sono» (Rsa) ed «hanno» (diritti sindacali)”<sup>23</sup>.

Da un lato, quindi, si assiste ad un cambiamento di prospettiva rispetto al “modello costituzionale”, tanto in sede di riforma della contrattazione de-

Federazioni che superano la soglia del 50%+1. *Contra*, TIRABOSCHI, *Le nuove regole sulla rappresentanza, una vittoria del pragmatismo*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 3 giugno 2013; ORLANDINI, *Fu vera storia? L’accordo del 31 maggio sulla rappresentatività*, in *Bollettino Diritti&Lavoro*, 2013, n. 4, p. 6.

<sup>21</sup> In argomento, cfr. già PROSPERETTI, *L’efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, FrancoAngeli, 1989, p. 187.

<sup>22</sup> D’ANTONA, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 672. Per una ricostruzione “olistica” della maggiore rappresentatività in rapporto all’art. 39 Cost., FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981.

<sup>23</sup> ESPOSITO, NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia FIOM vs. FIAT*, in *DLM*, 2012, p. 149. L’affermazione è destinata a mutare a fronte della sentenza rilasciata dalla Consulta nelle more del presente lavoro.

centrata *ex art. 8* (e prima *ex* Accordo del giugno 2011), quanto in quella di riforma della contrattazione di categoria ai sensi dell'Intesa del 2013 (e ben si spiega con la mancata attuazione di quella disposizione costituzionale). Dall'altro lato, l'art. 8 viene a definire come rappresentativi quei sindacati che emergono come tali da un confronto con altri e comunemente ritenuti tali<sup>24</sup> (dal momento che la previsione di un "criterio maggioritario" sarebbe da riferire (solo) alle rappresentanze sindacali), mentre l'Intesa del 2013 definisce un criterio di misurazione del grado di rappresentatività per cui non è scontato che verrà a costituire il criterio di riferimento anche per i contratti collettivi *ex art. 8*.

In uno con tale diversificazione, si delinea una questione non secondaria: il richiamo dell'art. 8 alla rappresentatività comparata incrina l'aspirazione all'unità di azione<sup>25</sup>, solo parzialmente recuperata dall'Intesa del 2013. L'art. 8 ammette difatti accordi separati, come conferma l'ulteriore previsione, nella norma, di accordi sottoscritti "da" tali associazioni sindacali e non invece "dalle" suddette associazioni<sup>26</sup>. Rilievo già prospettabile anche con il constatare la presenza di accordi separati appoggiati dal Governo, come è stato l'Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 (cheché si dica che il Governo rivestisse il ruolo di *parte* e non di *attore*)<sup>27</sup>.

Né pensiamo valga richiamare la *ratio* della riforma<sup>28</sup>, anche rispetto all'Accordo del giugno 2011, anelante all'unità d'azione (fra le maggiori sigle sindacali), né ipotizzare una coincidenza *sostanziale*, cioè di fatto, in questo specifico caso, fra la nozione di "*sindacati comparativamente più rappresentativi*" e quella di "*sindacati maggiormente rappresentativi*"<sup>29</sup>. Non serve perché non

<sup>24</sup> Senza definire la rappresentatività comparata ed il criterio maggioritario: ampiamente BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, cit., p. 184. Cfr. D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., pp. 674-675 sulla rappresentatività comparata.

<sup>25</sup> In tema, CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. Il diritto sindacale*, Utet, 2002, p. 89.

<sup>26</sup> V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 508; GALANTINO, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, Ipsoa 2012, p. 254. Già prima, in tema, PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal libro Bianco al decreto legislativo n. 276/2003*, Collana Formazione, Roma: ISF, 2004.

<sup>27</sup> MARIUCCI, *Un accordo necessario da attuare e non stravolgere*, in *QRS*, 2011, p. 19.

<sup>28</sup> DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *LD*, 2012, pp. 41-42; VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *RIDL*, 2012, pp. 111-112.

<sup>29</sup> TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche in-*

fuga il rischio di una proliferazione dell'attuale contenzioso e di esiti giudiziari diversificati, dal momento che la magistratura verifica il linguaggio utilizzato dal legislatore ancor prima di ricercare una interpretazione all'impalcatura complessiva. È quanto è stato fatto, ad esempio, dal Tribunale di Torino del 23.1.2012 nella parte in cui, disconoscendo la possibilità (*post* art. 8) di convivenza di due diversi contratti collettivi in seno al medesimo contesto produttivo, ha implicitamente riconosciuto la legittimazione di accordi che esplichino efficacia generalizzata, quand'anche non sottoscritti da tutte le sigle sindacali rappresentative<sup>30</sup>.

In questo scenario la più recente Intesa torna a ribadire l'importanza di azioni condivise per quanto, realisticamente, prospetti anche il rimedio nel caso in cui quella condivisione non ci sia. Ed il rimedio consiste in più forme di intervento/astensione: consiste nell'accettazione dell'efficacia estensiva delle clausole contrattate da quel 50%+1; consiste nell'impegno "*a non promuovere iniziative di contrasto agli accordi così definiti*"; consiste nell'impegno a far rispettare i contenuti del contratto collettivo nazionale anche alle diramazioni periferiche del sindacato. Dovere di influenza che persiste anche nel caso di mancata sottoscrizione dell'accordo a livello nazionale e che si concretizza anche nello stimolare la periferia a non contrattare accordi "di prosimità", *ex* art. 8, in deroga a tali contratti collettivi nazionali.

L'art. 8 è dunque elemento intrusivo nel panorama di relazioni industriali delineato dagli Accordi del 2011 e del 2013, anche dal punto di vista della definizione ed individuazione dell'agente negoziale. Mentre il sistema tenta di definire la rappresentatività degli attori sindacali in un quadro di azione comune, l'art. 8 richiama modelli partecipativi tendenzialmente dissaggianti (come abbiamo appena visto). Lo stesso modello di rappresentatività comparata in luogo della maggiore rappresentatività non è sorretto da ragioni di opportunità tecnica e politica. Ragioni di opportunità *tecnica* avrebbero dovuto indurre a ricercare il consenso unanime delle associazioni più rappresentative, proprio in questo contesto – l'accordo aziendale – usato per fare intese peggiorative con efficacia verso tutti. Parimenti, ragioni di opportunità *politica* dovevano suggerire un'altra attenzione verso la conservazione, o meglio l'imposizione, di una regola che garantisse un più solido

*tese*, in LG, 2012, p. 24; DI STASI, *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, Giappichelli, 2012, p. 21 ss.

<sup>30</sup> Sulle letture di tali accordi SCOGNAMIGLIO, *La dimensione sindacale/collettiva del diritto del lavoro*, in RIDL, 2011, p. 516.

coinvolgimento unitario delle maggiori confederazioni. Dal momento che le motivazioni condizionanti la contrattazione in deroga sono afferenti, tutte quante, ad interessi collettivi, quand'anche, addirittura, "generali" (maggiore occupazione; emersione del lavoro irregolare; gestione di crisi aziendali ed occupazionali; avvio di nuove attività; etc.), non potevasi ammettere dissenso fra i più riconosciuti agenti sindacali.

La verifica, quando dovesse essere, di un dissenso di talune organizzazioni in ordine a contratti collettivi in deroga implicanti interessi generali, non potrà non diminuire il peso dell'accordo raggiunto (anche al di là del fatto che il vincolo giuridico dell'accordo è destinato a permanere). Ciò, tanto da dubitare che di interessi generali si tratti, se non vengono riconosciuti come tali da uno (o più) degli organismi sindacali tra i più rappresentativi. Giungendo così alla considerazione che "interesse indivisibile" è (e sarà) concetto mutevole e niente affatto condiviso, e non solo in seno alle due aree dell'ordinamento – quella intersindacale e quella legislativa – ma anche fra gli stessi attori sindacali che si trovino ad operare in una realtà produttiva piuttosto che in un'altra.

#### 4. *Sul criterio maggioritario e la verifica del consenso all'azione sindacale*

Relativamente a tale secondo profilo, lo spazio per la manifestazione del dissenso, in qualunque modo essa si presenti (per via di assemblea o referendum o che altro) è diversamente gestito nell'Accordo del 2011, nell'art. 8 e nell'Accordo del maggio 2013. Certamente va detto che il piano di azione è diverso, afferendo alla contrattazione aziendale il secondo (e prevalentemente il primo) ed alla contrattazione di categoria il terzo. Ciò non esclude comunque di poter ragionare per schemi e relativamente al processo di modifica delle relazioni sindacali.

Con l'art. 8, nel caso di "*contratti collettivi aziendali vigenti, approvati e sottoscritti prima dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 tra le parti sociali (...) a condizione che sia stato approvato con votazione a maggioranza dei lavoratori*" (art. 8, comma 3), la ratifica referendaria assurge a parametro di conferimento di efficacia vincolante (ma è da mettere seriamente in dubbio la legittimità costituzionale della previsione *ex art. 24*). Lo stesso dicasi, ma solo in parte, riguardo ad accordi aziendali futuri, qualora ipotizzassimo come estensibili i criteri riportati nell'Accordo del 28 giugno 2011 e qualora ci si trovi in pre-

senza di una RSA (da momento che, in questo caso, l'efficacia è connessa all'esito favorevole di consultazioni tra lavoratori promosse da almeno il 30% di questi e partecipate da almeno il 50% degli aventi diritto al voto).

Si potrebbe così sostenere che la combinazione dei criteri giurisprudenziali sopra descritti (potere rappresentativo dell'agente negoziale ed assenso della maggioranza dei lavoratori), che avevano già trovato spazio in qualche precedente giudiziale, si sia risolta, con l'art. 8, in una previsione legittimante *ex lege*.

Ma il dato normativo dell'art. 8 non rende certa tale lettura, non assicurando alcunché riguardo alla volontà del legislatore di dare spazio al consenso collettivo dei lavoratori attraverso il reingresso di forme collegiali di partecipazione. La formula promossa con il Protocollo Ciampi, ovvero “*contratti collettivi che siano espressione della maggioranza dei lavoratori*”, è fuggacemente sostituita da un vago “*criterio maggioritario*” che dovrà interessare, questa volta, le rappresentanze sindacali stipulanti e non più il contratto collettivo stesso da parte dei lavoratori dell'azienda<sup>31</sup>.

Il che equivale a dire, in altri termini, che un criterio maggioritario *a monte*, nella selezione dell'agente negoziale – sia o non sia quello individuato dall'A.I. del giugno 2011 o altro ancora – può agevolmente sostituire un sistema maggioritario di verifica *a valle*, da parte dei lavoratori, rispetto all'*azione* (e non all'*essere*) di tali soggetti collettivi<sup>32</sup> (cfr. § 5).

L'errore di prospettiva non è invece imputabile all'Intesa del 2013 in cui la “*previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori a maggioranza semplice*”, in vista della sottoscrizione del contratto, è stata individuata come condizione legittimante l'esigibilità dei contratti nazionali. C'è chi potrebbe obiettare come sia diverso consultare i lavoratori in sede di stipula del CCNL, avendo questo funzione acquisitiva e non trattandosi di accordo migliorativo o in deroga alla legge. Ciò non toglie la bontà dell'impostazione di fondo che, pur di attribuire un peso dirimente alla manifestazione del consenso da parte dei lavoratori, sconta le difficoltà di organizzare e gestire una preventiva consultazione in seno all'intera categoria produttiva (cosa ben più impegnativa rispetto ad una consultazione limitata ad un piccolo territorio o addirittura ad una singola azienda).

<sup>31</sup> Ritene accolto l'invito del Protocollo '93, LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 2012, p. 60.

<sup>32</sup> In argomento, LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *LD*, 2012, p. 65.

Ed a poco importa, al momento, che le regole per la consultazione certificata debbano essere ancora predisposte dalle singole categorie – a patto ovviamente che quanto prima intervengano – perché ciò che più rileva è la prospettiva assunta dalle parti sociali: ovvero l’impegno profuso nel ricercare il consenso dei lavoratori rispetto all’azione sindacale. Se poniamo mente a quanto appena detto, si mostra ancor più come un’occasione mancata, quella dell’Intesa del 2013, dal momento che a nulla giova nella prospettiva dei contratti collettivi decentrati.

Nel caso dell’art. 8, quindi, vi è anche da capire fino a che punto la costruzione di quel criterio maggioritario in rapporto alle rappresentanze sindacali (*a monte*, come si è detto) finisca per essere di ostacolo alla misurazione del consenso reale e continuato nel tempo (*a valle*). La riforma infatti, si fonda sulla *praesumptio juris* che la capacità rappresentativa dell’organismo aziendale, ottenuta alle elezioni aziendali o secondo altro criterio maggioritario, operi nel tempo, per tutta la naturale durata del mandato elettorale.

Tale presunzione, in sostanza, che esclude anche la mera opportunità dell’espressione di un nuovo consenso collettivo, annulla irrimediabilmente due momenti di verifica molto importanti. In primo luogo esclude la possibilità di verifica del *reale* consenso da parte dei lavoratori interessati. In secondo luogo libera sostanzialmente l’organismo sindacale dalla opportunità “politica” di rintracciare, costantemente, intese condivise e realmente frutto di volontà collettiva, ovvero esito di esigenze imprescindibili di cui il sindacato si è fatto carico.

E proprio su questo aspetto, che si fonda sul diverso modello assunto dalle parti sociali nel maggio 2013 e dal legislatore con l’art. 8, che pare importante spendere qualche battuta conclusiva che serva a definire la portata e la rilevanza del consenso.

##### 5. *Il consenso verso il sindacato ed il consenso verso l’azione sindacale*

In un dibattito sui disegni di legge propugnanti l’efficacia soggettiva dei contratti collettivi o attuativi dell’art. 39 Cost., è stato sostenuto convincentemente che uno spazio per il dissenso deve pur essere previsto dal legislatore allorché si tratti di comporre una regolazione legislativa che riconosca efficacia vincolante agli accordi collettivi (aziendali). Convincente è infatti la *ratio* di fondo che dà corpo alla considerazione: “(...) occorre prevedere

un meccanismo che consenta vuoi ai sindacati rappresentativi dissenzienti, vuoi a quote significative di lavoratori di esercitare una opposizione responsabile, proponendo di invalidare il contratto collettivo contestato. In questo modo, la previsione – per legge – dei modi in cui garantire l’espressione del dissenso determinerebbe un effetto duplice di responsabilizzazione. Da un lato, verrebbero responsabilizzati gli stipulanti, poiché al «contratto separato» potrebbe opporsi l’esercizio di un valido «potere di opposizione». Dall’altro lato, verrebbe responsabilizzata anche l’opposizione poiché, se essa vince, occorre che sappia che al contratto invalidato occorre sostituirne un altro<sup>33</sup>.

Ma al momento non si parla di correggere (o prevedere), in rapporto all’art. 8, una forma “impegnativa” di manifestazione del dissenso. L’occasione poteva essere fornita dalla conversione del d.l. n. 76/2013 ma, come visto (§ 2.1), l’esito è consistito in una sostanziale ed evidente conferma, da parte del legislatore, della “bontà” dell’impianto originario dell’art. 8 medesimo.

Solo l’Intesa del 2013 reintroduce la necessità di manifestazione del consenso da parte dei lavoratori, rispetto al quale sarà importante definire con attenzione, in maniera chiara e non equivoca, in sede di singole categorie, quelle modalità di certificazione del consenso/dissenso collettivo e gli effetti conseguenti che proprio l’Intesa del 2013 prevede.

Occorre dunque vedere, brevemente, come si atteggia il dissenso del lavoratore e che “valore” vi riconosce l’ordinamento attuale.

Anche ai fini dell’art. 8, il lavoratore *iscritto* al sindacato stipulante, conferisce e manifesta un doppio consenso. Il primo, naturalmente, è quello espresso mediante l’iscrizione all’associazione sindacale cui aderisce. Il secondo consenso è quello invece manifestato (molto probabilmente) in occasione delle elezioni dei rappresentanti sindacali (e comunque, in caso di RSU, la sua stessa adesione al sindacato consente all’associazione di vantare un maggior peso ai fini della designazione del rappresentante per la quota di riserva sindacale).

Teniamo a mente, per il momento, che entrambe tali forme di consenso sono direttamente legate alla figura dell’agente negoziale (per quanto possano essere influenzate, se del caso, anche dall’azione sindacale da quello intrapresa negli anni precedenti: *infra*).

<sup>33</sup> MARIUCCI, *La riforma sindacale: il ruolo della legge e della autonomia collettiva*, in LETTIERI (a cura di), *Ripensare il sindacato. Democrazia e rappresentatività. Lavoro pubblico e lavoro privato*, Franco Angeli, 1989, p. 49.



Autorizzando per legge (*ex art. 8*), tali rappresentanti, secondo un criterio maggioritario, a sottoscrivere intese efficaci per l'intera collettività aziendale, è chiaro che una eventuale dissociazione formale, *anche con dissimulazione della tessera sindacale*, non avrebbe rilievo giuridico. Né è previsto il doppio filtro del referendum come possibile momento di protesta riguardo alla piattaforma contrattuale (perlomeno nel caso di RSU, se ammettiamo che l'art. 8 richiama i criteri dell'A.I. del giugno 2011).

La cosa non è quindi destinata ad avere rilievo esterno, se non nel lungo periodo, attraverso un eventuale progressivo svuotamento del consenso sindacale dal lato degli iscritti, da parte cioè degli aderenti al sindacato che tali finiscano per non essere più. Ma si tratta di un'ipotesi destinata ad agire nel lungo periodo, comunque influenzata da molte altre variabili esterne non prevedibili. Non esiste dunque una possibilità di far valere il dissenso dell'iscritto, in riferimento a quanto disposto *ex art. 8*, in maniera tale che il dissenso stesso possa produrre una ricaduta all'esterno, in termini cioè di efficacia dell'accordo collettivo aziendale.

Il lavoratore *non iscritto*, nella dinamica dell'art. 8, potrà al massimo aver manifestato un solo consenso in occasione dell'elezione delle rappresentanze sindacali ma, parimenti al lavoratore iscritto, si troverà nella condizione di non poter rifiutare l'accordo in quanto sottoposto al criterio maggioritario di cui alla legge, ed al contempo si sentirà ancora più propenso a non iscriversi al sindacato che ne ha determinato, suo malgrado, le sorti lavorative. Potrà invece essere propenso a sviluppare un interesse all'adesione ai sindacati oppositori, nel caso in cui ve ne siano stati. Si sviluppa, si incrementa, cresce, così, la matrice dell'antagonismo sindacale: prospettiva sicuramente diversa da quella che pare intendano perseguire le tre maggiori Confederazioni con l'Intesa congiunta del 2013 che sancisce, sostanzialmente, l'importanza di ritrovare un'unità di azione sindacale e di intercettare il consenso/dissenso dei lavoratori.

Si vorrà allora ribadire l'importanza del consenso da parte dei lavoratori<sup>34</sup>. Quel consenso, ancor più oggi, è strumento di misurazione di una gamma rilevante di variabili. Il consenso è misura della credibilità dell'agente negoziale agli occhi dei lavoratori. Il consenso è strumento di affrancamento per il lavoratore che lo esercita rispetto alla controparte datoriale, e di fortificazione (se il consenso viene espresso) per il sindacato, al cui giudizio

<sup>34</sup> Sul tema in particolare cfr. CARUSO, *Rappresentanza sindacale e consenso*, cit.

l'opera di consenso è sostanzialmente indirizzata. Il consenso è parte di un processo di valutazione di un'azione che finalmente possa dirsi democratica. Il consenso è strumento di potere in mano a chi lo esprime ove quel consenso abbia la capacità di rappresentare una volontà in maniera vincolante e dirimente. Il consenso in determinati contesti (assemblee e referendum) mostra in anticipo alle componenti stipulanti gli impatti che produrranno le specifiche rivendicazioni, anche sugli equilibri sindacali<sup>35</sup>. Il consenso, ancor prima e soprattutto, è parte connaturata (per legge, *ex art. 8*; per via negoziale *ex Intesa del maggio 2013*) nel processo di selezione dell'agente negoziale da parte dei lavoratori in occasione della elezione dei rappresentanti sindacali in azienda.

Tale ultimo profilo, specialmente, racchiude oggi la soluzione per legittimare i rappresentanti scelti a fare intese efficaci *erga omnes*, dal momento che solo quegli accordi sottoscritti “*sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze*” si rendono vincolanti per tutti.

Tuttavia, contrariamente a quanto previsto dall'art. 8, il vero banco di prova per misurare la crescita o il calo del consenso da parte dei lavoratori nei riguardi delle organizzazioni sindacali dovrebbe essere quello del confronto fra il consenso riscosso in sede di elezione delle RSA o RSU e quello eventualmente ottenuto, con il referendum, sul contratto collettivo aziendale predisposto da quelle rappresentanze. Impostazione che al momento caratterizza solo l'Intesa del maggio 2013 e che dunque è destinata ad operare solo in relazione al contratto collettivo nazionale e non a quelli decentrati.

L'art. 8 non garantisce tale possibilità di riscontro. E senza tale confronto, non v'è chi non veda la differenza profonda che passa tra il consenso espresso con l'elezione delle rappresentanze sindacali, quello cioè in relazione all'agente negoziale, e il consenso che invece potrebbe (andrebbe) espresso in riferimento alla piattaforma contrattuale, ovvero il consenso in relazione all'agire del soggetto sindacale<sup>36</sup>.

Altrimenti detto, l'art. 8 alleggerisce il compito a quell'organismo sindacale aziendale che non assume una visione di lungo periodo e che si limita

<sup>35</sup> Sull'incapacità, tuttavia, del nostro sistema referendario in sede aziendale di inficiare il risultato raggiunto con la piattaforma contrattuale, cfr. ad esempio già Pret. Torino, 14 marzo 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, c. 957; Pret. Pinerolo, 6 dicembre 1993, in *Giur. Piemontese*, 1993, p. 458.

<sup>36</sup> Cfr. anche ALLEVA, *Merito e prospettive dell'accordo interconfederale del 28/06/2011*, in *RGL*, 2011, p. 634.

ad acquisire i necessari poteri che servono al momento, e per operare in maniera vincolante lungo il triennio di legislatura o quanto sia. Ottenuto difatti il consenso iniziale necessario a costituire un organismo aziendale che si dica espressione della maggioranza dei lavoratori, quel soggetto può legittimamente operare nel tempo, in totale assenza di una verifica successiva, per *step*, della permanenza del consenso collettivo nei riguardi del suo agire.

Per le elevate “proprietà nutrizionali” del consenso a tracciare le direttrici di un’azione sindacale realmente a vantaggio della parte rappresentata e realmente produttiva di risultati concreti e tangibili, il rischio di una distorsione delle dinamiche adottate per ottenerlo è molto elevata. Molto dipende da come il messaggio viene trasmesso al lavoratore, da come si rappresenta la realtà sulla quale si chiede di esprimere consenso, ad esempio in sede referendaria.

La consuetudine crescente, negli anni, di ricorrere a modelli partecipativi dei lavoratori sia in vista della predisposizione di piattaforme rivendicative sia in sede di varo dell’accordo predisposto<sup>37</sup>, esprime chiaramente la rilevanza del consenso sulle linee sopra tracciate anche per le stesse organizzazioni sindacali promotrici. In aggiunta, i vantaggi sarebbero legati anche alla spinta al dialogo delle rappresentanze sindacali, dal momento che il referendum si indice unitariamente; per quanto le vicende Fiat dimostrino che, anche rispetto all’art. 21 Stat. lav. ed alla giurisprudenza sul punto, alla fine è concesso tutto ed il contrario di tutto<sup>38</sup>.

Rimane tuttavia da notare – con chi dubita della capacità di tale modello di democrazia partecipativa di stilare il giusto referto rispetto alle dinamiche sindacali aziendali e di far davvero riemergere un istinto ormai sopito di solidarismo operaio<sup>39</sup> – che molto dovrebbe essere riscritto in ordine alla relazione/rappporto tra lavoratori e rappresentanti sindacali.

In primo luogo andrebbe arricchito, soprattutto attraverso processi di crescita culturale, il giudizio critico del lavoratore rispetto all’operato del sin-

<sup>37</sup> A tali prassi, pur se estranee al modello prefigurato dall’art. 39 Cost., e quindi da ricondurre interamente all’ordinamento sindacale, si può riconoscere la capacità di garantire “una più esplicita, ampia e diretta *partecipazione democratica*”. Così RUSCIANO, *La difficile metamorfosi del contratto collettivo*, in *Scritti in Onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 1075.

<sup>38</sup> DE SIMONE, *Lo spazio e il ruolo del voto, tra elezioni e plebisciti. Lezioni dal caso Fiat*, in *LD*, 2011, p. 289.

<sup>39</sup> MARESCA, *Accordi separati: tra libertà contrattuale e democrazia sindacale*, in ANDREONI (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale*, Ediesse, 2010, spec. pp. 236-237.

dacato in generale, favorendo lo svilupparsi di una maggiore capacità valutativa, spesso invece appiattita sulle scelte proposte dal mondo sindacale ma per nulla (o poco) misurate sulle reali esigenze (o sulle possibilità, oppure sui rischi) che fanno capo ai lavoratori. Dei percorsi che conducono il sindacato verso scelte di un genere piuttosto che di un altro sono scarsamente interessati i destinatari finali, e comunque vi è la tendenza a conformarne la volontà una volta che la soluzione (scarsamente o per nulla partecipata) sia stata adottata. E ciò sarebbe tanto più importante quanto più vicina al lavoratore è la sede della negoziazione, ovvero specialmente quando la partita negoziale è condotta dal rappresentante sindacale in azienda (esso stesso lavoratore, ed esso stesso eventualmente coinvolto in una dinamica della formazione del consenso non necessariamente genuina o piena).

E pensare che la classe dei lavoratori ha dato prova, nel tempo, di possedere una naturale ed intrinseca capacità di valutazione, che è peraltro sempre più affinata e penetrante. Basterebbe favorirla maggiormente; basterebbe districarla, talvolta, dalla logica dei reciproci interessi dei soggetti coinvolti (sindacati dei lavoratori e dei datori di lavoro) che, ahimè, in certi momenti inquina (ed ha inquinato) la bontà delle trattative: ma si conviene che in quel “basterebbe” è racchiusa un’operazione di notevolissima portata.

### **Abstract**

I temi affrontati dall’a. sono quelli della rappresentatività sindacale e del consenso, da parte dei lavoratori, nei riguardi del soggetto sindacale e del prodotto del suo agire, all’interno dell’attuale panorama regolativo che ha l’ambizione di estendere quanto più possibile l’efficacia dei contratti collettivi predisposti. Tali temi vengono declinati tenendo conto delle ultime evoluzioni normative e contrattuali (prevalentemente dall’Accordo del 28 giugno 2011 al d.l. n. 76/2013) ed attraverso un percorso di lettura che mette a confronto le norme dell’autonomia sindacale con quelle predisposte dal legislatore per valutare quali siano le conseguenze prodotte sul sistema di relazioni sindacali e quindi cogliere i limiti, le prospettive e le interrelazioni di tali interventi.

The topics addressed by the Author are trade-union representativeness and workers’ consent with respect to union activities and the results arising from them in the context of the present applicable legal framework, which has the ambition of extending the scope of collective agreements to the maximum extent possible. These topics are investigated through taking into account the latest legislative and contractual evolution (especially from the Agreement of 28 June 2011 to Law Decree No. 76/2013), as well as through a comparison between the provisions regulating trade

union autonomy and legislative rules, in order to evaluate what are their effects on the system of trade union relations as well as, consequently, to properly understand their limits, perspectives and interactions.



## Pasquale Monda

### La determinazione della “performance” individuale del dipendente pubblico

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Il consenso del dipendente nel conferimento degli obiettivi e dei comportamenti organizzativi. **3.** Struttura e funzione dell’atto di assegnazione dell’obiettivo: a) la proposta. **4.** *Segue.* b) l’accettazione del valutato e l’interesse alla proposta. **5.** Generalità della valutazione, trattativa negoziale e tutela del valutato. **6.** La difficile implementazione della valutazione: a) la vicenda della premialità. **7.** *Segue.* b) il complesso funzionamento delle dinamiche sindacali dopo il d.lgs. 150/09. **8.** La valutazione del personale tra rigore legislativo e mancato controllo esterno: le difficoltà dell’amministrazione di risultato.

#### I. Premessa

Il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, sin dalla sua entrata in vigore, ha posto l’interprete di fronte alla difficoltà di ricostruire le modalità mediante cui definire i criteri per valutare la *performance* individuale<sup>1</sup>: il decreto delegato, infatti, non offre chiare indicazioni normative al riguardo<sup>2</sup>. Il problema non

<sup>1</sup> Seguendo la scia di una consolidata prassi contrattuale collettiva, la recente legislazione sul lavoro pubblico conferma il ruolo degli obiettivi e dei comportamenti organizzativi quali criteri volti a misurare l’esecuzione della prestazione. Tuttavia, la loro funzione è mediata attraverso l’inedita nozione di *performance* individuale disciplinata dall’art. 9, co. 2, d.lgs. 150/09: obiettivi e comportamenti identificano i parametri che, attraverso quel particolare giudizio di sintesi rappresentato dalla valutazione, consentono di pervenire alla *performance* individuale. Per ulteriori approfondimenti v. MONDA, *Obbligazione lavorativa e “performance” individuale del dipendente pubblico*, in *RIDL*, 2013, I, p. 687 ss.

<sup>2</sup> V. NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della “misurazione” e “valutazione” individuale*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, p. 255 ss.; MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *LPA*, 2009, p. 729 ss.; SANTUCCI, MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, ristampato con appendice di aggiornamento nel 2011, p. 275 ss.

è certo irrilevante se, come noto, il successo della valutazione dipende in larga parte dalla qualità dei parametri impiegati oltre che dalle relative tecniche di determinazione. Non a caso i tentativi di implementare la valutazione in molte amministrazioni si sono di frequente arenati sulla difficoltà di porre in essere un delicato quanto necessario equilibrio tra la realizzabilità degli obiettivi e la loro reale funzionalità organizzativa: puntando sulla sola realizzabilità si rischia di approdare ad obiettivi poco rilevanti per l'organizzazione; valorizzando la sola funzionalità organizzativa si rischia, invece, di rendere la valutazione del tutto impraticabile e, quindi, inutile<sup>3</sup>.

Ben si comprendono, pertanto, le ragioni che spingono ad approfondire le dinamiche costitutive tanto degli obiettivi quanto dei comportamenti organizzativi; un approfondimento che dovrà essere condotto attraverso la prospettiva del contratto di lavoro. Tale approccio risulta estremamente prezioso poiché, se la valutazione dispiega le sue potenzialità solo attraverso percorsi ricostruttivi coerenti con gli equilibri assiologici del contratto di lavoro<sup>4</sup>, il suo impiego consente di identificare gli interessi a cui la *performance* individuale deve relazionarsi e che guidano l'analisi giuridica del suo ciclo formativo.

Il metodo indicato richiede di procedere per gradi, evidenziando, sulla scorta di quanto già approfondito in altra sede, come la *performance* individuale, esclusa ogni possibile sovrapposizione con l'oggetto dell'obbligazione

<sup>3</sup> Gli orientamenti della giurisprudenza contabile confermano i contrasti menzionati nel testo. In particolare, secondo la Corte dei Conti, gli obiettivi strumentali all'erogazione dei premi devono presentare «un rilevante *quid pluris* rispetto all'ordinario risultato della prestazione» tanto che l'erogazione dell'incentivo è esclusa a fronte del «normale» adempimento dell'obbligo lavorativo (C. Conti 2 agosto 2010 n. 487). Inoltre, la Corte dei Conti qualifica illecita la concessione di premi di produttività al personale se non preceduta dalla determinazione di obiettivi di lavoro, non potendo tale erogazione derivare dallo svolgimento della prestazione *tout court* (C. Conti 1 settembre 2004 n. 280/A). In senso conforme, tra le pronunce più recenti, v. anche C. Conti 5 aprile 2013 n. 89; C. Conti 12 maggio 2010 n. 123.

<sup>4</sup> Già in altra sede – v. MONDA, *op. cit.*, p. 678 ss. – si è avuto modo di esaminare come l'inderogabilità della disciplina destinata al contratto di lavoro imponga di analizzare la sua relazione con la valutazione seguendo un metodo di tipo biunivoco. La valutazione, cioè, contribuisce a rendere l'attività lavorativa non avulsa dal contesto in cui si inserisce, ma in esso integrata secondo modalità aliene a prototipi prestabiliti e calibrate esclusivamente sulla professionalità del singolo dipendente: un'esigenza, del resto, avvertita da tempo dalle moderne organizzazioni. Contestualmente, però, le dinamiche valutative potranno dispiegarsi solo imboccando percorsi coerenti con gli equilibri strutturali del contratto di lavoro a cui, come scritto di recente, è affidata la difficile mediazione tra il piano della «giustizia commutativa e quello della giustizia distributiva» (ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in RIDL, 2011, I, p. 184).



lavorativa<sup>5</sup>, rappresenti l’evento futuro ed incerto a cui il legislatore subordina l’erogazione del premio: una condizione sospensiva, cioè, imposta per vie legali all’obbligazione premiale istituita, sotto la pressione di una stringente disciplina legislativa, in sede collettiva<sup>6</sup>. Ciò riflette l’intento normativo di introdurre un “procedimento” diretto a creare i presupposti organizzativi minimi per accedere agli incentivi e di cui la *performance* individuale costituisce un tassello necessario: in mancanza della sua preventiva valutazione, l’art. 18 d.lgs. 150/09 vieta la distribuzione dei premi<sup>7</sup>.

L’obbligazione premiale che ne deriva, pur modellando il programma negoziale stabilito con il contratto lavoro<sup>8</sup>, presenta una particolarità indiscutibile: il carattere non determinato ma determinabile di alcuni dei suoi elementi essenziali. Il riferimento, chiaramente, è agli obiettivi ed ai comportamenti organizzativi, che, configurando la *performance* individuale, assumono un ruolo di primo piano nell’assetto giuridico della medesima obbligazione: da essi, infatti, dipende la concreta esigibilità del premio. Né il loro contenuto può essere definito dal contratto integrativo. Ciò sia perché

<sup>5</sup> La relazione intercorrente tra *performance* individuale e obbligazione lavorativa è stata analizzata in MONDA, *op. cit.*, p. 668 ss.

<sup>6</sup> La competenza nell’istituire o meno gli incentivi monetari è devoluta al contratto integrativo dagli artt. 45, co. 2, e 40, co. 3-bis, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

<sup>7</sup> La *performance* individuale rappresenta il fulcro di una procedura di gestione del personale, denominata non a caso ciclo di gestione della *performance*, diretta, tra l’altro, a regolamentare le modalità di impiego dei premi. E di essa il legislatore si avvale per ancorare l’erogazione dell’incentivo ad un incremento del livello di professionalità, profuso nell’eseguire la prestazione, rispetto a quello normalmente richiesto dalla diligenza. Va precisato che la mancata conformazione del potere organizzativo al richiamato procedimento, quantomeno nel caso del personale non dirigente, preclude la possibilità di accedere ai premi. Ma non esclude la possibilità di esplicare il potere organizzativo nel modo ritenuto più opportuno. La *performance*, cioè, non segna il discrimine tra l’attività organizzativa legittima e illegittima, concorrendo a definire il confine tra l’attività organizzativa su cui può innestarsi il ricorso alla premialità e quella che lo esclude. Al di fuori delle condizioni definite legislativamente, quindi, l’autonomia datoriale può imboccare le direzioni ritenute più opportune: essa sarà pienamente legittima anche se privata di ogni possibile ricaduta sul piano premiale. Per ulteriori approfondimenti v. MONDA, *op. cit.*, pp. 694-695.

<sup>8</sup> La scelta del personale da includere nel circuito della *performance* individuale, una volta avviato, ed a cui estendere la relativa obbligazione premiale è sottratta al datore di lavoro. Il punto non è marginale e sarà indagato in modo specifico con il paragrafo 5. Per ora è sufficiente osservare come venga meno una delle tradizionali esplicazioni dell’autonomia datoriale secondo una ricostruzione consolidata in giurisprudenza. Tra le tante v. Cass. 2 febbraio 1990 n. 707.

le sue competenze si esauriscono nell'istituzione dell'incentivo<sup>9</sup>. Sia perché la funzione socio-organizzativa degli obiettivi, essendo strettamente legata alla vicenda gestionale del singolo dipendente, li rende non determinabili in astratto ed esclude la possibilità che essi abbiano un contenuto analogo per tutto il personale. La definizione degli obiettivi, dunque, rappresenta un'attività contigua al contratto di lavoro ed in cui si riflette il concreto assetto degli interessi organizzativi ad esso sottesi.

Quanto detto, sia ben chiaro, non impedisce il perfezionamento e la titolarità in capo al dipendente di un diritto sospensivamente condizionato a conseguire il premio. Del resto, che la mera determinabilità dell'obiettivo non precluda il perfezionamento dell'obbligazione premiale e la genesi di interessi tutelati è un effetto dell'art. 1346 cod. civ. Nemmeno può essere messa in discussione la possibilità di considerare la condizione sospensiva come determinabile: aspetto che è garantito in due diversi modi. Per un verso, devolvendo al sistema di valutazione il compito di fissare i tempi per l'assegnazione degli obiettivi e dei comportamenti, le loro possibili tipologie oltre al loro numero massimo e minimo<sup>10</sup>. Per altro verso, predefinendo normativamente, in modo anche molto rigoroso, i caratteri che dovranno necessariamente qualificare gli obiettivi<sup>11</sup>.

La ricostruzione richiamata consente di individuare le coordinate sistematiche entro cui sviluppare il tema oggetto della presente riflessione. La determinabilità degli obiettivi di *performance* individuale, infatti, rientra, secondo una nota ricostruzione dottrinale, tra le ipotesi di determinabilità "in senso stretto", essendo necessaria un'integrazione successiva del contratto<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Emblematico è l'art. 40, co. 1, d.lgs. 165/01 secondo cui "nelle materie relative alla ... valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio ... la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge".

<sup>10</sup> L'incidenza del sistema di valutazione sulle dinamiche costitutive degli obiettivi e dei comportamenti organizzativi è analizzato in tutte le sue implicazioni in MONDA, *op. cit.*, p. 695 ss.

<sup>11</sup> Sul punto v. art. 5, co. 2, d.lgs. 150/09.

<sup>12</sup> V. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Utet, IV, 1980, p. 180 ss. In termini analoghi v. SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da Rodolfo Sacco, Utet, Vol. II, 2004, p. 125 ss., che ritengono l'oggetto del contratto determinabile anche quando una sua clausola si limiti ad investire le parti del potere di determinarne successivamente il contenuto e distinguono la determinabilità da altri difetti del contratto quali, ad esempio, l'imprevedibilità. Ciò purché sia definito il criterio di integrazione della medesima clausola. Analogamente v. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Giuffrè, 1968, p. 230 ss. e più recentemente GABRIELLI, *Contratto e contratti. Scritti*, Utet, 2011, p. 113 ss.

Il suo oggetto, nel caso di specie il contenuto della condizione sospensiva, non può essere specificato in base a mere valutazioni tecniche, ma richiede l'esplicazione di un'attività negoziale ulteriore; un'attività, tra l'altro, con rilevanti implicazioni sull'assetto di interessi del contratto. Tuttavia, mancando una previsione normativa esplicita, è compito dell'interprete identificare la fonte di integrazione dell'obbligazione premiale. Un problema, ed è questo il punto, non agevolmente risolvibile: la determinazione degli obiettivi e dei comportamenti, per le ragioni prima esposte, ha dei riflessi profondi sulla situazione giuridica di cui è portatore il dipendente e le interazioni che ne derivano devono essere tenute nella massima considerazione.

2. *Il consenso del dipendente nel conferimento degli obiettivi e dei comportamenti organizzativi*

Nell'approfondire le modalità di assegnazione degli obiettivi e dei comportamenti, è utile, anzitutto, ribadire come tale attività rappresenti un'esplicazione dell'autonomia negoziale soggetta allo statuto privatistico dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01. Del resto, le pratiche in esame, oltre a consentire l'accesso agli incentivi economici, hanno una ripercussione immediata sulle modalità esecutive della prestazione. Più complesso, invece, è chiarire se la definizione degli elementi configuranti la *performance* debba esplicitarsi mediante atti a struttura unilaterale o bilaterale.

Il metodo unilaterale assicura ampio spazio alla funzione socio-organizzativa della valutazione, poiché nell'assegnare gli obiettivi le ragioni dell'organizzazione non incontrano ostacoli. Si tratta, però, di un'opportunità solo illusoria, visto che percorrendo la via dell'unilateralità si rischierebbe di approdare ad obiettivi avulsi dalle singole realtà di riferimento. Il che li renderebbe irrealizzabili e, oltre vanificarne il ruolo, comprometterebbe l'accesso agli incentivi da parte del dipendente, poiché l'inefficacia dell'obbligazione premiale finirebbe con il diventare permanente. Il conferimento unilaterale dell'obiettivo circoscrive la partecipazione del valutato alla sua mera conoscenza<sup>13</sup>. Pur ammettendo la natura recettizia dell'atto di cui si discorre, essa risulterebbe irrilevante ai fini del suo perfezionamento, impedendo al dipendente di verificare la realizzabilità o meno dell'obiettivo: la sua attribuzione

<sup>13</sup>V. art. 1334 cod. civ.

si appiattirebbe interamente sulle istanze del valutatore. Ed il cuore del problema è proprio questo.

Sullo sfondo di ampia letteratura civilistica<sup>14</sup>, ogni alterazione peggiorativa della sfera giuridica è subordinata all'accettazione da parte di chi la subisce. Non a caso, secondo numerosi autori, la bilateralità diventa requisito essenziale dell'attività negoziale qualora essa non «consti di soli elementi attivi» per la controparte<sup>15</sup>. Eventualità che indubbiamente ricorre nell'ipotesi in esame, poiché la definizione dell'obiettivo condiziona in modo decisivo l'accesso ai benefici patrimoniali connessi alla valutazione<sup>16</sup>. Considerato che l'obbligazione premiale istituita in sede collettiva integra il programma negoziale del contratto individuale, difficilmente si può giustificare una determinazione unilaterale del datore di lavoro diretta ad intervenire su di un elemento essenziale dell'obbligazione medesima e, attraverso essa, sul complesso assetto di interessi che ne consegue e che è parte del contratto<sup>17</sup>: un assetto, tra l'altro, non polarizzato sulle sole ragioni datoriali. Infatti, la definizione degli elementi configuranti la *performance*, identificando il contenuto empirico dell'evento a cui l'efficacia dell'obbligazione premiale è ancorata, rientra a pieno titolo tra gli atti giuridici suscettibili, per usare il lessico della giurisprudenza di legittimità, di “compromettere irrimediabilmente” le sorti del diritto sospensivamente condizionato di cui è portatore il valutato<sup>18</sup>. La

<sup>14</sup> Per una ricostruzione del dibattito v. *Commento sub art 1333 cod. civ.*, in CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, XIII, 2011, p. 544 ss.; SACCO, *Contratto (genotipi e fenotipi del)*, in *DDPCiv, Agg.*, 2009, Utet, p. 127 ss.; GRONDONA, *Il contratto con obbligazioni del solo proponente*, in CENDON (a cura di), *I contratti in generale. Il diritto privato nella giurisprudenza*, Utet, III, 2000, p. 89 ss.

<sup>15</sup> V. SACCO, DE NOVA, *op. cit.*, p. 58 ss.

<sup>16</sup> Significativamente il Trib. Trapani 11 marzo 2003, rileva come “la clausola del contratto di lavoro che conferisca al datore di lavoro la facoltà unilaterale di modificare le condizioni di contratto, prescindendo dal consenso della controparte, è nulla, ai sensi dell'art. 1418, co. 2, cod. civ., per contrasto con il disposto degli artt. 1346 e ss. cod. civ., poiché ciò significherebbe rimettere al mero arbitrio di una delle parti la determinazione del contenuto del contratto individuale con possibilità di profonda alterazione della posizione della controparte”.

<sup>17</sup> Sull'effetto integrativo v. in giurisprudenza Cass. 23 marzo 2009 n. 6968 e in letteratura, da ultimo e per tutti, GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, I, p. 195 ss.

<sup>18</sup> È opportuno, a tal proposito, tener presente che il diritto sospensivamente condizionato, pur con le dovute limitazioni, ha una precisa valenza sostanziale testimoniata dalla possibilità di compiere attività a contenuto sia dispositivo sia conservativo. Queste ultime, per pacifica giurisprudenza – tra le tante v. Cass. 1 marzo 2010 n. 4863 –, si “esprimono nell'adozione di tutti gli atti tesi ad impedire eventi, materiali o giuridici, suscettibili di pregiudicarlo irreversibilmente”.

sua accettazione, pertanto, non può che essere necessaria affinché l'atto di conferimento dell'obiettivo si perfezioni: l'accordo, in definitiva, rappresenta il solo criterio, implicito al quadro normativo vigente, mediante il quale determinare il contenuto dell'obbligazione incentivante<sup>19</sup>. Diversamente, la situazione giuridica del valutato sarebbe esposta al potere unilaterale con cui una sola delle parti, definendo arbitrariamente un profilo cruciale nella struttura dell'obbligo premiale, potrebbe vanificarne, in modo radicale, la ragion d'essere<sup>20</sup>: conservare i presupposti che rendono possibile esigere il premio<sup>21</sup>.

La consensualità dell'obiettivo offre, inoltre, l'occasione per realizzare una sintesi, come accennato nelle prime pagine della presente riflessione, necessaria al buon esito della valutazione; una sintesi che coinvolge le reciproche istanze del valutatore e del valutato<sup>22</sup>: l'aspirazione ad un certo risultato e la possibilità concreta di conseguirlo. Il loro bilanciamento, ottenuto attraverso il negoziato, permette di generare obiettivi rilevanti e sfidanti<sup>23</sup>, scongiurando i ben noti alibi che hanno permesso di evitare la valutazione: la mancanza di risorse, l'irrealizzabilità degli obiettivi e la loro scarsa competitività<sup>24</sup>. Il consenso del valutato implica la condivisione sull'adeguatezza del-

<sup>19</sup> Di criterio implicito, nel senso sopra indicato, parlano SACCO, DE NOVA, *op. cit.* Secondo cui il criterio di integrazione del contenuto contrattuale deve essere o esplicitamente fissato dalle parti o desunto, anche implicitamente, dal quadro normativo di riferimento.

<sup>20</sup> Per approfondire ancora le tematiche trattate nel testo v. BIANCA, *I contratti*, Giuffrè, 2001, pp. 337 e 338, che ammette un potere di determinazione unilaterale solo quando dal suo esercizio non deriva alcun pregiudizio per la controparte.

<sup>21</sup> Un'analisi di carattere più generale sui contenuti conservativi della situazione giuridica derivante da obbligazioni sospensivamente condizionate la si ritrova in RESCIGNO, *Condizione*, in *ED*, VIII, Giuffrè, 1961, e, anche per una ricostruzione del dibattito, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2010, p. 933 ss. Sulla tutela dell'aspettativa in ambito lavoristico, invece, v. OCCHINO, *L'aspettativa del diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Giappichelli, 2004.

<sup>22</sup> Sui presupposti che permettono al valutato di negoziare fruttuosamente l'obiettivo v. il paragrafo 4.

<sup>23</sup> L'opportunità di un confronto negoziale sugli obiettivi è messa in luce anche da ampia letteratura economica tra cui MERCURIO, ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 250; MARRA, *Il mercato nella pubblica amministrazione. Coordinamento, valutazione, responsabilità*, Carocci, 2006; ZANDA, *La valutazione dei dirigenti*, Cedam, 1984. Per un precedente in letteratura giuridica si rinvia a ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT - 63/07, p. 16 ed in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, p. 1389 ss.

<sup>24</sup> Significativa, a tal riguardo, è l'analisi contenuta nel Rapporto CTS, *Processi di programmazione strategica e controlli interni nei Ministeri. Stato e prospettive. Rapporto di legislatura*, Roma, 2006.

l'obiettivo e sulla sua proporzionalità rispetto ai mezzi disponibili, escludendo la possibilità di eccepire la sussistenza di fattori che ne precludono il conseguimento. Tali eccezioni, fondate su potenziali pregiudizi per il dipendente, sono eliminate in radice dalla manifestazione d'assenso. Naturalmente ciò implica lo svolgimento di periodici monitoraggi, per verificare l'insorgere di sopravvenute difficoltà e rinegoziare, eventualmente, l'obiettivo<sup>25</sup>.

Senza tralasciare, infine, che solo la strada del consenso consente di evitare le conflittualità insite nella tassativa indicazione dei requisiti stabiliti dall'art. 5, co. 2, d.lgs. 150/09<sup>26</sup>. L'art. 74 d.lgs. 150/09 individua nell'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 150/09 una norma direttamente attuativa dell'art. 97 Cost. e, quindi, espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico. Ai suoi contenuti ci si dovrà conformare per assegnare obiettivi integranti una strategia direttiva incentrata sulla *performance* individuale e sull'accesso ai premi. La sua violazione esclude la possibilità di definire una *performance* individuale legittimante l'erogazione degli incentivi e, diversamente, ci si troverebbe al cospetto di una gestione premiale viziata da nullità *ex art. 1418 cod. civ.*<sup>27</sup>. Pertanto, qualora l'obiettivo fosse attribuito unilateralmente, la sua difformità ai parametri dell'art. 5, co. 2, d.lgs. 150/09 aprirebbe la strada alla via giudiziaria, considerando, soprattutto, che una quota di personale, per effetto dell'art. 19 d.lgs. 150/09, non otterrà alcunché. Un'alternativa su cui si rifletterebbero tutte le tensioni derivanti da una valutazione che si sviluppa unilateralmente e che porterebbe le dinamiche organizzative fuori dall'amministrazione, proiettandole in una dimensione meno appropriata a ponderarle.

### 3. *Struttura e funzione dell'atto di assegnazione dell'obiettivo: a) la proposta*

La natura bilaterale dell'atto con cui l'obiettivo è conferito rende necessario approfondirne, oltre agli elementi strutturali, la funzione ed il contenuto dispositivo. Tali profili, in particolare, vanno confrontati con la *vis expansiva* del contratto di lavoro, poiché solo il rispetto dei suoi contenuti inderogabili permette di avallare senza riserve la soluzione della bilateralità.

<sup>25</sup> È evidente che la rinegoziazione operata in sede di monitoraggio segue le medesime dinamiche giuridiche dell'accordo con cui gli obiettivi sono originariamente definiti.

<sup>26</sup> V. SANTUCCI, MONDA, *op. cit.*, p. 284 ss. ed in termini analoghi v. delibera CiViT 2013.

<sup>27</sup> Sulla nullità per violazione delle norme attuative di disposizioni costituzionali v., tra le tante, Cass. 18 luglio 2003 n. 11256.

Procedendo per gradi, è opportuno, anzitutto, specificare come la proposta di obiettivo rientri nelle spettanze del dirigente in quanto datore di lavoro. Se nell’impianto del d.lgs. 150/09 la valutazione offre l’opportunità di intervenire sul grado di integrazione della prestazione nell’ambito organizzativo dove essa si svolge e se gli obiettivi sono lo strumento mediante cui pianificare il predetto livello di integrazione<sup>28</sup>, la competenza del dirigente “nell’organizzare il lavoro all’interno degli uffici di propria responsabilità”<sup>29</sup> non può che esprimersi anche attraverso la formulazione della proposta di obiettivo. Quest’ultima, dunque, altro non rappresenta che una componente della più complessa e articolata dinamica endo-organizzativa posta in essere dal dirigente. Con la conseguenza che la titolarità del potere di valutare il personale, esplicitamente prevista dagli articoli 16 e 17, co. 1, lett. e-bis, d.lgs. 165/01, va letta in senso estensivo, includendo anche le attività da ultimo indicate.

Né quanto detto è messo in discussione dall’art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09<sup>30</sup>, che difficilmente può giustificare la competenza dell’organo di indirizzo politico-amministrativo nell’assegnare gli obiettivi a tutto il personale senza alcuna distinzione<sup>31</sup>. Una lettura che finirebbe con il trasferire compiti tipicamente socio-organizzativi alla politica. Ma essa, per effetto dell’art. 4, co. 1., d.lgs. 165/01, esercita la sola funzione di indirizzo politico-amministrativo, non potendo, in alcun modo, interferire con le complessive scelte organizzative di cui solo il dirigente assume la responsabilità<sup>32</sup>. Senza poi

<sup>28</sup> Per approfondire gli aspetti indicati si v. MONDA, *Obbligazione lavorativa e “performance”*, cit., p. 678 ss.

<sup>29</sup> V. art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01.

<sup>30</sup> L’articolo indicato prevede che “Gli obiettivi sono programmati su base triennale e definiti, prima dell’inizio del rispettivo esercizio, dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, sentiti i vertici dell’amministrazione che a loro volta consultano i dirigenti o i responsabili delle unità organizzative”.

<sup>31</sup> A propendere per tale lettura è VILLA, *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in RIDL, 2013, p. 451 ss.

<sup>32</sup> Il tema è stato ampiamente esaminato in letteratura. Per tutti v. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012; ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, in ED, *Annali*, Giuffrè, V, 2012, p. 535 ss.; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in DLRI, 2010, p. 87 ss.; CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 104/10; CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 88/09; D’ALESSIO (a cura di), *L’amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e ser-*

contare che, percorrendo tale strada, si andrebbe incontro a complesse difficoltà interpretative. È sufficiente considerare che gli obiettivi menzionati dall'art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09 sono tarati su base triennale, anche se poi la stessa norma, con una formula tutt'altro che chiara, accosta alla loro programmazione il compito di definirli "prima dell'inizio del rispettivo esercizio". Ad ogni modo, ed in ciò si sostanzia uno dei richiamati elementi di complessità, la *performance*, nella sua duplice dimensione organizzativa ed individuale, va valutata con periodicità annuale e non triennale: non a caso la Relazione della *performance* contiene i risultati organizzativi e individuali raggruppati ogni anno<sup>33</sup>.

L'art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09 è sicuramente una disposizione di non agevole analisi, ma, nei limiti funzionali alla riflessione, è possibile osservare come una lettura dotata di maggiore coerenza sistematica sia suggerita dall'art. 15, co. 2, lett. b), d.lgs. 150/09. Nel senso che la disposizione da ultimo indicata, individuando gli atti del ciclo di gestione delle *performance* di pertinenza politica, permette di leggere la competenza dell'art. 5, co. 1, attraverso la lente dell'art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/09: il che significa ricorrere a tale disposizione per definire il perimetro della competenza individuata dal citato articolo 5 e identificare quali obiettivi l'organo di indirizzo può legittimamente conferire. Tutto ciò sullo sfondo della separazione funzionale tra politica ed amministrazione: regola aurea della riforma, non messa in discussione dal d.lgs. 150/09, e diretta a fare del dirigente l'esclusivo "gestore" delle risorse umane e materiali<sup>34</sup>.

L'art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/09 consente di individuare in quelli strategici una prima tipologia di obiettivi. Mediante il loro apporto si selezionano gli interessi su cui sarà incentrata l'azione dell'ente pubblico nell'arco di un triennio: ed è proprio la natura triennale della programmazione che

*vizio ai cittadini*, il Mulino, 2008; ZOPPOLI L., *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *LPA*, 2008, p. 1 ss.; ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006; CASSESE S., *Il rapporto tra politica e amministrazione e la disciplina della dirigenza*, in *LPA*, 2003, p. 231 ss.; GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, 2003; ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi, 2000; D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *LPA*, 1998, p. 35 ss.; RUSCIANO, *Spunti su rapporto di lavoro e responsabilità "di risultato" del dirigente pubblico*, in *RTDPC*, 1998, p. 398 ss.

<sup>33</sup> V. art. 10, co. 1, lett. b), d.lgs. 150/09.

<sup>34</sup> In tali termini si esprime ZOPPOLI A., *Dirigente (privato e pubblico)*, cit., p. 535 ss.



permette di rinvenirvi l’esito della competenza specificata nella prima parte dell’art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09. A questa categoria di obiettivi se ne affianca un’altra: gli “obiettivi finali ed intermedi” necessari, insieme ai relativi indicatori, per misurare la “performance dell’amministrazione”; la *performance*, cioè, a cui deve approdare la complessiva struttura<sup>35</sup>. Tuttavia, se, per effetto dell’art. 10 co. 1, lett. b), anche la *performance* organizzativa è valutata annualmente, gli obiettivi da ultimo indicati non possono essere tarati su base triennale e, quindi, devono necessariamente differenziarsi dagli obiettivi programmatici calibrati sul predetto lasso temporale. Attraverso il loro apporto, dunque, le scelte strategiche sono tradotte in piani più specifici che, per ciascuna delle tre annualità, il ciclo di gestione della *performance* deve sviluppare e realizzare. Tali obiettivi, a differenza dei primi, vanno definiti prima dell’inizio di ogni esercizio di valutazione: insomma, la loro formulazione sembra dar corpo a quella ulteriore competenza politica affiancata, dall’art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09, alla programmazione triennale<sup>36</sup>.

È evidente che le attività da ultimo menzionate possono riflettersi, con modalità non esaminabili nella presente riflessione, sulla progettazione della *performance* individuale, ma, ed è questo il punto, limitatamente a quella dei dirigenti<sup>37</sup>: solo su essi, in quanto titolari delle capacità datoriali, grava la re-

<sup>35</sup> Tanto prevede la seconda parte dell’art. 10, co. 1, lett. a), d.lgs. 150/09.

<sup>36</sup> La competenza di cui si discorre nel testo identifica un problema distinto dalle modalità tecnico-giuridiche con cui quella stessa competenza va esercitata e, quindi, le modalità tecnico-giuridiche con cui gli obiettivi e gli indicatori necessari a misurare la *performance* organizzativa sono definiti. Si tratta di un punto tanto rilevante quanto complesso: la sua trattazione non può prescindere dal considerare il ruolo istituzionale del dirigente pubblico quale datore di lavoro ed il modo in cui egli contribuisce alla complessiva dinamica costitutiva della *performance* organizzativa. Il tema, pertanto, non può essere affrontato in questa sede, ma per qualche recente considerazione al riguardo v. ZOPPOLI A., *I chiaroscuri della disciplina degli incarichi nella “privatizzazione” della dirigenza pubblica*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro. Vol I. Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: la terza riforma*, in corso di pubblicazione.

<sup>37</sup> È possibile solo accennare all’articolato dibattito giurisprudenziale che ha investito la c.d. autonomia oggettiva del dirigente. La giurisprudenza della Consulta, formatasi a ridosso dello *spoils system*, – tra le principali sentenze maturate in questi anni v. C. Cost. 28 gennaio 2006 n. 233; C. Cost. 23 marzo 2007 n. 103; C. Cost. 23 marzo 2007 n. 104; C. Cost. 24 ottobre 2008 n. 351; C. Cost. 5 febbraio 2010 n. 34; C. Cost. 22 luglio 2011 n. 228; C. Cost. 11 aprile 2011 n. 124 – sembra, anche se in modo non sempre chiaro, circoscrivere la richiamata caratteristica alla sola dirigenza apicale. Ciò in quanto, rileva la Corte Costituzionale, l’indirizzo politico si ripercuote in modo diretto sulla sola attività della dirigenza di vertice, che ne deve poi garantire l’attuazione. Il quadro, tuttavia, si complica a seguito di successive pronunce che individuano nella dirigenza di vertice quella figura di cui l’organo di governo “si avvale per svolgere

sponsabilità di tradurre in risultato il progetto politico<sup>38</sup>. Diversamente si dovrebbe riconoscere un'equiparazione tra la *performance* individuale del dirigente e la *performance* di chi non lo è. Con l'effetto o di ammettere una *performance* individuale irrealizzabile, per mancanza dei relativi poteri, o di riconoscere anche al personale non dirigente le competenze *ex art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01* necessarie a realizzare il risultato finale. Ambedue le opzioni sono, però, impraticabili: la prima violerebbe l'art. 5, co. 2, d.lgs. 150/09, che esclude obiettivi irrealizzabili; la seconda implicherebbe una lesione del principio di esclusività delle funzioni dirigenziali. In definitiva, numerosi sono gli elementi che spingono a ritenere come l'art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09 non pregiudichi affatto il ruolo del dirigente nell'organizzare il lavoro del personale afferente ai propri uffici, limitandosi a riconoscere, nell'ambito del ciclo delle *performance*, le competenze politiche nel programmare, su base triennale, e definire, su base annuale, gli obiettivi da cui dipenderà la *performance* dell'amministrazione: compiti destinati a ripercuotersi sui dipendenti solo mediante l'intermediazione organizzativa del dirigente.

La proposta di obiettivo, inoltre, dovrà essere formulata nel rispetto di molteplici vincoli legislativi, che non sono circoscrivibili ai soli parametri del già esaminato art. 5, co. 2, d.lgs. 150/09 ma vanno ben oltre. Il riferimento, in particolare, è alla necessità di rispettare la logica procedimentale che ispira il ciclo di gestione delle *performance*. Nel senso che la proposta di obiettivo potrà essere formulata per una certa annualità solo dopo l'adozione degli atti di programmazione, rispettandone i contenuti economico-finanziari e non. Ciò, a sua volta, presuppone che l'ultima fase del ciclo concluso nell'annualità precedente, la rendicontazione dei risultati prodotti, sia stata compiuta e regolarmente validata. La meccanica dell'art. 4 d.lgs. 150/09 e

l'attività di indirizzo politico", giustificando solo per essa la cessazione automatica dell'incarico in seguito al cambiamento della compagine politica. I problemi aperti dagli ultimi interventi giurisprudenziali sono stati affrontati più specificamente e da ultimo in BACCHINI, *Lo spoils system e l'elemento della fiduciarietà: profili problematici e spunti di riflessione fra Corte Costituzionale ed evoluzione normativa*, in *LPA*, 2012, p. 793 ss.; ZOPPOLI A, *Dirigente (privato e pubblico)*, cit., p. 535 ss.

<sup>38</sup> Si spiega, così, anche il riferimento dell'art. 5, co. 1, d.lgs. 150/09 all'impatto che il conseguimento degli obiettivi produce sull'erogazione del premio. Se gli obiettivi annuali volti a pianificare i risultati dell'amministrazione contribuiscono anche a definire la *performance* individuale della dirigenza, pare ragionevole ritenere che il loro mancato conseguimento si riflette sulla gestione premiale. Ciò, è opportuno puntualizzarlo, limitatamente ai dirigenti, poiché solo per essi l'intersezione indicata può aver luogo.

la sua tempistica contribuiscono ad esplicitare i presupposti necessari ad una gestione del personale incentrata sulla *performance* individuale: ai vincoli richiamati l’attività organizzativa dovrà conformarsi qualora intenda accedere alla premialità<sup>39</sup>.

Infine, da non trascurare è il contenuto della proposta, che si esprime nell’impegno a fare dell’obiettivo negoziato il solo parametro tecnico-organizzativo da cui desumere la *performance* individuale. Gli incentivi da includere nel circuito di valutazione e le modalità con cui vi si raccordano non sono negoziabili in questa fase, poiché l’art. 7 d.lgs. 150/09 rimette al solo sistema di valutazione tale attribuzione.

#### 4. Segue. b) l’accettazione del valutato e l’interesse alla proposta

A fronte della proposta di obiettivo, il dipendente, con l’accettazione, potrà avallare o meno i parametri per valutare la sua *performance*, appurandone la realizzabilità nel senso già indicato. Il consenso espresso avrà l’effetto di fare dell’obiettivo il fulcro della successiva valutazione, ma non potrà generare alcun vincolo a conseguirlo. Tale eventualità, infatti, finirebbe inevitabilmente con il dilatare la responsabilità debitoria lungo il crinale del rapporto tra lavoro ed organizzazione; una responsabilità, però, il cui perimetro, essendo definito in modo inderogabile dalla diligenza, limita gli ambiti entro cui l’autonomia individuale può disporre dello schema tipico<sup>40</sup>. Più complesso, invece, è chiarire se il valutato sia titolare di un diritto a che l’obiettivo sia conferito ad ogni costo ed in ogni caso. L’analisi fino ad ora condotta non consente di accettare tale lettura, che difficilmente potrebbe conciliarsi con l’insussistenza di un obbligo nell’incentrare la gestione del personale sulla

<sup>39</sup> Sulla logica procedimentale v. anche quanto già detto alla nota 7.

<sup>40</sup> Rinviando per i dovuti approfondimenti a MONDA, *op. cit.*, p. 696 ss., in questa sede è possibile evidenziare come lo schema negoziale tipico risulterebbe inevitabilmente alterato qualora la *performance* individuale, intesa come *quid plus* rispetto al normale adempimento della prestazione, fosse qualificata come oggetto dell’obbligazione lavorativa o come parametro della diligenza. Né a risultati diversi potrebbe approdarsi qualora la *performance* individuale fosse configurata come oggetto di un obbligo aggiuntivo rispetto a quello dedotto abitualmente nel contratto di lavoro anche se pur sempre di mera attività. Il rendimento richiesto ai fini dell’adempimento finirebbe, nel suo complesso, per eccedere inevitabilmente quello “medio” proprio dello schema tipico, alterando, anche in tal caso, l’equilibrio degli interessi in gioco e la relativa disciplina inderogabile.

*performance* individuale<sup>41</sup>. Il diritto sospensivamente condizionato di cui è portatore il valutato giustifica, al più, l'interesse a che una seria proposta di obiettivo sia formulata. Il che, ovviamente, presuppone l'avvio del processo di valutazione della *performance* individuale e l'istituzione dei premi.

Premesso che obiettivi e comportamenti rappresentano gli elementi strutturanti la *performance* individuale e considerato che entrambi non sono integralmente definiti né dal contratto collettivo né dalla legge, un'eventuale astensione del datore di lavoro dal formulare la proposta di obiettivo lascerebbe indeterminato il contenuto della condizione imposta all'obbligazione premiale: risulterebbe indefinito, in sostanza, il parametro empirico destinato a verificarne l'esigibilità. Verrebbe omessa, così, un'attività datoriale indispensabile per eseguire correttamente quanto necessario ad attuare l'assetto di interessi sviluppato con l'obbligazione premiale e integrato nel contratto individuale: una condotta, quindi, fondamentale ad evitare che il valutato subisca gli esiti pregiudizievoli della mancata specificazione di un elemento essenziale per poter ottenere la retribuzione "piena". Questo non implica affatto che il titolare delle competenze datoriali "debba adoperarsi attivamente perché la condizione si realizzi"; la condotta indicata, invece, identifica un'esplicazione del dovere "... di compiere quanto necessario affinché l'evento condizionante possa verificarsi": il che sostanzia, secondo pacifici orientamenti giurisprudenziali, la correttezza a cui le parti sono tenute durante la pendenza della condizione<sup>42</sup>. Né, procedendo su tale linea, si comprime l'autonomia nel giudicare il grado di conseguimento dell'obiettivo e dei comportamenti organizzativi ovvero l'autonomia nel calibrare l'esercizio delle prerogative datoriali sugli esiti della valutazione. L'interesse individuato

<sup>41</sup> A fondamento dell'inesistenza del predetto obbligo, è possibile considerare come la valutazione del personale non dirigente, polarizzandosi su obiettivi interni all'organizzazione, esprima solo una componente della più complessa e articolata dinamica endo-organizzativa diretta a conseguire il risultato finale. Da quest'ultimo, però, la *performance* individuale del dipendente rimane ben distinta: diversamente la sua realizzabilità implicherebbe l'esercizio di poteri direttivi da parte di chi dirigente non è. Pertanto, mentre la valutazione del lavoro dirigenziale fornisce un apporto determinante per costruire la relazione tra potere organizzativo e risultato, quella del dipendente rappresenta solo una possibile esplicazione delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro. Tanto che alla mancata valutazione del personale non dirigente il d.lgs. 150/09 non collega né specifiche forme di responsabilità né l'impossibilità di ricorrere ad ulteriori manifestazioni delle competenze indicate nell'art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01: l'unico effetto preclusivo che deriva è circoscritto all'erogazione dei premi.

<sup>42</sup> Il riferimento è alla lettura del principio di correttezza *ex art.* 1358 cod. civ. adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 19 settembre 2005 n. 18450.

è circoscritto ad una fase prodromica e distinta rispetto a quella destinata a realizzare il giudizio di sintesi della valutazione ed a quella diretta ad erogare il premio: la determinazione degli obiettivi e dei comportamenti.

L'accordo, una volta perfezionato, avrà sicuramente l'effetto di integrare il contratto individuale, definendo il contenuto della condizione sospensiva apposta all'obbligazione premiale che di esso è parte<sup>43</sup>. È evidente, però, che il predetto accordo sarà funzionalmente circoscritto all'obbligazione premiale, non potendo generare, per le ragioni già indicate, nemmeno un'obbligazione lavorativa aggiuntiva avente ad oggetto l'obiettivo. Affiora, così, un elemento di primo piano nella costruzione del negozio di cui si discorre: l'unilateralità del vincolo. Pur presentando una struttura fondata sul reciproco consenso, l'accordo esaminato produrrà effetti vincolanti a carico del solo datore di lavoro. Mentre quest'ultimo sarà obbligato a valutare la prestazione ricorrendo esclusivamente ai parametri definiti per via negoziale, sul valutato non graverà una controprestazione in senso proprio: l'assenso espresso con l'accordo ha lo scopo di preservare l'integrità della sua sfera giuridica. Il che, chiaramente, non impedisce l'instaurarsi di un collegamento teleologico tra l'accordo sugli elementi della *performance* individuale ed il contratto di lavoro. Sebbene a carattere esclusivamente unilaterale, poiché il contratto di lavoro, a differenza dell'altro accordo, ha una sua autonomia di scopo e di funzione. Ne deriva che le vicende e la cornice regolativa del contratto di lavoro si rifletteranno sull'atto di conferimento dell'obiettivo ma non viceversa.

Le considerazioni espresse consentono, inoltre, di chiarire i presupposti necessari per rendere reale il confronto negoziale sugli obiettivi, evitandone la polarizzazione sui soli interessi del datore di lavoro. Il tema è certamente articolato e, nei limiti di tale analisi, non può negarsi come l'assetto sistematico fino ad ora ricostruito contribuisca, in modo decisivo, all'effettività del predetto negoziato<sup>44</sup>. Il personale non dirigente, essendo privo di un'auto-noma visibilità nel mercato o se si preferisce presentando i più classici elementi della subordinazione<sup>45</sup>, potrà relazionarsi al datore di lavoro e contrattare gli obiettivi di *performance* solo a condizione che siano preservati

<sup>43</sup> Sulla possibilità che l'atto di determinazione integri il contenuto dell'originario contratto v. SACCO, DE NOVA, *op. cit.*, p. 125.

<sup>44</sup> Per approfondire ulteriormente il tema v., da ultimo, ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione contrattualismo*, cit., p. 193 ss.

<sup>45</sup> Il tema è noto, tra i tanti e per tutti, v. DE LUCA TAMAJO, CARINCI E, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Vol. II, 2013, p. 112 ss.

gli assetti strutturali del contratto di lavoro. Ecco perché diventa fondamentale perimetrare l'efficacia dell'atto negoziale con cui gli elementi della *performance* sono conferiti e delimitare in modo rigoroso il suo ambito dispositivo. Solo se quest'atto non modificherà i confini della responsabilità debitoria, garantendone l'indipendenza rispetto alle vicende connesse all'obiettivo, sarà possibile contribuire a rendere proficuo il negoziato di cui si discorre. Diversamente l'asimmetria di poteri intrinseca al contratto non avrebbe nessun argine: lo squilibrio tra le soggettività giuridiche delle parti risulterebbe privato della necessaria mediazione<sup>46</sup>. Con l'effetto che l'autonomia nel definire gli obiettivi finirebbe con l'alimentare il dislivello di potere intrinseco al rapporto lavorativo e, accentuando il *metus* del dipendente verso il datore di lavoro, comprometterebbe *in apicibus* la dialettica tra tali soggetti.

##### 5. Generalità della valutazione, trattativa negoziale e tutela del valutato

Le riflessioni esposte richiedono di essere ulteriormente approfondite, tenendo anche conto di alcuni dei principali problemi posti dall'attuale quadro normativo. Una questione particolarmente attuale, per i suoi risvolti, riguarda il ricorso generalizzato, ossia esteso a tutti i dipendenti, della valutazione. A tanto induce il d.lgs. 150/09 con molte delle sue disposizioni<sup>47</sup> ed in tal senso si sono mosse numerose amministrazioni con non poche difficoltà<sup>48</sup>. Il problema maggiore si pone per quelle unità di personale investite di mansioni con un ridotto tasso di autonomia; mansioni, cioè, rispetto a cui lo schema della direzione unilaterale esaurisce le esigenze organizzative correlate alla loro fruizione. Dalla valutazione delle richiamate tipologie di personale potrebbero derivare effetti dannosi e contraddittori. Quali, ad esempio, il conferimento di obiettivi poco rilevanti o, addirittura, meri duplicati di quanto già rientra negli obblighi contrattuali. È uno dei paradossi del d.lgs.

<sup>46</sup> Rischi che sono messi in luce da SUPLOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologia del diritto*, Bruno Mondadori, 2006, p. 126 ss.

<sup>47</sup> Art. 19 e art. 3, co. 3, d.lgs. 150/09 ed in tal senso v. anche TALAMO, *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in *GDA*, 2012, p. 448.

<sup>48</sup> Emblematico è il comparto della sanità e quello degli enti locali. V., rispettivamente, LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012 e ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, 2009.

150/09, che, per un verso, impone una valutazione generalizzata e, per altro verso, impone obiettivi sfidanti, performanti e qualificati da requisiti puntualmente definiti. Più opportuno sarebbe stato rimettere alle singole amministrazioni la competenza nell’individuare il personale da valutare, che, oltre ai dirigenti, avrebbero potuto includervi anche il personale altamente professionalizzato individuato in funzione delle scelte programmatiche effettuate.

Tuttavia, sebbene la disciplina sugli ambiti di valutazione colleghi la nozione di *performance* individuale a parametri dettagliatamente specificati, la congiunzione che ne consegue non produce un effetto assorbente e totalizzante né comprime ogni autonoma modulazione dei criteri di giudizio indicati dall’art. 9 d.lgs. 150/09. La disposizione, piuttosto, intende tracciare il perimetro entro il quale l’amministrazione deve assumere le scelte organizzative più adatte al suo contesto di riferimento: ciascun ente pubblico, poi, articola autonomamente le proprie tecniche di valutazione secondo quanto dispone l’art. 7, co. 3, d.lgs. 150/09. Nell’elaborare il sistema di valutazione, quindi, nulla esclude di non avvalersi degli obiettivi per costruire la *performance* individuale di chi svolge mansioni con un ridotto tasso di autonomia, limitandosi ad utilizzare i soli comportamenti organizzativi<sup>49</sup>. Così facendo si eviterebbe l’impasse rappresentato dal conferimento di obiettivi poco performanti, e dunque lesivi dell’art. 5 d.lgs. 150/09, o dall’attribuzione di obiettivi irrealizzabili per mancanza delle relative competenze: ipotesi destinate a generare patologiche alterazioni della valutazione. Si potrebbe obiettare che questa opzione metodologica porti a valutazioni “semplificate”, agevolando l’accesso ai premi a scapito del personale che gli obiettivi riceve. Un’obiezione superabile differenziando a monte le posizioni organizzative del personale in funzione della rilevanza strategica assunta dai relativi compiti rispetto al piano programmatico.

La scelta legislativa di regolamentare intensamente la valutazione e di generalizzarla non pregiudica minimamente il fisiologico svolgimento delle dinamiche negoziali dirette a definire gli elementi della *performance*. Ne deriva che circostanze ragionevoli e documentate possono creare le condizioni per

<sup>49</sup> Non bisogna trascurare, del resto, che la valutazione rappresenta la principale esplicazione dell’autonomia organizzativa di ogni ente pubblico: un dato pacifico in letteratura e sviluppato, soprattutto, negli studi diretti a definire gli spazi della legge nella disciplina sui controlli interni delle Regioni e degli Enti Locali. A tal riguardo v. GAMBINO, *Autonomie territoriali e riforme*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2009, p. 52.

non concludere l'accordo. Un'eventualità che può derivare dall'impossibilità nel conseguire una certa utilità organizzativa, a particolari condizioni, o dalla sua irrilevanza. A tali circostanze può aggiungersi il caso dei periodi di prolungata assenza scaturenti, ad esempio, dai congedi di maternità, che, a fronte di comprovate ragioni, possono giustificare la temporanea estromissione dal ciclo di valutazione<sup>50</sup>. Le ipotesi individuate precludono l'accesso al premio<sup>51</sup>: rimanendo indeterminata la condizione sospensiva, l'obbligazione diventa definitivamente inefficace ed ogni aspettativa del dipendente a conseguire l'incentivo verrà meno con effetti retroattivi. Ma l'inconfigurabilità di un obbligo nel valutare il personale non dirigente esclude la possibilità di desumere dal mancato accordo la paralisi delle dinamiche endo-organizzative, che ben potranno esplicarsi in altro modo: gli obiettivi, i comportamenti, la *performance* e la loro valutazione rappresentano solo una delle sue possibili manifestazioni. La loro assenza non preclude il pieno esercizio del potere direttivo e non impedisce il ricorso alle ulteriori capacità del privato datore di lavoro: la gestione del personale rimarrà libera di esprimersi attraverso strategie direttive definite di volta in volta.

Si configura una diversa evenienza qualora il mancato accordo derivi da condotte negoziali scorrette. È possibile isolare due ipotesi: quella in cui il datore di lavoro scelga arbitrariamente di non intavolare la trattativa per conferire l'obiettivo, precludendo a singole unità di personale l'accesso al circuito premiale, e quella in cui la trattativa risulti viziata da condotte contrarie al principio di buona fede.

L'immotivato avvio delle attività negoziali funzionali a definire gli obiettivi ed i comportamenti organizzativi lede l'interesse a che la loro proposta sia formulata, generando, rispetto all'obbligazione premiale, le alterazioni prima osservate. Non meno considerevole è la seconda delle eventualità indicate. La fattispecie negoziale diretta a conferire l'obiettivo, avendo natura contrattuale, non è sottratta al relativo statuto normativo di cui è parte inte-

<sup>50</sup> L'ipotesi potrebbe essere quella in cui la prolungata assenza rende difficile, a fronte di specifici programmi, assegnare obiettivi realizzabili nell'arco di tempo che va dalla data di rientro nel posto di lavoro a quella di chiusura del ciclo di gestione delle *performance*.

<sup>51</sup> Molte delibere CiViT estendono le procedure conciliative, menzionate dall'art. 7, co. 3, lett. c), d.lgs. 150/09, anche all'ipotesi del mancato accordo sull'obiettivo. Il che ha la funzione di promuoverne la conclusione attraverso il coinvolgimento di un organo terzo ed imparziale, confermando sia che la logica dell'accordo è fatta propria dalla commissione – come testimonia anche la delibera n. 104/2010 – sia che ciò può significare anche non concluderlo nei casi di oggettiva impossibilità.



grante anche la buona fede nello svolgimento delle trattative negoziali<sup>52</sup>. Un principio che, letto in rapporto al dovere di solidarietà dell’art. 2 Cost., obbliga ciascuna parte a salvaguardare gli interessi delle rispettive controparti negoziali salvo che non sia eccessivamente gravoso per i propri. L’interpretazione menzionata, pacificamente accolta tanto in letteratura<sup>53</sup> quanto in giurisprudenza<sup>54</sup>, dispiega nella fase esaminata un rilevante potenziale operativo. Nel corso della trattativa non potranno tollerarsi condotte poco trasparenti, volte ad occultare informazioni utili ai fini del negoziato o, comunque, dirette a compromettere la capacità di ponderare l’opportunità, la convenienza e la rispondenza dell’atto negoziale agli interessi della controparte e, in particolare, di quella più debole.

In entrambi i casi non trova applicazione l’art. 1359 cod. civ. su cui fondare l’operare di quella particolare *factio* consistente nel ritenere avverata la condizione – nel caso specifico il conseguimento degli obiettivi e dei comportamenti – qualora essa sia mancata per causa imputabile a chi ha un interesse contrario al suo avveramento. Prescindendo dalle difficoltà operative di tale articolo, la sua inapplicabilità al lavoro pubblico deriva dal divieto, fondato sugli artt. 18, 19 e 14, co. 6, d.lgs. 150/09, di erogare i premi senza preventiva valutazione. Gli articoli da ultimo citati integrano, senza dubbio, una disciplina speciale: una delle «diverse disposizioni» a «carattere imperativo» la cui applicazione è fatta salva dalla seconda parte dell’art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01 pur a fronte del generale rinvio, contenuto nella prima parte del medesimo articolo, alla regolamentazione vigente per il lavoro privato. Appare difficile, quindi, immaginare percorsi interpretativi che rendono inoperante la predetta normativa speciale per applicare quella generale, nel caso di specie

<sup>52</sup> Il riferimento è all’art. 1337 cod. civ.

<sup>53</sup> Tra i tanti studi condotti sul tema si veda CARUSI, *Clausole generali, analogia, paradigma della legge*; CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*; D’AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*; MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*; RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, tutti in *GI*, 2011, p. 1689 ss.; GAZZONI, *op. cit.*; CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro: diffidenza e proposte dottrinali* e SALA, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell’ultimo decennio*, in *DRI*, 2001, p. 237 ss.; PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *DL*, 1995, I, p. 135 ss.

<sup>54</sup> La produzione giurisprudenziale su tale aspetto è molto ampia: tra le più recenti pronunce v. Cass. 29 settembre 2011 n. 19879 e Cass. 6 dicembre 2012 n. 21994. La buona fede è interpretata dalla Suprema Corte come criterio di controllo delle dinamiche relazionali tra i contraenti – v. Cass. 4 marzo 2003 n. 3185 – da cui ricavare doveri di protezione a carico delle parti come specifica anche Cass. 9 luglio 2004 n. 12685.

l'art. 1359 cod. civ., finendo, così, con il capovolgere il principio *lex specialis derogat generali* alla base dell'assetto adottato con il richiamato art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01<sup>55</sup>. Residua, pertanto, la sola configurabilità, a carico del datore di lavoro, della responsabilità contrattuale disciplinata dall'art. 1218 cod. civ. Fatta salva, naturalmente, una ragionevole causa di esclusione dal circuito di valutazione, che, è bene ribadirlo, va comunque formalizzata.

#### 6. *La difficile implementazione della valutazione: a) la vicenda della premialità*

Giunti a questo punto vanno individuati i principali ostacoli all'implementazione del percorso fino ad ora ricostruito. Nel far ciò ci si deve confrontare, anzitutto, con la pervasiva disciplina degli incentivi economici, prestando particolare attenzione alle tecniche legislative, adottate dal 2009 ad oggi, per differenziarne l'attribuzione.

Concentrando l'attenzione sull'art. 19 d.lgs. 150/09, deve osservarsi come il problema posto dalla norma non vada tanto ricercato nella scelta di rimettere all'OIVP la competenza nel realizzare la graduatoria dalle *performance*. Un'attribuzione che, in sé considerata, non altera la titolarità del potere di valutare, che, per espressa previsione legislativa, è appannaggio esclusivo del dirigente<sup>56</sup>. L'OIVP è investito di compiti essenzialmente notarili, essendogli precluso il sindacato sul merito delle valutazioni e potendo realizzare il solo controllo sulla possibilità di ripartire in fasce il personale. Il fulcro della questione va rinvenuto, piuttosto, nell'intreccio della graduatoria adottata

<sup>55</sup> Di specialità della disciplina, come qualcosa di ben diverso dalla oramai anacronistica specialità del rapporto, parlano RUSCIANO, ZOPPOLI L., *Sub. art 2, comma 2, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (D.lgs 3 febbraio 1993, n. 29). Commentario*, in *NLCC*, pp. 1071 e 1072 e più recentemente v. MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro privato*, in CARINCI F., MAINARDI, *op. cit.*, p. 5 ss.

<sup>56</sup> Eloquentemente è l'art. 7, co. 2, lett. c), d.lgs. 150/09, che, come già osservato, rimette la valutazione anche alla competenza del dirigente secondo quanto previsto dagli articoli 16 e 17, co. 1, lett. e-bis), del d.lgs. 165/01. Una competenza, del resto, ampiamente valorizzata da numerose delibere CiViT: in particolare, dalla delibera n. 89/10. In fondo, quello introdotto dal d.lgs. 150/09, rappresenta un espediente, anche diffuso in alcuni contesti privati, volto a garantire la corretta esplicazione procedimentale della valutazione. A tal riguardo v. MERCURIO, ESPOSITO, *op. cit.*

dall'art. 19 con la logica autoritaria e impositiva del d.lgs. 150/09; un incontro da cui derivano effetti che vanno ben oltre quelli fisiologicamente conseguenti all'impiego della predetta tecnica organizzativa, trasfigurandone, di fatto, la funzione.

L'obbligo di scaglionare il personale in tre fasce meticolosamente definite e l'automaticità degli effetti derivanti dalla collocazione in graduatoria incidono criticamente sulla stessa ragion d'essere della valutazione. Le percentuali di riparto adottate dall'art. 19 d.lgs. 150/09 comprimono l'autonomia nel verificare il livello di conseguimento sia degli obiettivi sia dei comportamenti organizzativi e nel proporzionare ad essi la relativa entità del premio: si individuano preventivamente, cioè, i parametri per verificare l'avveramento della condizione sospensiva apposta all'obbligazione premiale. Con il paradosso che il posizionamento in terza fascia, pur non implicando la radicale negazione della capacità di raggiungere una effettiva utilità organizzativa, preclude la possibilità di ottenere la retribuzione di risultato. Sono così accomunate unità di personale che producono risultati differenti, al solo fine di uniformarsi ad un obbligo legale<sup>57</sup>. La valutazione della prestazione si appiattisce pericolosamente sulla conformazione al dettato legislativo. E la premialità vede offuscarsi il suo fisiologico significato socio-organizzativo, poiché il giudizio di sintesi tra obiettivi e comportamenti dovrà includere anche un'altra variabile: il rispetto delle percentuali di differenziazione stabilite dal decreto delegato. È evidente che in questo modo, oltre ad alterare la responsabilità del dirigente-valutatore nell'erogare gli incentivi<sup>58</sup>, il premio non rappresenta più il normale sviluppo della *performance* realmente prodotta.

Non c'è da stupirsi se numerose sono state le resistenze opposte<sup>59</sup>. Certo, la meritocrazia ha dovuto ben presto confrontarsi con l'urgenza di risanare i conti pubblici e da tale confronto è uscita fortemente ridimensionata. Sebbene i principi di selettività fissati dagli artt. 18 e 23 d.lgs. 150/09 conservino

<sup>57</sup> Si concorda con l'opinione di chi rinviene in tale meccanismo una fonte di possibili conflittualità. Per tutti v. RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *DLM*, 2011, p. 188 ss.

<sup>58</sup> La responsabilità indicata trova il suo radicamento giuridico nell'art. 45, co. 4, d.lgs. 165/01.

<sup>59</sup> Non a caso l'opportunità di intervenire su tale meccanismo emerge chiaramente dall'Accordo sul lavoro pubblico tra il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali stipulato il 3 maggio 2011. Dove, nel porre in risalto la necessità di razionalizzare e semplificare i sistemi di valutazione e premialità, si individua come opportuno «... il superamento del sistema della ripartizione dei dipendenti nelle fasce di merito di cui all'art. 19 del decreto ...».

la propria efficacia, il sistema della fasce ha subito, prima, il freno del d.l. 31 maggio 2010 n. 78<sup>60</sup> e, poi, il rinvio disposto dal d.lgs. 1 agosto 2011 n. 141<sup>61</sup>. Tuttavia, l'art. 19 d.lgs. 150/09 non è stato abrogato e sarebbe erroneo sottovalutarne i futuri effetti<sup>62</sup>.

Per snellire le tecniche di promozione del merito, il comma 11-*quinquies* dell'art. 5 l. 135/12 introduce un "super-premio" da distribuire tra i "più meritevoli", individuati in un numero minimo dal legislatore<sup>63</sup>, e quantificato nell'incremento del trattamento accessorio medio entro scaglioni stabiliti dalla medesima disposizione. Anche questa disciplina, pur se ispirata a nobili intenti di semplificazione, alimenta non poche perplessità. Non sono riproposte le rigidità dell'art. 19 d.lgs. 150/09, ma rimane ferma la scelta di regolamentare legislativamente quelle che dovrebbero essere naturali esplicazioni dell'autonomia organizzativa. È un dato che appare evidente, considerando come il "super-premio" debba essere comunque erogato ad un numero predeterminato di dipendenti. Con il rischio di trascurare nuovamente gli andamenti effettivi delle *performance* individuali, dovendo corrispondere l'incentivo anche a fronte di valutazioni complessivamente non elevate. Senza poi contare i dubbi legati al finanziamento della maggiorazione premiale,

<sup>60</sup> Il riferimento è all'art. 9, co. 1, d.l. 78/10 ai sensi del quale per gli anni 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale – ivi compreso il trattamento accessorio – non può superare il trattamento in godimento nell'anno 2010. La Corte dei Conti, nella delibera 2/2011/G, ha chiarito come le restrizioni richiamate abbiano reso inattuabile ogni iniziativa di maggiore remunerazione del merito, sottraendo al d.lgs. 150/09 significativi margini e strumenti operativi. Per ulteriori approfondimenti v. CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in *RGL*, 2010, p. 465 ss.

<sup>61</sup> L'art. 6, co. 1, d.lgs. 141/11 dispone che «la differenziazione retributiva in fasce prevista dagli articoli 19, commi 2 e 3, e 31, co. 2, del decreto legislativo 27 ottobre 2009 n. 150, si applica a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009». La medesima norma, inoltre, prevede che «ai fini previsti dalle citate disposizioni, nelle more dei predetti rinnovi contrattuali, possono essere utilizzate le eventuali economie aggiuntive destinate all'erogazione dei premi dall'articolo 16, co. 5, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011 n. 111».

<sup>62</sup> Soprattutto se si considera come il blocco della contrattazione collettiva, introdotto con l'art. 9, co. 17, del d.l. 78/10, conv. in l. n. 30 luglio 2010 n. 122 e già prorogato dall'art. 16, co. 1, del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, conv. in l. 111/11, non sia stato ulteriormente prorogato con la l. 24 dicembre 2012 n. 228. Ciò contrariamente a quanto si era, invece, paventato nell'originario disegno di legge. Si segnala, a tal proposito, il d.P.R. 4 settembre 2013 n. 122 recante "Regolamento in materia di proroga del blocco della contrattazione e degli automatismi stipendiali per i pubblici dipendenti".

<sup>63</sup> Numero comunque non inferiore al 10 per cento della totalità dei dipendenti valutati.

che deve essere liquidata nei limiti delle risorse disponibili ai sensi dell’articolo 6, co. 1, del d.lgs. 141/11. Il che implica l’impiego delle risorse provenienti dai piani triennali di razionalizzazione e riqualificazione della spesa. Risorse che, nella logica del d.l. 98/11 richiamato dal d.lgs. 141/11, dovrebbero servire a finanziare i premi connessi alla *performance* individuale: quelli su cui va calibrata la maggiorazione introdotta dall’art. 5, co. 11-*quinquies*, l. 7 agosto 2012 n. 135. Così facendo si irrigidisce, caricandolo di aspettative eccessive, lo strumento che avrebbe dovuto rilanciare il ricorso alla premialità dopo il blocco del 2012<sup>64</sup>.

7. Segue. *b) il complesso funzionamento delle dinamiche sindacali dopo il d.lgs. 150/09*

A compromettere l’implementazione delle attività negoziali indicate si aggiungono anche le scelte normative che ostacolano il confronto sindacale: una risorsa preziosa se utilizzata con la dovuta accortezza.

Un primo esempio degli esiti distorsivi prodotti dal d.lgs. 150/09, è offerto dai novellati artt. 5, co. 2, 9 e 40 d.lgs. 165/01. Se gli artt. 40, co. 1, e 9 d.lgs. 165/01 confermano la competenza del contratto collettivo nazionale nella disciplina della partecipazione<sup>65</sup>, l’art. 5, co. 2, d.lgs. 165/01 specifica che sia per l’organizzazione degli uffici sia per l’organizzazione e la direzione del personale il medesimo contratto collettivo può ricorrere esclusivamente all’informazione. Con il sacrificio della possibilità di concertare, secondo quanto tradizionalmente prevedeva la contrattazione collettiva nazionale, i criteri generali di valutazione: una pratica surrogabile con la sola informazione qualora espressamente prevista. Non si tratta di un aspetto marginale: i criteri a cui ci si riferisce consentono di svolgere la valutazione all’interno di ogni ente e, soprattutto, fanno da cornice ai negoziati individuali diretti a

<sup>64</sup> Analogamente ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in *Jus*, 2013, p. 6 ss.

<sup>65</sup> In tal senso v. FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato. Commentario sistematico al d.lgs. 150/09*, 2011, p. 1106 ss.; LUCIANI, *Partecipazione sindacale*, e ID., *Nuove forme di partecipazione alla organizzazione del lavoro*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del Lavoro. Volume III - Lavoro Pubblico*, Giuffrè, 2011 rispettivamente p. 206 ss. e p. 713 ss.; VIMERCATI, *Relazioni sindacali e partecipazione*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 341 ss.

definire gli elementi della *performance*. Il che non significa influenzarne il normale svolgimento, dal momento che i soli protagonisti del negoziato rimangono il datore di lavoro ed il dipendente, bensì tracciare le coordinate organizzative prodromiche al suo sviluppo, creando i presupposti per garantire un'esplicazione sana e reale. È comprensibile, quindi, il timore di acuire le conflittualità insite nella valutazione, che le prime applicazioni del d.lgs. 150/09 hanno evidenziato<sup>66</sup>. E ciò soprattutto in quei comparti dove sono state sperimentate interessanti esperienze su tale versante. Senza poi contare il senso di incertezza che ha accompagnato le relazioni sindacali fino all'entrata in vigore del d.lgs. 141/11 e di cui non ha certo beneficiato la valutazione<sup>67</sup>.

Né incoraggiano gli scenari aperti dall'art. 2, co. 17, l. 135/12, che introduce l'esame congiunto per le sole «misure riguardanti i rapporti di lavoro». L'inciso non brilla per chiarezza, non essendo agevole tracciare un confine netto tra «determinazioni relative all'organizzazione degli uffici e ... misure riguardanti i rapporti di lavoro». Ad ogni modo, il campo applicativo delle «misure riguardanti i rapporti di lavoro» non può che essere delimitato in senso restrittivo. Diversamente si rischierebbe di comprimere eccessivamente l'ambito operativo dell'informazione fino a privarla di un'applicazione effettiva. Con la conseguente alterazione della previsione normativa, che rende l'informazione la principale forma di partecipazione ammessa salvo l'impiego dell'esame congiunto nelle ipotesi specificamente individuate. Pertanto, se i criteri generali della valutazione ne guidano l'esplicazione nell'intera struttura di riferimento, appare difficile non qualificarli come «determinazioni relative all'organizzazione degli uffici» e ritenerli soggetti alla sola informazione.

<sup>66</sup> Significativo è il comparto sanitario su cui v. MONDA, *La gestione premiale nella sanità pubblica e privata: quale spazio per la flessibilità?*, in LIGUORI, ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 257 ss.

<sup>67</sup> Il riferimento è alla delicata questione di diritto intertemporale da cui ha preso avvio un ricco contenzioso giudiziario: in particolare, v. Trib. Torino 2 aprile 2010 e, in senso adesivo, il Trib. Trieste 5 maggio 2010, Trib. Salerno 18 luglio 2010, Trib. Pesaro 19 luglio 2010, Trib. Torino 16 settembre 2010, Trib. Trieste 5 ottobre 2010, in *LPA*, p. 619 ss. con nota di ZILLI. Sulle pronunce indicate v. anche NATULLO, *GIORNALE, Contrattazione collettiva e relazioni sindacali nel regime transitorio della riforma Brunetta*, in *questa rivista*, 2011, p. 109 ss. La vicenda a cui ci si riferisce si è conclusa con il comma 2 dell'art. 5 d.lgs. 141/11, che, nel fornire l'interpretazione autentica dell'art. 65, co. 5, d.lgs. 150/09, rinvia alla successiva tornata contrattuale l'efficacia delle sole norme sul procedimento negoziale. Si lascia intendere, così, che le disposizioni direttamente incidenti sulle relazioni sindacali, ed è il caso degli articoli discussi, sono immediatamente operative.

Non va trascurato, inoltre, che il ridimensionamento delle modalità di confronto con il sindacato coinvolge anche il contratto integrativo, riducendolo a strumento che ratifica, o integra marginalmente, assetti già sviluppati in altra sede<sup>68</sup>. Il d.lgs. 150/09 si spinge fino ad alterarne la stessa connotazione ontologica, privandolo della sua natura di veicolo di gestione flessibile che ciascun ente deve usare responsabilmente<sup>69</sup>. Ciò per effetto sia delle misure che ne circoscrivono l'area di competenza a quella individuata dalla legge sia dei vincoli che finalizzano il salario accessorio a criteri di selettività, merito e qualità della *performance*<sup>70</sup>. Il d.lgs. 150/09, infatti, si spinge fino a predefinire, in virtù degli artt. 40 e 40-*bis* d.lgs. 150/09, gli stessi esiti negoziali del contratto integrativo: assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance*.

Ne deriva un quadro normativo che sacrifica l'opportunità di saldare la corresponsione degli incentivi alla valutazione. Depotenziando il ruolo del contratto integrativo, nelle modalità indicate, si compromette la possibilità di modulare le tipologie premiali e adattare alle specifiche peculiarità delle singole strategie direttive<sup>71</sup>. Il che pregiudica la possibilità di modellare il premio in modo da raccordare la prestazione ai programmi di lavoro, determinati in funzione delle scelte strategiche assunte, e contribuire, con la mediazione della valutazione, ad intensificare l'integrazione di ogni attività lavorativa nel contesto in cui si svolge. Una chiara testimonianza della rigidità introdotta si rinviene nell'assenza di incentivi collettivi in senso proprio. Il Titolo III, oltre a non contemplarli espressamente<sup>72</sup>, preclude la possibilità di introdurli

<sup>68</sup> V. C. Conti, *Rendiconto generale anno 2010*, p. 347.

<sup>69</sup> V. ZOPPOLI L., *Contratto, contrattualizzazione contrattualismo*, cit., p. 193 ss.

<sup>70</sup> In senso analogo v. GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica*, cit., p. 360 secondo cui la contrattazione collettiva verte «in una condizione che potrebbe definirsi di libertà vigilata». Analogamente v. GRAGNOLI, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CARINCI F., MAINARDI, *op. cit.*, p. 91 ss. ed il commento di PUTATURO DONATI al Titolo III del d.lgs. 150/09 in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *op. cit.*, p. 1488 ss.

<sup>71</sup> Una questione molto problematica per quei comparti dove gli incentivi collettivi sono largamente utilizzati, per stimolare forme di auto-coordinamento interindividuale nei gruppi di lavoro e responsabilizzare le molteplici professionalità coinvolte. Un valido esempio è offerto ancora dal comparto sanitario su cui v. MONDA, *La gestione premiale*, cit., p. 257 ss.

<sup>72</sup> Quanto detto non è smentito dall'art. 22 d.lgs. 150/09, che disciplina il premio annuale per l'innovazione. L'istituzione di un premio destinato al progetto “in grado di produrre un significativo cambiamento dei servizi offerti o dei processi interni di lavoro”, non consente di ricorrere ad incentivi collettivi secondo le modalità sopra indicate. La citata disposizione subordina

per via contrattuale: gli artt. 17 e ss. d.lgs. 150/09 hanno carattere imperativo ed ogni loro deroga implica la nullità del contratto. Con l'effetto di imporre la premialità individuale anche in contesti dove risulta poco funzionale.

8. *La valutazione del personale tra rigore legislativo e mancato controllo esterno: le difficoltà dell'amministrazione di risultato*

Dall'analisi compiuta traspare come le recenti riforme sviluppino un quadro giuridico che non riesce a definire un virtuoso equilibrio tra l'implementazione delle logiche privatistiche e le tecniche con cui garantire la qualità dei risultati conseguiti. Un equilibrio che non può essere trovato surrogando con la regolamentazione eteronoma una sinergia essenziale per la moderna amministrazione: quella intercorrente tra l'autonoma direzione delle risorse umane ed il monitoraggio sulla qualità dei risultati finali. È in tale binomio che si racchiude l'essenza dell'amministrazione di risultato anche se la sua effettiva attuazione risulta, ancora oggi, molto debole. Appare, quindi, prioritario rilanciare una concreta autonomia nello sviluppo dei processi gestionali e soprattutto in quelli fino ad ora trattati, garantendo maggiore flessibilità nella costituzione dei parametri di valutazione e snellendo il pesante apparato normativo che intende guidarne, o anche solo influenzarne, le modalità esplicative. Ma ciò solo dopo aver preso coscienza della necessità di attivare un serio meccanismo di verifica sui risultati esterni: un tassello imprescindibile nel modello adottato dalla riforma sul lavoro pubblico<sup>73</sup>.

La questione indicata è nota in letteratura, che, in più occasioni, ne ha

l'erogazione del premio ad una valutazione selettiva, che dovrà individuare il progetto "migliore" tra quelli realizzati all'interno dell'amministrazione nell'anno di riferimento: compito, quest'ultimo, rimesso all'OIVP sulla "base di una valutazione comparativa delle candidature presentate da singoli dirigenti e dipendenti o da gruppi di lavoro". Ciò lascia intendere che non tutti i progetti realizzati potranno essere premiati: l'erogazione dell'incentivo non dipenderà dal grado di conseguimento dell'obiettivo di gruppo, bensì dagli esiti di una "valutazione comparativa" e per di più terza. L'art. 22 d.lgs. 150/09 è ben lontano dal consentire un'organizzazione del lavoro per gruppi; la logica di tale norma, tutto sommato non diversa dall'impianto assiologico dell'art. 19 d.lgs. 150/09, va rinvenuta, ancora una volta, nella selezione imposta per legge del "migliore".

<sup>73</sup> La sua assenza ha determinato le difficoltà espresse da CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 38 ss. e da D'ORTA, *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *LPA*, 2011, p. 391 ss.



messo in evidenza il ruolo cruciale<sup>74</sup>. La valutazione oggettiva sul risultato finale rappresenta l'unica strada percorribile per conferire razionalità ad ogni aspetto dell'autonomia organizzativa; una razionalità, sia ben chiaro, radicata nella tensione dei circuiti gestionali verso servizi di qualità e, in un certo senso, da questi ultimi resa oggettiva. Solo così è possibile garantire una direzione virtuosa, depurata dalle fin troppo note patologie ed espressione di una sana relazione tra politica e dirigenza<sup>75</sup>. Una relazione dove: la dirigenza, autentico fulcro delle dinamiche organizzative sviluppate nel corso della presente riflessione, può esprimere la propria soggettività professionale, che trova nella qualità dei risultati prodotti la sua principale, anche se non esclusiva, fonte<sup>76</sup>; la politica, a sua volta, è indotta a vedere nel dirigente una risorsa preziosa a cui affidare, in ragione delle sue competenze, la realizzazione di risultati utili alla collettività. La valutazione sul risultato finale è un tema complesso e molto articolato, ma, nei limiti di tale analisi, è comunque opportuno esprimere qualche essenziale considerazione.

Il d.lgs. 150/09, anzitutto, appare consapevole della sua rilevanza. Anzi, al fine di avviare un controllo esterno sul risultato finale valorizza la tecnica degli standard: valori programmati per ciascuna tipologia di amministrazione, differenziati in funzione del servizio erogato e diretti ad identificare la soglia qualitativa a cui ciascun ente pubblico dovrà allinearsi<sup>77</sup>. Ogni amministrazione è tenuta, dunque, ad incentrare la programmazione delle sue attività organizzative su precisi parametri di riferimento<sup>78</sup>. Il che significa: mappare

<sup>74</sup> Significativi sono gli interventi di ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 461 ss.; ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 4*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 1096 ss.; ZOPPOLI A., *Dirigenza, contratto di lavoro*, cit. Da ultimo v. SPINELLI, *op. cit.*

<sup>75</sup> Sulla rilevanza di tale rapporto v., da ultimo, *Ammodernamento della Pubblica Amministrazione, crescita e competitività del Paese*, p. 16 paper coordinato da CERULLI IRELLI ad alla cui elaborazione hanno collaborato BASSANINI, D'ALESSIO, FIORENTINO, GAROFOLI, MATTARELLA, NATALINI, PAPARO, SANDULLI, TIBERI, VESPERINI.

<sup>76</sup> Il riferimento va alle potenzialità del ruolo unico ed alla sua capacità di creare un mercato della dirigenza. Temi approfonditi, anche quanto alle conseguenze derivanti dalla sua riforma, da molti autori v., per tutti, ZOPPOLI A., *Dal ruolo unico ai ruoli della dirigenza statale: e la privatizzazione?*, in *LPA*, 2002, p. 1038 ss.

<sup>77</sup> Non è un caso, infatti, che la CiViT auspichi l'intreccio tra il Piano delle *Performance* ed il documento con cui si individuano gli standard di qualità. Questi due atti "dovrebbero essere chiaramente collegati; invece, solo il 35% dei piani menziona i relativi standard e, a loro volta, solo il 38% degli standard contiene riferimenti al piano della *performance*".

<sup>78</sup> Sintomatico di tale volontà è già l'art. 4 della l. 4 marzo 2009 n. 15 che introduce «l'ob-

i servizi erogati; individuare il livello qualitativo atteso; programmare le attività strategiche; definire gli obiettivi operativi<sup>79</sup>. Gli standard rappresentano il filo rosso che congiunge i molteplici snodi del ciclo di gestione delle *performance*. Ad essi è affidato il delicato compito di proiettare sui vertici organizzativi una specifica “domanda di qualità”, che ciascuno, attraverso le sue competenze, diffonderà in tutti i gangli dell’amministrazione. Tuttavia, trascorsi quattro anni dall’entrata in vigore del d.lgs. 150/09, la tecnica degli standard ha avuto una diffusione ridotta ed estremamente problematica<sup>80</sup>.

Non è semplice identificare le cause che ne hanno determinato il mancato decollo. Certo, il ricorso agli standard non ha beneficiato delle note ambiguità sul ruolo dell’OIVP nel monitorare la qualità del servizio<sup>81</sup>. Ma pare opportuno rimarcare come una buona dose di responsabilità vada riconosciuta alle incertezze sui soggetti e sulle tecniche mediante cui definirli.

Le delibere n. 1/2010 e 88/2010 rimettono al singolo ente la competenza nel formularli. Una soluzione rischiosa, perché il ricorso a pratiche di confronto con altre amministrazioni o l’impiego di serie temporali, volte a comparare l’evoluzione storica dei livelli di qualità, è stata resa solo eventuale. E ciò ha prodotto stalli che non era certo difficile presagire. Quella indicata poteva rappresentare una modalità per avviare il modello a cui, però, doveva seguire un processo di standardizzazione effettivo, reale, istituzionalizzato ed incisivo. Si potrebbe obiettare che l’operazione è assai complessa, poiché l’universo delle amministrazioni è variegato e non si può pensare di livellarlo

bligo per le amministrazioni, i cui indicatori di efficienza o produttività si discostino in misura significativa, secondo parametri deliberati dall’organismo centrale di cui al comma 2, lett. f, (CIViT) dai valori medi dei medesimi indicatori rilevati tra le amministrazioni omologhe rientranti nel 25 per cento delle amministrazioni con i rendimenti più alti, di fissare ai propri dirigenti, tra gli obiettivi di cui alla lett. b, del medesimo comma 2, l’obiettivo di allineamento entro un termine ragionevole ai parametri deliberati dal citato organismo centrale e, infine, a prevedere l’attivazione di canali di comunicazione diretta utilizzabili dai cittadini per la segnalazione di disfunzioni di qualsiasi natura nelle amministrazioni pubbliche».

<sup>79</sup> In tal senso v. delibera CIViT n. 88/2010.

<sup>80</sup> Rileva la CIViT – *Rapporto generale*, cit. – come “nel corso del 2011, 24 amministrazioni centrali (fra le quali 7 Ministeri) hanno approvato gli standard di qualità per i propri servizi pubblici e li hanno trasmessi alla CIViT. Nel corso del 2012, gli standard di qualità sono stati quindi adottati e trasmessi da ulteriori 13 amministrazioni centrali (fra le quali 4 Ministeri), oltre che dal Ministero dell’Interno e dall’ENEA, le quali risultano le uniche amministrazioni ad aver provveduto ad aggiornare e/o trasmettere a CIViT gli standard di qualità nel 2012”.

<sup>81</sup> La natura ambivalente dell’OIVP è stata prontamente messa in luce da ZOPPOLI A., *L’indipendenza dei dirigenti*, cit., p. 156 ss.

meccanicamente. Un’affermazione vera, ma sarebbe un errore ritenere preclusa la possibilità di percorrere la via degli standard, rispettando, contestualmente, il pluralismo amministrativo<sup>82</sup>. Al contrario, una possibile soluzione potrebbe consistere nel promuovere, mediante i soggetti istituzionalmente chiamati a rappresentare le singole amministrazioni, l’elaborazione di *cluster*, eventualmente modellati su base regionale, costruendoli in modo da preservare le minime condizioni di omogeneità tra i soggetti inclusi. Ricorrendo a pratiche di *benchmarking* esterno, potrebbero elaborarsi specifici livelli qualitativi del servizio senza timore di incorrere in patologiche distorsioni<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> L’art. 13, co. 6, lett. h), d.lgs. 150/09 pone a carico della CiViT il compito di promuovere analisi comparate della *performance* delle amministrazioni pubbliche sulla base di indicatori di andamento gestionale e la loro diffusione attraverso la pubblicazione nei siti istituzionali o altre modalità ritenute utili: in tal senso v. anche la delibera CiViT n. 88/2010. Il dibattito sul tema si presenta particolarmente ricco. Tra gli interventi più recenti v. MASTROGIUSEPPE, VIGNOCCHI, *Standard: un connubio che può funzionare*, in LPA, 2012, p. 359 ss. e BARABASCHI, GASPARRINI, VIGNOCCHI, *Misurare l’efficienza della p.a.: l’applicazione di un metodo e le sue ricadute sulle politiche del personale*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, in RU, 2011, p. 17 ss. Sul punto v. anche i rapporti Fornez *Definizione del sistema di misurazione e valutazione della Performance Organizzativa. Principi e criteri*, 2012 e *Il ciclo di gestione della performance negli Enti Locali. Esperienze e Leading practices*, 2011.

<sup>83</sup> L’implementazione della valutazione, pur a fronte delle difficoltà indicate nel testo, non sempre trova un valido supposto nella recente legislazione. In tal senso eloquente è l’esempio dell’art. 5 d.l. 31 agosto 2013 n. 101, che trasferiva all’Aran i poteri esercitati dalla CiViT in tema di valutazione. L’articolo, dopo appena due mesi dalla sua entrata in vigore, è stato, con riferimento specifico a tale profilo, abrogato dalla l. 30 ottobre 2013 n. 125, ma è comunque opportuno ripercorrerne, seppur sinteticamente, le linee essenziali. Come si accennava, il d.l. 101/13 intendeva concentrare le funzioni della CiViT sulla sola trasparenza, rimettendo tutti i suoi compiti in materia di valutazione all’ARAN. La scelta legislativa è apparsa da subito molto rischiosa. Se già con il d.lgs. 150/09 si offre una composizione dell’ARAN dove il ruolo dell’Esecutivo risulta molto forte – come dimostrano le modalità di nomina del Presidente e di due dei quattro membri del Collegio di indirizzo e di controllo su cui v. DELFINO, *Comitati di settore, e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e Tecnica*, cit., p. 201 –, non c’è dubbio che il citato decreto legge consolidava questa situazione di prevalenza. I due componenti aggiuntivi, che per effetto dell’art. 5, co. 2, d.l. 101/13 integravano l’originario organico del Collegio di indirizzo e controllo, venivano individuati dall’Esecutivo, con la conseguenza che la maggioranza di tale organismo diventava di nomina governativa – per qualche considerazione al riguardo v. anche ZOPPOLI L., DELFINO, *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam, in corso di pubblicazione –. In questo modo, considerato che l’ARAN assume le sue decisioni a maggioranza e che ad esse partecipano tanto il Presidente quanto i membri del Collegio, il d.l. 101/13 creava i presupposti per esporre al controllo dell’Esecutivo l’esercizio di funzioni cruciali per il buon andamento della valutazione. Un timore confermato dalla scelta di rimettere direttamente al Dipartimento della funzione

Le difficoltà richiamate non sono le sole.

Il corretto operare delle dinamiche intrinseche al controllo sul servizio finale dipende anche da appropriate conseguenze operanti, nel caso di mancata realizzazione degli standard pianificati, sia per la dirigenza sia per la politica: solo responsabilizzando entrambi è possibile ottenere la razionalità prima accennata. Anche su questo fronte le ambiguità del d.lgs. 150/09 non sono mancate e appaiono anche maggiori di quelle esaminate fino ad ora.

Quanto ai dirigenti, se lo standard struttura la *performance* organizzativa ed esprime la soglia qualitativa del servizio, il suo mancato raggiungimento funge da presupposto oggettivo su cui innestare la responsabilità di risultato. Il problema rimane la politica: per essa, allo stato attuale, nulla si prevede. Anzi, il d.lgs. 150/09 presenta una contraddizione di fondo. Ogni alterazione del ciclo di gestione della *performance*, incluse le anomalie relative alla pianificazione strategica delle attività, sono sanzionate, oltre che con il blocco delle assunzioni, attraverso il divieto di erogare la retribuzione di risultato a tutto il personale dirigente e non. Non si dubita affatto che in passato il ricorso ai premi sia avvenuto prescindendo da una seria programmazione e gestione del personale, diventando un costo insostenibile per le amministrazioni<sup>84</sup>. Il legislatore delegato, però, omette di considerare come tali anomalie siano spesso causate dall'agire di chi dovrebbe dare impulso alla valutazione: gli organi di indirizzo. Nulla si dispone quando le patologie dipendono dalle competenze ad essi rimesse: il vuoto che ne scaturisce non è marginale.

pubblica i compiti della CiViT in “materia di qualità dei servizi pubblici”. Né sembrava possibile individuare un valido antidoto a tale deriva nell'art. 5, co. 2, d.l. 101/13 secondo cui i due componenti aggiuntivi del Collegio dovevano essere scelti tra “esperti in tema di servizi pubblici, management, misurazione della performance e valutazione del personale”: tali competenze non erano estese né al Presidente dell'Aran né agli altri componenti del Collegio di indirizzo e controllo. I poteri di cui si discorre, considerando il rilievo assunto, richiedono adeguate garanzie di indipendenza dalla politica: un'esigenza non estranea al d.lgs. 150/09 tanto da prevedere un accordo *bipartisan*, raggiunto nelle Commissioni parlamentari competenti, per la nomina dei membri CiViT e rimasto intatto anche dopo il d.l. 101/13. Si comprendono, allora, le ragioni che portano a ritenere opportuna la marcia indietro compiuta su questo aspetto: più che continui e radicali stravolgimenti normativi, il lavoro pubblico necessiterebbe, come recentemente si è scritto, di “un sano crepuscolarismo, nel duplice senso in cui le amministrazioni non hanno bisogno della luce accecante dei palcoscenici ma di una più soffusa illuminazione, che le renda sì visibili (trasparenti) ai cittadini ma anche inclini a curare nel dettaglio di ognuna la migliore disposizione dei propri arredi” (ZOPPOLI L., *Bentornata realtà*, cit., p. 24).

<sup>84</sup> Per approfondire tali aspetti v. l'analisi organizzativa e sociologica contenuta nella parte seconda di MERCURIO, ZOPPOLI A., *Politica e amministrazione nelle autonomie locali*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 141-222.

Il Rapporto generale sul ciclo di gestione della *performance* 2012 conferma come gran parte delle patologie legate al ciclo di valutazione siano riconducibili ad atti che, pur essendo definiti con il supporto della dirigenza, sono rimessi alla sola competenza degli organi di indirizzo: emblematico è il caso del Piano delle *Performance*<sup>85</sup>. Per essi, nonostante la titolarità esclusiva di funzioni programmatiche, nulla è previsto quando il Piano non è adottato o è difforme ai paradigmi normativi<sup>86</sup>. Ed è chiaro che questa mancanza rischia di perpetuare condotte non sempre orientate al bene della comunità. Senza dubbio un valido antidoto all'opportunismo politico è offerto da una dirigenza autorevole, che sappia far valere il proprio ruolo anche nei confronti della politica. Ma è irragionevole sanzionare solo la dirigenza per una competenza di cui non ha la piena titolarità.

Un possibile elemento di rottura del circuito vizioso indicato può provenire dalla disciplina sulla trasparenza, che espone le dinamiche organizzative al controllo diffuso degli utenti<sup>87</sup>. Una leva estremamente utile, ma che ancora stenta a decollare: la stessa CiViT evidenzia come le norme sulla trasparenza registrino forti ritardi attuativi. Ed invece pare giunto il tempo di sfruttare tutti i mezzi possibili per costruire percorsi coerenti con l'effettivo ruolo che la politica oggi assume. Non mancano talune sollecitazioni in tal senso. È il caso del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 149, che, per le ipotesi di dissesto finanziario, sanziona la cattiva politica con una fattispecie denominata, in modo significativo, "responsabilità politica" e che implica l'ineleggibilità a qualsiasi carica per un decennio. La sanzione è pervasiva ed alimenta non poche discussioni<sup>88</sup>, ma spinge a riflettere seriamente sul ruolo assunto dalla politica in un'amministrazione orientata al risultato; un ruolo che la rende protago-

<sup>85</sup> La CiViT mette in luce, nel Rapporto generale sull'avvio del ciclo di gestione della *performance* 2012, come, su di un campione di 80 amministrazioni centrali, il 30% di esse (24 su 80) sia inadempiente rispetto al piano della *performance*. Il che segna un peggioramento della situazione rispetto all'anno precedente visto che nel 2011, le amministrazioni inadempienti erano il 13,6% del totale e tra esse non compariva nessun ministero. Il 27,5% delle amministrazioni (22 su 80) è inadempiente rispetto al sistema di misurazione e valutazione delle *performance*. Mentre il 40% delle amministrazioni (32 su 80) è inadempiente rispetto al programma triennale per la trasparenza e l'integrità. Anche in questo caso si registra un peggioramento della situazione rispetto all'anno precedente, poiché nel 2011, gli enti inadempienti erano il 10,5% del totale anche se tra essi compariva un ministero.

<sup>86</sup> Sul punto v. già SANTUCCI, MONDA, *op. cit.*, p. 281 ss.

<sup>87</sup> Il riferimento è al d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33, che intende sviluppare un articolato ed organico quadro normativo sul tema della trasparenza.

<sup>88</sup> Per tutti v. BIN, *Fallimento politico: l'obiettivo è chiaro, le norme no*, in *GEL*, 2011, p. 68 ss.

nista dei circuiti di *governance* e da cui non possono non derivare nuove forme di responsabilità<sup>89</sup>.

### Abstract

Nel contributo l'a. analizza le modalità di assegnazione degli obiettivi e dei comportamenti organizzativi, configuranti la *performance* individuale, per chiarire se essi debbano essere conferiti con atti negoziali unilaterali o bilaterali. La ricostruzione proposta consente di escludere la prima delle soluzioni indicate e di valorizzare il consenso di entrambe le parti nel costituire i parametri della *performance* individuale: solo così è possibile preservare gli interessi di cui è portatore il valutato. Il saggio prosegue analizzando la struttura dell'accordo: si approfondiscono, in particolare, il ruolo del dirigente nel formulare la proposta di obiettivo ed i contenuti dell'accettazione espressa dal dipendente. Si osserva, inoltre, come la conclusione dell'accordo produca effetti obbligatori limitati al dirigente, che potrà valutare il personale ed erogare i premi solo attraverso gli obiettivi ed i comportamenti organizzativi concordati. Quanto al valutato, invece, si esclude la configurabilità di vincoli nel conseguire gli obiettivi ed i comportamenti prefissati, poiché tale eventualità implicherebbe una disposizione illegittima del contratto di lavoro. Il saggio, infine, esamina l'impatto che il "presidio" legislativo delle dinamiche socio-organizzative, generato dal d.lgs. 150/09, produce sul percorso negoziale ricostruito, condizionandone profondamente la relativa esplicazione.

The article deals with how to assign the objectives and the organisation skills of the individual performance, to clarify whether they should be conferred unilaterally or not. The Author considers necessary the agreement to define the elements of individual performance: only in this way it is possible to protect the employee's interests. The article analyses then the structure of that agreement: in particular, the role of the manager in formulating the proposal of the objective and the employee's acceptance is examined. In this regard it is specified that the agreement produces mandatory obligations only on the evaluator: he/she cannot use parameters other than those agreed to assess the employees and to pay to them the variable wage. As regards as the employee, it is excluded the obligation to achieve the prefixed objectives and organisation skills: this solution would imply an illegal use of the employment contract. Finally the article examines the impact that the legal protection of the organisational dynamics, coming from Legislative Decree no. 150/09, produces on the analysed negotiations and highlights the alterations that derive from it.

<sup>89</sup> Appare assolutamente condivisibile l'opinione di chi scrive "... si continua a ritenere che gli organi di indirizzo politico-amministrativo debbano rispondere soltanto (*ex post*) al «popolo sovrano» che li ha scelti ed ha il potere di non riconfermarli. *L'ingenuità di questa rozza concezione della responsabilità politica è di tutta evidenza* (mio il corsivo) ..." GARILLI, *Dove va il pubblico impiego?*, in NAPOLI, GARILLI, *op. cit.*, p. 1088.

**Corte costituzionale – Sentenza 22 maggio 2013 n. 108 – Pres. Gallo - Red. Mazzella**

**Lavoro e occupazione - Disoccupazione involontaria in caso di crisi aziendali, occupazionali o di licenziamento - Apprendisti - Estensione dell'indennità di disoccupazione in via sperimentale per il triennio 2009-2011, subordinatamente all'intervento integrativo a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva - Asserita violazione del principio di ragionevole eguaglianza nella tutela del lavoro e nel sostegno alla disoccupazione involontaria - Insussistenza - Natura incentivante e sperimentale dell'istituto - Non fondatezza della questione.**

*Dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, co. 1, lett. c), d.l. 29 novembre 2008 n. 185, convertito in legge dall'art. 1, l. 28 gennaio 2009 n. 2, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 4 e 38 Cost., dal Tribunale di Lucca.*

*Premesso che l'evoluzione del quadro normativo avutasi dopo la pronuncia dell'ordinanza di rimessione (art. 2, co. 1 e 55, l. 28 giugno 2012 n. 92) è ininfluente nel presente giudizio in quanto gli eventi precedenti alla data di decorrenza della nuova disciplina (1° gennaio 2013) restano disciplinati dalla previgente normativa, inclusa la disposizione oggetto della presente questione, va precisato che con la disposizione censurata il legislatore ha inteso verificare la possibilità di realizzare una tutela a favore degli apprendisti sospesi o licenziati mediante l'intervento degli enti bilaterali. A tal fine ha stabilito, in via transitoria, lo stanziamento di determinati fondi, disponendo che, ove le parti sociali avessero effettivamente previsto quell'intervento, essi avrebbero potuto essere impiegati a favore della predetta categoria di lavoratori. Pertanto, la natura incentivante e sperimentale dell'istituto così previsto ne esclude il carattere irragionevolmente discriminatorio a danno di lavoratori appartenenti a settori produttivi nei quali non sia stato previsto un*

*ente bilaterale, appunto perché non si tratta di una misura introdotta stabilmente e diretta a configurare un incondizionato diritto soggettivo in capo ai lavoratori. Tanto più che il legislatore ha disposto che, in caso di mancato intervento degli enti bilaterali, i lavoratori (inclusi gli apprendisti) accedono direttamente ai trattamenti in deroga alla normativa vigente e possono, dunque, usufruire di tali misure. Il fatto, poi, che nella Regione di residenza del ricorrente nel giudizio principale non sia stata attivata l'indennità di mobilità in deroga costituisce un limite generale di quella categoria di ammortizzatori sociali, limite che, di per sé, non vale a rendere irragionevole il diverso istituto dell'indennità di disoccupazione di cui all'art. 19, co. 1, d.l. 185/2008.*

★ ★ ★

## **Pasquale Sandulli**

### **Il ruolo degli enti bilaterali nel sostegno al reddito degli apprendisti**

1. Una sentenza piuttosto asciutta, sviluppata con criterio essenzialmente tecnico, resa per di più con riferimento ad una norma avente carattere di sperimentaltà e comunque già abrogata: ci sarebbero i presupposti per limitare a due battute il commento e disporne l'archiviazione. Eppure, la questione richiama l'attenzione su profili di rilievo generale, sia per il sistema di sicurezza sociale sia per l'ordinamento sindacale: si pensi, *in primis*, alla idoneità degli strumenti privatistici a realizzare obiettivi di sicurezza sociale in una logica – per la verità trascurata dalla sentenza (*infra*) – di integrazione con gli strumenti pubblici; secondariamente, ma non tanto, si pensi alla opportunità politica che il legislatore utilizzi, nella indicata prospettiva, strumenti di derivazione sindacale. Pertinenti poi al tema del sostegno al reddito sono le problematiche riferibili ai presupposti soggettivi per la relativa erogazione, che – seppur estranee alla decisione, e come tali escluse da questo commento – valgono a collocare e qualificare la provvidenza in esame nel complessivo sistema: tra di essi spicca la “condizionalità”<sup>1</sup>, che si accompagna

<sup>1</sup> Sulla portata generale di questo presupposto per l'accesso alla erogazione delle prestazioni di sostegno del reddito, cfr. LISO, *Appunti su alcuni profili dell'articolo 19, decreto-legge n. 185/2008 convertito nella legge n. 2/2009*, in *RDSS*, 2009, p. 703 ss. ed il dibattito sviluppatosi sulla relazione



alla dilatazione, anche essa in via sperimentale, dell'ambito di intervento di dette prestazioni oltre l'area del lavoro dipendente in senso stretto<sup>2</sup>: problematiche comunque largamente evolute per effetto delle intervenute abrogazioni e della integrale sostituzione della disciplina del 2008 disposta dagli artt. 2, 3 e 4 della legge 28 giugno 2012 n. 92<sup>3</sup>.

2. Superata con qualche disinvoltura la questione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato, ritenendosi non alterati i termini della questione sollevata dal riferimento del giudice rimettente, oltre che al comma 1, anche al comma 1bis<sup>4</sup>, dell'art. 19, la sentenza si concentra sul punto della possibile disparità di trattamento. Questa viene prospettata in relazione alla norma che, in favore degli assunti come apprendisti, nella lettera c subordina – ma il condizionamento è presente anche per l'erogazione della risalente ed allora consolidata indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con i requisiti normali (lett. a) o con i requisiti ridotti (lett. b) – l'erogazione, disposta in via sperimentale, della prestazione “ad un intervento integrativo pari almeno alla misura del venti per cento a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva”. Tale disparità sarebbe alimentata (sempre secondo la tesi del giudice rimettente) dalla circostanza che la diffusione degli enti bilaterali non copre tutti i settori produttivi, oltre che dall'essere la vincolatività dell'azione degli enti bilaterali condizionata dall'adesione ai sindacati contraenti. Disparità che viene, invece, ovviata – a giu-

di GRAGNOLI, svolta sul tema *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, in occasione del XVII Congresso Nazionale Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Pisa, 9 giugno 2012.

<sup>2</sup> È sintomatica la comunanza del carattere sperimentale della provvidenza fra apprendisti e collaboratori continuativi a progetto (art. 19, co. 2); sulla relativa evoluzione di questa scelta, EMILIANI, *L'indennità di disoccupazione per i collaboratori*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013.

<sup>3</sup> L'economia di questo commento non consente un approfondimento delle nuove norme; basta qui il rinvio a CINELLI, *Il Welfare tra risparmio e razionalizzazione*, e BOZZAO, *L'assicurazione sociale per l'impiego*, entrambi in *Il nuovo mercato del lavoro*, cit.

<sup>4</sup> Ivi la previsione di obblighi procedurali gravanti, oltre che sul datore di lavoro, anche sul lavoratore in termini di dichiarazione di disponibilità, nonché il meccanismo sostitutivo per il caso di mancato intervento integrativo del bilateralismo: meccanismo dunque in qualche modo integrante proprio la fattispecie sottoposta alla valutazione della Corte, in senso rafforzativo, dunque, della opzione di legittimità costituzionale (*infra*, par. 2).

dizio della Corte – dalla considerazione che l'intervento del legislatore avrebbe come obiettivo primario quello della incentivazione del sistema della bilateralità e solo indirettamente l'introduzione – peraltro in via sperimentale – della erogazione della nuova provvidenza sociale in favore dei lavoratori apprendisti colpiti da crisi aziendale o occupazionale o da licenziamento. In una sorta di ribaltamento del rapporto fra mezzo e fine, cui farebbe da sponda il comma *1bis*, concorrente alla definizione complessiva dell'intervento sociale *de quo*, l'eventuale assenza dell'ente bilaterale sarebbe corretta dal diretto utilizzo del trattamento di Cigs o di mobilità in deroga: nessun effetto negativo ricadrebbe dunque sui lavoratori apprendisti, quand'anche estranei al sistema del bilateralismo. A questo dato la Corte aggiunge la circostanza che l'iniziativa per gli apprendisti si connota per il già richiamato carattere sperimentale (il che peraltro non varrebbe per gli altri lavoratori interessati dalle lettere *a* e *b* dello stesso comma), e che comunque la limitatezza delle risorse, di derivazione erariale, finisce per produrre un effetto di parificazione.

3. Questa impostazione ha consentito alla Corte di non dover affrontare i temi, sottesi, della individuazione della fonte di derivazione degli enti bilaterali e della correlata loro natura giuridica, nonché dei riflessi dell'uno e dell'altro sulla capacità di attrazione di detti enti nei confronti dei potenziali destinatari, e loro idoneità alla proiezione espansiva dei risultati dell'azione svolta. Sarebbe stato, invece, un approccio propriamente di diritto sindacale, sebbene collocato ai margini di quell'ordinamento. Una marginalità riferibile alla loro minore importanza (di per sé evidente rispetto al complesso delle relazioni industriali applicate al mondo del lavoro produttivo) o della loro receniorità – seppure siano tuttora operanti, ma risalenti nel tempo, significativi esempi di bilateralismo nel segmento della previdenza pensionistica di secondo livello, formati in un passato piuttosto remoto nell'ambito creditizio, ovvero di bilateralismo di supporto alla gestione dei rapporti di lavoro, da cui è segnata la storia delle relazioni industriali nel settore dell'edilizia, grazie alla istituzione delle casse edili –: minore importanza e receniorità che attengono alla dimensione essenzialmente quantitativa del fenomeno, per la quale la marginalità si identifica con il peso del fenomeno. Qui però interessa un approccio qualitativo, intesa come collocazione, appunto, ai margini fra sistema sindacale e sistema previdenziale, per la convergenza funzionale del bilateralismo con gli assetti strumentali volti alla realizzazione in

chiave privatistica di obiettivi integrativi del sistema pubblico di sicurezza sociale, per di più oscillanti fra concezione previdenziale e concezione assistenziale. Una zona di confine, quella del bilateralismo, in cui confluiscono strumenti ed interessi privati di rango collettivo/sindacale, comunque a vocazione sociale, ed obiettivi di rilievo generale<sup>5</sup>.

4. Lascia perciò perplessi lo sforzo della Corte costituzionale di configurare, quale prevalente valore della norma, comparabile ai fini della legittimità costituzionale con quello della parità, quello della implementazione in sé del sistema di bilateralità<sup>6</sup>, magari trascurando il criterio di una corretta ripartizione delle purtroppo scarse risorse.

La derivazione sindacale degli enti bilaterali, e la intrinseca limitazione di efficacia soggettiva dei relativi accordi istitutivi, ancorché assunti a livello di comparativamente maggiore rappresentatività, scontano il principio di libertà sindacale, che opera anche in questa zona di confine dell'ordinamento sindacale, pur se attenuato variamente dal riconoscimento della attitudine a conseguire estensivamente interessi di comunità di lavoro più o meno ampie, secondo un processo di accelerazione recentemente disposto dal legislatore<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Occorre dare conto della crescente attenzione al fenomeno del bilateralismo: una preziosa fonte di informazione è costituita dal volume di FAIOLI (a cura di), *Indagine sulla bilateralità nel terziario*, Giappichelli, 2010, che raccoglie le relazioni, corredate di ampia bibliografia, svolte al Convegno su “*La bilateralità oltre gli ammortizzatori sociali ed il mercato del lavoro: riforme e prospettive*”, svoltosi il 4 e 5 febbraio 2010 presso il Dipartimento di Diritto ed Economia delle attività produttive della facoltà di Economia “La Sapienza”; sulla scia di detto Convegno è in fase di avanzato svolgimento, commissionata dal Ministero del Lavoro, una “*Indagine sulla bilateralità in Italia ed in alcuni Paesi Europei*”.

<sup>6</sup> LISO, *Appunti su alcuni*, cit., p. 707, ricorda che effettivamente il legislatore aveva quale obiettivo, con differenziate motivazioni nel tempo, “la valorizzazione del ruolo degli enti bilaterali, anche al fine dell'individuazione di eventuali prestazioni aggiuntive rispetto a quelle assicurate dal sistema generale” (così specificamente art. 1, co. 29, lett. f), l. 24 dicembre 2007 n. 247), ma non se ne può ricavare l'idea di un valore assoluto e preminente.

<sup>7</sup> Il riferimento è all'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148, con le sue note implicazioni in tema di derogabilità delle norme “superiori” ad opera di innovativi modelli di contrattazione collettiva aziendale (o territoriale). È ben noto che questa norma, ed il contesto in cui essa si è formata, hanno alimentato in modo determinante, ancorché non esclusivo, il dibattito sulla legittimità dell'art. 19 dello statuto dei lavoratori, che ha portato alla sentenza n. 231/13 della Corte costituzionale. È ipotizzabile che proprio la pendenza di questo giudizio abbia smorzato i toni di diritto sindacale nella sentenza in esame.

5. Pur con queste riserve dialettiche, il risultato finale della sentenza – in termini di conservazione della normativa *de qua* – può alla fin dei conti condividersi, a condizione che si riconduca la scelta del legislatore alla logica della sussidiarietà (art. 118, co. 4, Cost.)<sup>8</sup> e si dia per scontata la non obbligatorietà del tramite di un soggetto comunque sindacale per la realizzazione di una finalità di interesse generale. Siamo dunque sul filo del rasoio, al limite della figura del soggetto privato incaricato di funzione pubblica, che pure la Corte costituzionale (sentenza n. 248/97) ha a suo tempo utilizzato per conferire legittimità costituzionale alla scelta del legislatore effettuata a suo tempo con la privatizzazione degli enti di previdenza per i liberi professionisti (d. lgs. 30 giugno 1994 n. 509); nonché, per restare nell'ambito del bilateralismo più risalente, con l'attribuzione alle Casse edili di una funzione certificatoria di rilievo pubblico<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Come opportunamente suggerito a caldo da Bozzao, Intervento svolto il 10 giugno 2013 a Napoli (dattiloscritto), nell'ambito dei seminari collegati all' "Indagine sulla bilateralità in Italia ed in alcuni Paesi Europei", di cui alla nota 5.

<sup>9</sup> Il riferimento è al rilascio del Documento unico di regolarità contributiva (DURC) secondo la consolidata funzione regolata da ultimo con il d.m. Lav. 24 ottobre 2007, in attuazione dell'art. 1, co. 1176, l. 27 dicembre 2006 n. 296, operante come tale anche dopo la semplificazione di cui all'art. 31, d.l. 21 giugno 2013 n. 69 e l. conv. 9 agosto 2013 n. 98.

**Tribunale di Genova - Sezione Lavoro - ordinanza 9 gennaio 2013**  
- Giud. E. Ravera

**Lavoro subordinato - Licenziamento - Ricorso ex art. 47 l. n. 92/2012 – Vizio della citazione – Omessa indicazione del codice fiscale – Erronea indicazione numero civico della sede della Società attrice Sanatoria ex art. 164 c.p.c. Sussistenza – Difetto di rappresentanza – Omessa allegazione della procura generale Applicabilità art. 182 c.p.c. – Sussistenza – Legittimazione ed interesse ad agire del datore di lavoro – Sussistenza – Competenza territoriale Domanda riconvenzionale del lavoratore.**

*Secondo un'indicazione che sia coerente con il sistema ed impedisca il rilievo di mere nullità formali non giustificate dalla violazione del diritto di difesa altrui, la nullità dell'atto introduttivo del giudizio per l'omissione o l'erronea indicazione del requisito del codice fiscale o della partita iva richiesto dall'art. 163 comma 3, n. 2 cod. proc. civ., applicabile alla materia de qua in forza della previsione dell'art. 125 cod. proc. civ. che fa salve espressa e diverse previsioni di legge, può essere pronunciata soltanto se e quando determini un'incertezza assoluta in ordine alla individuazione della parte, costituendo, nel caso contrario, una violazione meramente formale che si traduce in una irregolarità non invalidante l'atto giudiziale.*

*Al ricorso introdotto secondo le previsioni del c.d. rito Fornero (l. 92/2012) trova applicazione l'art. 182 cod. proc. civ. che obbliga il giudice, in presenza della rilevazione di un vizio della procura, a provvedere in ordine alla sanatoria dello stesso. Sussiste l'interesse ad agire del datore di lavoro con l'azione di mero accertamento della legittimità del licenziamento prevista dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 come modificata dalla legge n. 92 del 2012 atteso che il rito in parola non è finalizzato alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro o ad evitare risarcimenti lievitanti nel tempo, ma a dare pronta certezza ai rapporti di lavoro*

*mediante l'accelerazione delle relative controversie nell'interesse di entrambe le parti del giudizio.*

*Va accantonata, perché non compiutamente discussa dai difensori, l'eccezione di incompetenza territoriale del tribunale adito dall'attore in base all'art. 603 cod. navigazione in favore del Tribunale del luogo di residenza del lavoratore in cui lo stesso ha ricevuto la comunicazione del recesso datoriale.*

*Nella fase sommaria del procedimento di impugnativa del licenziamento disciplinato dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 come modificata dalla legge n. 92 del 2012 è ammissibile la domanda riconvenzionale del lavoratore fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale e che si differenzia da quest'ultima soltanto per quanto riguarda le conseguenze. Nel silenzio della legge, il tal caso il termine necessario a garantire il diritto di difesa dell'attore non può essere quello di venticinque giorni previsto dall'art. 418 cod. proc. civ. ma attesa la sommarietà del rito e l'assenza nella fase sommaria di preclusioni e decadenze, può essere contenuto in dieci giorni dalla lettura dell'ordinanza che ammette la riconvenzionale proposta.*

(Omissis)

Il comandante F. S., con lettera datata 19 luglio 2012, è stato licenziato da Costa Crociere s.p.a. (di seguito Costa) ed ha impugnato il recesso datoriale nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione avvenuta a Meta dove è la sua residenza (doc. 10 e 12 convenuto).

Costa ha quindi depositato in data 18 ottobre 2012, nel termine di 180 giorni dalla impugnativa stragiudiziale del recesso ex art. 6 legge 604/66 e successive modificazioni, ricorso giudiziale dinanzi questo tribunale al fine di fare “accertare e dichiarare la validità e legittimità del licenziamento intimato, per giusta causa” da Costa al comandante S. E ciò ha fatto introducendo la causa secondo il c.d. rito Fornero previsto, per le cause di impugnativa del licenziamento, dalla recente legge 28 giugno 2012 n. 92 ed entrata in vigore il successivo 18 luglio. La difesa del Comandante S., al riguardo ha sollevato le seguenti eccezioni preliminari: – carenza di legittimazione ad agire della Costa anche per la carenza dei poteri rappresentativi del dichiarato procuratore legale rappresentante; – carenza di interesse ad agire di Costa; – non usufruibilità da parte di Costa del rito Fornero; – incompetenza territoriale del Tribunale di Genova essendo competente il tribunale di Torre Annunziata (nel cui circondario si trova Meta ove è avvenuto il licenzia-

mento); – inammissibilità/ammissibilità della domanda riconvenzionale condizionata.

A tali eccezioni ha contraddetto la difesa di Costa nella difesa orale rilevando: – l'infondatezza del difetto di legittimazione ad agire del procuratore e legale rappresentante di Costa producendo a tal fine procura notarile; – la sussistenza dell'interesse ad agire di Costa con conseguente fruibilità del c.d. rito Fornero perché in difetto dovrebbe ritenersi rilevante e non manifestamente fondata questioni di legittimità costituzionale della normativa per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione; – la competenza territoriale del Tribunale di Genova posto che la nave Costa Concordia, di cui il comandante S. aveva il comando, è iscritta presso la Capitaneria di porto di Genova; – l'ammissibilità della domanda riconvenzionale svolta in via condizionata e subordinata dal convenuto previa assegnazione a Costa di un termine a difesa.

La carenza di legittimazione ad agire

Il ricorso di Costa nell'epigrafe indica quale proprio legale rappresentante il dott. M. C. direttore delle relazioni industriali e dell'impiego, procuratore generale. A tale fine richiama la procura conferente i relativi poteri ed individuata in quella datata 13 maggio 2008 rep. n. 7675 raccolta n. 4096 a rogito P.T. notaio in Genova. Tale ricorso indica peraltro quale sede legale la via D. O. in Genova e codice Fiscale e partita IVA .... che secondo la difesa del convenuto non sono riferibili a Costa, ma ad altra Società (tale Cruise Ships Catering And Services International n. v.)

La procura non prodotta unitamente al deposito del ricorso è stata depositata alla udienza del 5 dicembre 2012. L'eccezione sebbene suggestiva è però infondata. Innanzitutto la procura depositata il 5 dicembre è proprio quella indicata da Costa nel proprio atto difensivo (repertorio 7675 raccolta 4096 rogito notaio A.T. in Genova) e con tale atto il signor P. L. F. presidente del Consiglio di Amministrazione e Amministratore delegato di Costa Crociere S.p.a., con sede legale in Genova alla via D. O. ha nominato procuratore speciale della Società M. C. conferendogli poteri di rappresentanza proprio con riferimento alle controversie di lavoro, con potere di nominare avvocati.

La procura datata 13 maggio 2008 è anteriore alla sottoscrizione del mandato al collegio difensivo avv. C. P., avv. A. P. e avv. A. G. estensori del ricorso introduttivo del presente giudizio, sicché il mandato ai di-

fensori risulta rilasciato e sottoscritto da soggetto munito di poteri idonei a sottoscrivere la procura ad litem, e ciò in data anteriore al deposito del ricorso.

Tenuto poi conto del fatto che il ricorso c.d. Fornero deve contenere gli elementi dell'art. 125 cod. proc. civ. (art. 1 comma 48 l. 92/12) il quale a sua volta fa salve espresse e diverse indicazioni previste dalla legge (tra cui le più stringenti indicazioni formali richieste dagli art. 163 e 414 cod. proc. civ.), può quindi trovare applicazione l'art. 182 cod. proc. civ. e l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui "in applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, anche di natura processuale, detta disposizione obbliga il giudice, in presenza della rilevazione di un vizio della procura (d'ufficio o su eccezione di parte), a provvedere in ordine alla sanatoria dello stesso (con evidente equiparazione della nullità della procura ad litem al difetto di rappresentanza processuale con conseguente sanatoria ad efficacia retroattiva)" (Cass. Sez. un. 22 dicembre 2011, n. 28337), sanatoria avvenuta spontaneamente per iniziativa di Costa (con la produzione in udienza della procura 13 maggio 2008).

Quanto all'indicazione errata della sede e della partita IVA, è sufficiente rilevare che la via della sede legale è corretta (via D. O. e non V. O. come indicato nella memoria) ma è errato il numero civico (48 anziché 2), mentre risulta errato il codice fiscale e partita IVA.

Orbene ritiene questo Giudice che l'aver indicato erroneamente tali elementi non inducono dubbio alcuno sulla identità del soggetto che ha agito in giudizio, che è appunto Costa Crociere spa con sede in Genova; tali indicazioni errate non sono quindi causa di carenza di legittimazione ad agire della Costa sia perché tale conseguenza non è espressamente comminata dalla legge sia perché non può ritenersi che siffatte errate indicazioni integrino la mancanza di uno dei requisiti formali indispensabili all'atto per il raggiungimento dello scopo cui è preposto (cfr. art. 156 cod. proc. civ.).

Infatti, non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge (art. 156, comma 1, c.p.c); in secondo luogo, il raggiungimento dello scopo, comunque preclude l'insorgere della patologia invalidante (art 156, comma 3, c.p.c).

L'art. 125 cod. proc. civ. si differenzia dall'art. 164, comma I, cod. proc.



civ. che afferma essere la citazione nulla se omesso o assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'art. 163 cod. proc. civ. che proprio al n. 2 obbliga ad indicare il codice fiscale, ma l'indicazione del codice fiscale va ricondotto alla identificazione "della persona della parte", secondo una interpretazione che sia coerente con il sistema ed impedisca mere nullità formali non giustificate dalla violazione del diritto di difesa altrui. Ed, allora, la nullità della citazione, ai sensi dell'art. 163 n. 2, può essere pronunciata soltanto se e quando l'omissione e/o l'erronea indicazione determini una incertezza assoluta in ordine alla individuazione della parte, altrimenti l'omissione costituisce una violazione meramente formale che si traduce in una irregolarità non invalidante l'atto giudiziale.

Per completezza deve poi rilevarsi che il codice fiscale ha la funzione di identificare in modo univoco a fini fiscali le persone residenti sul territorio italiano (iscrivendo, dunque, il contribuente nel registro dell'anagrafe tributaria, v. decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 605 e d.P.R. 2 novembre 1976, n. 784). Esso, pertanto, non afferisce ai rapporti tra le parti o tra il giudice e le parti ma alla relazione tra queste ultime e l'amministrazione finanziaria, cosicché la violazione di una norma che disciplina un rapporto estraneo al processo non può riverberare i suoi effetti sul procedimento (cfr. diffusamente sul punto Tribunale Varese 16 aprile 2010). Pertanto nel caso di errata indicazione del codice fiscale delle parti, il giudice non deve pronunciare la nullità dell'atto ma può, tutt'al più, sollecitare una condotta che vada a rimuovere tale irregolarità: anche in questo caso la irregolarità risulta rimossa per effetto della produzione della procura 13 maggio 2008 da cui si evince il corretto codice fiscale di Costa.

L'interesse ad agire e la fruibilità del c.d. rito Fornero da parte del datore di lavoro

la difesa del Comandante S. ha eccepito la carenza di interesse ad agire di Costa e la non fruibilità da parte datoriale del c.d. rito Fornero rilevando, in sintesi, che la nuova procedura sia per dati testuali (il rito è dedicato al lavoratore per quanto concerne le tutele previste dalla nuova legge, l'ordinanza esecutiva che conclude la fase sommaria sarebbe finalizzata alla sola reintegra e quindi ad una esecutività urgente che il datore non potrebbe avere, il rito Fornero riguarda solo l'impugnativa di licenziamento) sia, più in generale, per la sua complessiva ratio, sa-

rebbe preclusa al datore di lavoro che non avrebbe quindi interesse ad agire, posto che il doppio termine decadenziale (60 giorni più 180 giorni ex art. 6 legge 15 luglio 1966 n. 604 e successive modificazioni) pone al riparo il datore di lavoro da ricorsi introdotti al limite della prescrizione quinquennale con conseguente venire meno del rischio di costi ingenti in caso di reintegrazione a distanza di anni dal licenziamento. Secondo la difesa Costa, invece, la preclusione del rito Fornero al datore di lavoro porterebbe ad una inammissibile disparità di trattamento con conseguente necessità di ricorrere alla Consulta. La giurisprudenza di legittimità, prima della introduzione del nuovo rito, aveva sempre affermato l'interesse ad agire, con azione di mero accertamento, da parte del datore di lavoro "ogni qualvolta ricorra una pregiudizievole situazione d'incertezza relativa a diritti o rapporti giuridici, la quale, anche con riguardo ai rapporti di lavoro subordinato, non sia eliminabile senza l'intervento del giudice, sicché è ammissibile la domanda del datore di lavoro diretta all'accertamento della legittimità del licenziamento, ancorché questo risulti essere già stato impugnato dal lavoratore con l'instaurazione di un precedente giudizio, salva in ogni caso l'applicabilità della disciplina della continenza delle cause ex art. 39 cod. proc. civ.; né è configurabile un abuso dello strumento processuale da parte del datore di lavoro, in considerazione della sussistenza di un interesse ad agire degno di tutela" (Cass. 9 maggio 2012, n. 7096).

Ritiene questo Giudice che la riforma Fornero non abbia inciso sul citato orientamento giurisprudenziale. Il rito Fornero è infatti applicabile alle controversie relative ai licenziamenti cui è applicabile l'art. 18 Statuto lavoratori come modificato dalla stessa legge 92/2012. Deve al riguardo subito evidenziarsi che il nuovo articolo 18 Statuto lavoratori non prevede più come conseguenza necessaria la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore il cui recesso è stato dichiarato illegittimo, ma in alcune determinate fattispecie alla illegittimità del licenziamento consegue il pagamento di una indennità risarcitoria (tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, cfr. comma 5 nuovo art. 18 St. lav.) e comunque anche in caso di reintegrazione l'indennità è fissata in un massimo di dodici mensilità (cfr. comma 4 nuovo art 18 St. lav.).

Il rito quindi non è finalizzato alla reintegrazione (cfr. memoria pag. 67) o ad evitare risarcimenti lievitanti nel tempo, ma a dare pronta cer-

tezza proprio ai rapporti di lavoro anche dove l'azienda per la fattispecie solutoria può da subito prevedere l'entità del risarcimento non destinato a crescere nel tempo per effetto della durata del processo.

Tale ratio è del resto manifestata espressamente dallo stesso legislatore all'art. 1 comma 1 lettera c) dove il nuovo procedimento giudiziario specifico (per le controversie relative ai licenziamenti) è previsto "per accelerare la definizione delle relative controversie".

È quindi indubbio che il rito in quanto tale (costruito in due fasi, una sommaria e non urgente e l'altra eventuale di merito) vuole accelerare la definizione dell'eventuale contenzioso che insorge a seguito di un licenziamento cui è applicabile l'art. 18 Statuto lavoratori (anche quando non vi è reintegra ed il risarcimento non può comunque superare la soglia stabilita dal legislatore). Tale rito infatti, sicuramente *ex latere laboratoris*, è obbligatorio come indicato dal dato testuale secondo cui "le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni" (tesi condivisa anche dalla maggiore dottrina edita).

Proprio l'espressione "si applicano", senza ulteriore specificazione per quanto riguarda l'indicazione dell'attore, consente un utile raffronto con l'art. 28 St. lav. (procedura cui il nuovo rito è stato spesso raffrontato) che utilizza invece una espressione ("su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali") che la giurisprudenza sin da Cass. Sez. Un. 16 gennaio 1987, n. 309 ha ritenuto evocativa di una procedura posta esclusivamente a vantaggio del sindacato e come tale alternativa al ricorso ordinario.

Nel caso del rito Fornero il legislatore non indica invece alcun soggetto che dal rito dovrebbe avvantaggiarsi ed anzi la ratio della legge (accelerare la definizione delle controversie) si pone come neutra, perché il vantaggio al processo celere non è di una sola parte ma di entrambe le parti, anche per espressa previsione costituzionale secondo cui la legge assicura la ragionevole durata del processo (art. 111 comma 2 Cost.).

Anzi deve al riguardo convenirsi con autorevole dottrina secondo cui "sarà opportuno tener sempre presente l'indicazione teleologica espressa dal legislatore nell'incipit della normativa. La chiarezza della disposizione ("procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione" delle controversie in materia di licenziamenti) e la sua collocazione all'inizio

dell'art. 1, indicano che ogni volta che l'interpretazione letterale o sistematica del testo possa dare luogo a più soluzioni, bisognerà privilegiare quella che risponde meglio alla finalità della normativa. L'enunciazione legislativa costituisce una declinazione accentuata del principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Principio fondamentale, che non deve prevalere su ogni altro interesse costituzionalmente tutelato, come riconosce anche il legislatore, in particolare nella normativa sull'istruttoria laddove indica il limite del principio del contraddittorio, ma che segna il carattere dell'intervento legislativo e costituisce quindi per l'interprete un criterio guida. Sul perché il legislatore compia una scelta così netta possono essere formulate molteplici riflessioni. Sicuramente non è una scelta a sostegno unilaterale di una delle parti del processo, come fu quella compiuta con l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, funzionale ad una tutela rapida dell'interesse collettivo espresso dalle organizzazioni sindacali di carattere nazionale. In questo caso l'accelerazione è ricercata nell'interesse di entrambe le parti del giudizio, considerata la delicatezza della materia, e forse soprattutto di un interesse più generale a che i conflitti giudiziari concernenti i licenziamenti, così determinanti nei meccanismi del mercato del lavoro, pervengano in tempi ragionevoli a definizioni dotate di stabilità e certezza. Quali che siano le spiegazioni della scelta, è certo che essa costituisce la ragione di fondo dell'intervento sulla normativa processuale e quindi la sua cifra ermeneutica".

Ed allora, alla luce del principio costituzionale sopra espresso (nonché del principio di eguaglianza che diversamente verrebbe compresso senza ragione alcuna per una delle parti contrattuali), sarebbe quantomeno irragionevole ritenere e sostenere l'asimmetria invocata (peraltro anche da qualche voce in dottrina) posto che disinnescato con la legge sostanziale (nuovo art. 18) il rischio (in molte fattispecie) di risarcimenti onerosi, il legislatore ha voluto dare ad entrambe le parti un rito esclusivamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo di un processo celere la cui durata ragionevole, qualora siano in discussione i licenziamenti, è stata valutata dal legislatore con particolare attenzione (già nei tempi di fissazione del ricorso), predisponendosi così ad hoc una fase volutamente sommaria idonea di per sé a definire la controversia (una sorta cioè di cautelare senza pericula). Non va infatti dimenticato il quadro politico-sociale ed economico in cui la riforma processuale si è inserita. "L'art 1, comma 1, di questa legge esprime chiaramente le finalità perseguite ed individua nella

riforma del processo delle controversie nelle quali trova applicazione l'art. 18 della legge 18 maggio 1970, n. 300, uno degli strumenti necessari a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione.

Che le difficoltà della giustizia civile e la lunga durata dei processi fossero elemento di riflesso negativo sulle dinamiche economiche era stato evidenziato anche dalla Banca d'Italia negli studi, nelle analisi e nelle ultime Relazioni annuali; da ultimo, si è calcolato ammontare alla perdita di un punto percentuale di PIL la ricaduta dell'inefficienza della giustizia civile nel nostro Paese.

Se tale è il quadro generale in cui si è inserita la riforma processuale, a cui si accompagnano le condivisibili preoccupazioni sullo stato della giustizia civile in generale, e sulla giustizia del lavoro in particolare, nello specifico occorre rimarcare che l'intervento sul processo, dichiaratamente al fine di "accelerare la definizione" delle controversie in tema di licenziamento (così la lett. c) del 1° comma dell'art. 1), assume un'importanza strategica nell'impianto complessivo della normativa".

Al riguardo gli indici formali indicati dalla difesa del convenuto non possono portare ad una valutazione diversa di quanto sinora argomentato. Così è per l'esecutività dell'ordinanza che chiude la fase sommaria (esecutività che non può essere sospesa o revocata: art. 1 comma 49): tale esecutività vale anche per l'ordinanza di rigetto del ricorso introdotto dal lavoratore e quindi tale esecutività non è finalizzata alla stabilità della reintegra ma a dare certezza al complessivo rapporto di lavoro, secondo la ratio di fondo del nuovo rito processuale.

Come si legge infatti nei lavori preparatori, al comma 49 dell'articolo 1 "con la modifica introdotta non risulta più differenziata la posizione del lavoratore da quella del datore di lavoro. Si ricorda, infatti, che il sesto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (comma soppresso dal d.d.l. in esame) coerentemente con l'impostazione complessiva della legge n. 300/1970 assicura alle decisioni favorevoli al lavoratore una maggior tutela, atteso che l'esecuzione della sentenza che annulla il licenziamento e ordina il reintegro è sempre provvisoriamente esecutiva. La stessa giurisprudenza ha ritenuto che tale decisione sia dotata ex lege di provvisoria esecutorietà e che non sia suscettibile di sospensione in applicazione dell'articolo 431 cod. proc. civ. (Cass. Sez. lav., sent. n.

4424 del 26 luglio 1984, Cass. Sez. Lav., sent. n. 3306 del 19 maggio 1986)”.

Il legislatore ha quindi rimosso una asimmetria degli effetti ponendo sullo stesso piano datore di lavoro e lavoratore assicurando anche al primo l'esecutività del provvedimento che in precedenza era invece propria del solo provvedimento a favore del lavoratore: il che conferma ancor di più l'interesse del datore a ricorrere ad un rito che gli offre nell'immediato un provvedimento stabile. Anche il richiamo testuale che il rito riguarda “le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300” prova troppo.

Infatti l'azione proposta dal lavoratore non è tecnicamente una impugnativa di licenziamento ma una azione di accertamento negativo della sua legittimità, con conseguente domanda di reintegra e di risarcimento del danno, così come specularmente, l'azione proposta dal datore di lavoro, è un'azione di accertamento positivo della sua legittimità ed implicita (e consequenziale) domanda che il lavoratore non ha diritto alla reintegra e al risarcimento. Sotto questo profilo pertanto, non avendo indicato il legislatore la parte a cui vantaggio è il rito, ed in presenza invece di una precisa ratio acceleratrice del contenzioso, deve concludersi con autorevole dottrina che il rito è stato dato non per tutelare la parte che ha ragione, ma il diritto della parte in quanto tale (e quindi anche del soccombente) ad una decisione in tempi brevi; in altri termini, il principio chiovendiano nel suo massimo ampliamento (il tempo del processo non deve andare a danno di chi ha ragione ma neppure di chi ha torto, secondo una interpretazione che trova radice nella logica CEDU che riconosce il risarcimento per la lungaggine del processo sia a chi ragione sia a chi ha torto).

Del resto, se si vuole rimanere giustamente nell'ambito letterale (ex art. 12 preleggi) non può non condividersi l'osservazione secondo cui nulla vieta “anche al datore di lavoro di presentare un ricorso col rito di cui alla legge 92 per, ad esempio, chiedere l'accertamento della legittimità di un licenziamento irrogato, non essendo esclusa dalla legge tale possibilità (la legge parla solo di “controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti” (comma 47 cit.) e non di “ricorsi di impugnazione di licenziamenti”, ed inoltre l'interesse al rito “accelerato” ben può sussistere anche in capo al datore di lavoro”.

In altri termini il rito c.d. Fornero è obbligatorio per entrambe le parti e deve trovare applicazione per tutte le controversie nelle quali si discuta della legittimità di un licenziamento venga richiesta o meno l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 come modificato: il rito non è infatti funzionale alla reintegrazione, ma alla certezza dei rapporti cui deve pervenirsi per mezzo della celerità del rito.

E sul punto il legislatore ha voluto dare una accelerazione anche organizzativa prevedendo udienze dedicate al rito Fornero (art. 1 comma 65) e controlli da parte del capo dell'Ufficio (art. 1 comma 66 e 68), confermando con ciò che il fine del nuovo rito è la riduzione dei tempi processuali per le cause di licenziamento.

Quanto poi all'interesse ad agire, che secondo attenta dottrina non sarebbe più sussistente perché al datore di lavoro sarebbe sufficiente attendere il decorso del termine della doppia decadenza (60+180 giorni ex art. 6 l. 15 luglio 1966 n. 604 e successive modificazioni) per essere certo della definitività del provvedimento espulsivo, tale tesi non convince: e non solo per l'affermata obbligatorietà del rito (per entrambe le parti). Infatti una volta ritenuto che è ammissibile quale unico rito utile per discutere i licenziamenti ex art. 18 Statuto il rito speciale, l'interesse ad agire all'azione di mero accertamento, una volta che il lavoratore ha effettuato l'impugnazione, sussiste ogni qualvolta vi sia comunque contestazione o vanto del diritto azionato. Nel caso in esame è pacifico che il licenziamento è stato impugnato dal Comandante S. con lettera 6 settembre 2012 (doc. 18 Costa), il che è già sufficiente per ritenere attuale e concreto l'interesse di Costa ad adire il giudice per ottenere la dichiarazione di legittimità, senza dovere aspettare il decorso del tempo lasciando il lavoratore arbitro di decidere quando iniziare il processo: l'utilizzabilità del rito da parte sia del lavoratore sia del convenuto porta a ritenere l'interesse ogniqualvolta sia esistente una situazione d'incertezza del diritto e di contestazione da parte del dipendente.

Solo per completezza deve rilevarsi che nel caso in esame vi è anche stata richiesta da parte del Comandante S. (ex art. 7 Statuto: cfr. doc. 19 Costa) di conciliazione ed arbitrato (ex art. 7 Statuto), cui ha fatto seguito a stretto giro da parte della Autorità amministrativa la richiesta a Costa di nominare un proprio rappresentante.

Costa non volendo aderire all'invito rivoltogli ha quindi introdotto il presente ricorso onde evitare la nomina di un arbitro per provvedimento

dell'Autorità giudiziaria (cfr. Corte cost. 29 novembre 1982, n. 204), il che legittima l'interesse concreto ed attuale ad agire di Costa in prevenzione, operando così il trasferimento dalla sede arbitrale a quella giudiziale.

Tale comportamento del Comandante S. infatti se non valutabile ai fini della procedura arbitrale, che sembra esulare dalla materia dei licenziamenti disciplinari secondo orientamento della Suprema Corte (Cass. 11 giugno 2004, n. 11141), induce peraltro a ritenere del tutto incerta e contestatissima la legittimità del licenziamento da parte del lavoratore il che conferma ancora più nello specifico la sussistenza dell'interesse ad agire di Costa al fine di fare eliminare dal giudice ogni incertezza.

La competenza territoriale

La difesa del Comandante S. nella memoria (ma non nelle conclusioni ed invece a verbale di udienza 5 dicembre 2012) ha evidenziato che giudice competente sarebbe il tribunale di Torre Annunziata perché il lavoratore ha ricevuto la comunicazione del recesso in Meta dove risiede e quindi in tale località si sarebbe verificato l'effetto solutorio.

A tale fine ha radicato davanti a quel giudice la causa di impugnativa del licenziamento (secondo il rito Fornero) con udienza fissata al 3 gennaio 2013 (v. doc. prodotti in udienza).

Peraltro, una volta ritenuto sussistere la legittimazione processuale di Costa, l'interesse ad agire e la usufruibilità del rito, una volta cioè verificati alcuni presupposti processuali e condizioni dell'azione, la questione sulla competenza territoriale (tecnicamente questione che attiene anch'essa ai presupposti processuali), allo stato non discussa compiutamente dai difensori, viene lasciata per rispetto del contraddittorio sullo sfondo, rilevando solamente da un punto di vista oggettivo che Costa ha affermato la competenza sul presupposto (allo stato non contestato) che la nave Costa Concordia sia iscritta presso la Capitaneria del Porto di Genova, il che radica ex art. 603 c.n. la competenza territoriale di questo Tribunale, essendo Genova foro alternativo a quello di Torre Annunziata.

La domanda riconvenzionale condizionata e subordinata, e il termine a difesa

Dalla obbligatorietà del rito e dalla sua usufruibilità anche da parte del datore di lavoro discende la legittimità della domanda riconvenzionale formulata, dal convenuto S.

Infatti tale domanda null'altro è che una domanda di accertamento della illegittimità del licenziamento con richiesta di essere reintegrato nel



posto di lavoro e conseguente pagamento del risarcimento del danno ex art. 18 Statuto lavoratori.

Anche se il rito Fornero non disciplina nella fase sommaria la riconvenzionale (cosa che invece fa non ammettendola nella fase di merito, salvo il caso in cui sia fondata su “fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale” così art. 1 comma 56) deve sgombrarsi il campo da ogni possibile equivoco.

Il legislatore vuole infatti che con il rito speciale vengano giudicate esclusivamente controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro.

La controversia sul licenziamento, quindi, come monade avulsa da altri contenziosi sia economici sia non economici (con espressa deroga quindi alla connessione). Se la ratio legislativa è quella ora indicata, la domanda riconvenzionale formulata dal convenuto non rientra tecnicamente in quelle previste dall'art. 36 cod. proc. civ.

Infatti l'oggetto dell'accertamento richiesto con la riconvenzionale riguarda gli stessi fatti costitutivi della domanda avanzata con il ricorso da Costa, differenziandosi dalla domanda principale solo per quanto riguarda le conseguenze. Non vi è quindi pregiudizio per la speditezza del processo, non essendo introdotti fatti diversi e ulteriori rispetto a quelli già allegati con il ricorso e con la memoria di costituzione.

La difesa di Costa ha chiesto un termine a difesa per contraddire e tale istanza appare del tutto legittima perché il contraddittorio deve essere sempre rispettato (cfr. art. 1 comma 49).

Tale termine, non essendovi disciplina legislativa sul punto, non può essere quello di venticinque giorni previsto dall'art. 418 cod. proc. civ. (come richiesto, v. verbale di udienza) ma, attesa la sommarietà del rito e l'assenza in questa fase sommaria di preclusioni e decadenze, il termine può essere contenuto in dieci giorni .... dalla lettura della presente ordinanza autorizzandosi Costa entro tale termine al deposito di eventuale memoria. Si autorizza fin d'ora la comunicazione delle rispettive memorie tra difensori a mezzo PEC, fermo restando il deposito in cartaceo per il giudice.

Provvedimenti ordinatori

Il processo pertanto, previa integrazione delle difese sulla riconvenzio-

nale nei termini sopra indicati, deve proseguire secondo il c.d. rito Fornero e pur nell'ampia discrezionalità accordata dal legislatore al giudice nella trattazione (art. 1 comma 49), deve procedersi all'unico adempimento previsto e cioè sentire le parti sui fatti di causa.

P.Q.M.

Dispone procedersi con il rito previsto dall'art. 1 comma 47 della legge 28 giugno 2012, n. 92; Ammette la domanda riconvenzionale formulata dalconvenuto Comandante F.S. e concede a Costa Crociere spa termine a difesa di giorni dieci ... da oggi per il deposito di eventuale memoria difensiva; Autorizza il difensore di Costa Crociere spa a comunicare la memoria al difensore del convenuto a mezzo PEC, fermo il deposito della memoria autorizzata in cartace opresso la cancelleria di questo Giudice entro lo stesso termine. Rinvia per sentire le parti e discutere le questioni istruttorie ed il merito della causa alla udienza del 14 marzo 2013 ore 9.00

★ ★ ★

## Silvia Izzo

### La legittimazione del datore di lavoro nel nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti

**Sommario:** **1.** Le questioni decise dal Tribunale di Genova. **2.** Le caratteristiche del procedimento speciale per l'impugnativa del licenziamento individuale in regime di tutela reale e l'integrazione della disciplina speciale con le norme dettate per i procedimenti di cognizione ordinaria e del lavoro: la disciplina applicabile alla nullità dell'atto introduttivo e al difetto di rappresentanza. **3.** Legittimazione e interesse ad agire del datore di lavoro: l'esclusività del rito e l'ammissibilità dell'azione di accertamento della legittimità del licenziamento. **4.** Corollari: L'ammissibilità di domande riconvenzionali nella fase sommaria. **5.** La struttura della fase sommaria: la frammentazione dell'*iter* decisorio.

#### 1. *Le questioni decise dal Tribunale di Genova*

Primo provvedimento edito a riconoscere la legittimazione ad agire del datore di lavoro secondo le forme del rito speciale introdotto dalla l. n. 92 del 28 giugno 2012, l'ordinanza in commento decide, in senso non ostativo al proseguimento nel merito del giudizio, anche ulteriori e diverse questioni

processuali relative al giudizio introdotto dalla società armatrice Costa Crociere S.P.A per far “accertare e dichiarare la validità e [la] legittimità del licenziamento intimato per giusta causa” al Comandante Francesco Schettino in ragione delle notorie vicende del naufragio della nave Costa Concordia occorso nel gennaio del 2012<sup>1</sup>.

La difesa del convenuto lavoratore solleva quattro eccezioni pregiudiziali, lamentando (seguendo l'ordine adottato dal giudice) *i*) il difetto di legittimazione ad agire della Costa per l'assenza dei poteri rappresentativi del legale rappresentante; *ii*) la carenza di interesse ad agire della medesima e *iii*) la conseguente inutilizzabilità del rito da parte del datore di lavoro; *iv*) l'incompetenza territoriale del tribunale adito in favore di quello del luogo di residenza del convenuto nel quale si sarebbe verificato l'evento solutorio. Quest'ultima eccezione viene “Lasciata sullo fondo” “per rispetto del principio del contraddittorio”. Il giudice, cioè, la accantona, riservandosene la decisione, perchè “non discussa compiutamente dai difensori [...]”<sup>2</sup>. Infine, viene ammessa la domanda riconvenzionale volta alla declaratoria di illegittimità del licenziamento con le conseguenziali domande di reintegrazione nel posto di lavoro e quella di condanna al risarcimento dei danni patiti: ritenute speculari rispetto a quella proposta dall'attore, dalla quale si differenziano “solo per quanto riguarda le conseguenze”, così da non ostare alle esigenze di celerità proprie del rito e da risultare, perciò, ammissibili pur nella fase sommaria nonostante il silenzio della legge sul punto.

L'analisi delle singole questioni decise consente di affrontare talune delle problematiche applicative che la fase sommaria del nuovo rito determina<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> La decisione può leggersi anche in *FI*, 2013, I, c. 1360 con nota di richiami di CALVIGNONI e in *LG*, 2013, p. 373 e ss. con nota critica di PCCININI.

<sup>2</sup> Nell'ordinanza si menziona la circostanza secondo la quale il convenuto ha impugnato a sua volta il licenziamento di fronte al giudice ritenuto competente, quello di Torre Annunziata, con udienza fissata per il 3 gennaio 2013. Dalla stampa si apprende che il giudice campano avrebbe ordinato la cancellazione della causa del ruolo atteso che “Le domande rispettivamente formulate nei due giudizi risultano perfettamente identiche e sovrapponibili, ancorché proposte a parti, per così dire, invertite”. Il tribunale, cioè, parrebbe aver fatto applicazione dell'art. 39 che, dichiarata la litispendenza, impone la cancellazione della causa dal ruolo al giudice adito per secondo, senza implicare alcuna valutazione della propria, e men che meno dell'altrui, competenza per il merito. Sempre dalla stampa risulta che il provvedimento in parola è stato impugnato con regolamento di competenza. Il Tribunale di Genova, con ordinanza del 14 marzo u.s., ha sospeso il procedimento di merito in attesa della pronuncia della Corte di cassazione.

<sup>3</sup> Sul quale è già ampia la letteratura; cfr., senza pretese di completezza, BARBIERI-DALFINO,

ragion per cui, muovendosi tra il piano generale e quello particolare, l'attenzione dedicata alle prime permetterà una più generale riflessione sulla seconda.

2. *Le caratteristiche del procedimento speciale per l'impugnativa del licenziamento individuale in regime di tutela reale e l'integrazione della disciplina speciale con le norme dettate per i procedimenti di cognizione ordinaria e del lavoro: la disciplina applicabile alla nullità dell'atto introduttivo e al difetto di rappresentanza*

Il legislatore con la legge n. 92 del 28 giugno 2012, con il dichiarato fine di realizzare “un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione” (art. 1, comma 1) è intervenuto sia sulla tutela sostanziale del rapporto di lavoro, novellando, per quanto qui attiene, l'art. 18 dello Statuto dei lavoro-

*Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013; CAPONI, *Rito processuale veloce per le controversie in tema di licenziamento*, in *www.judicium.it.*; DE CRISTOFARO-GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, *ibid.*; CONSOLO-RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *CG*, 2012, p. 735; BORGHESI, *I licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in *Commentario alla Riforma Fornero*, a cura di CARINCI e MISCIONE, in *DPL*, 2012, suppl. al n. 33, p. 14; CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di CHIECO, Cacucci, 2012; DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Working papers del Centre for the study on European labour law “Massimo D'Antona”*, 152/2012; *ID.*, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo di domande*, in *FI*, 2013, V, c. 101 ss.; DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 759 ss.; *ID.*, *L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. “rito Fornero”: questioni applicative*, in *FI*, 2013, V, c. 6 ss.; *ID.*, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: primi orientamenti*, in *RGL*, 2013; LUISO-TISCINI-VALLEBONA, *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Giappichelli, 2013; DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (l. n. 92 del 2012): note minime*, in *FI*, 2012, V, c. 347 ss.; *ID.*, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: ricadute sul testo normativo ed implicazioni, sul piano ermeneutico, della matrice compromissoria*, in *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie?*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (AGI), tenutosi ad Ancona nei giorni 26 e 27 ottobre 2012, Giappichelli, 2012, p. 149 ss.; SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti*, *ibid.*, p. 263 ss.

ratori (art. 1, comma 42), sia su quella processuale, attraverso l'introduzione un rito speciale per "le controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate" dal medesimo articolo 18 (art. 1, commi 47 e ss.)<sup>4</sup>.

In relazione al primo profilo di intervento, la disposizione da ultimo richiamata, nella versione vigente, non è più dedicata alla disciplina della sola "reintegrazione nel posto di lavoro" bensì alla "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo", tutela che risulta articolata in quattro livelli: reintegratoria "forte", reintegratoria "debole", indennitaria "forte" e indennitaria "debole", diversificati in base alle ragioni e ai presupposti del recesso datoriale<sup>5</sup>.

Con riferimento al secondo profilo – *id est* alle modifiche di carattere processuale – la l. n. 92/2012 ha introdotto un ulteriore rito<sup>6</sup>, applicabile in

<sup>4</sup> Dunque al datore di lavoro che presenti i requisiti dimensionali indicati dal comma 5 della disposizione. Al di sotto di tale soglia continua a valere l'alternativa tra la riassunzione del prestatore di lavoro illegittimamente licenziato e il pagamento di un'indennità risarcitoria, ai sensi dell'art. 8 l. n. 604 del 1966. La disciplina trova applicazione, poi, quale che sia il numero dei dipendenti impiegati, per le ipotesi più gravi di illegittimità del licenziamento (orale, discriminatorio e gli altri specifici casi espressamente contemplati). Inoltre, secondo la maggioranza dei commentatori, al medesimo rito vanno assoggettate le ulteriori fattispecie di licenziamento per le quali è richiamato l'art. 18. È il caso dei licenziamenti collettivi di cui alla l. n. 223 del 1991; più controversa l'applicabilità ai quelli dei dipendenti pubblici, per i quali i d.lgs. n. 165 del 2001 richiama l'applicazione della "legge 20 maggio 1970, n. 300 [...] a prescindere dal numero dei dipendenti". Nel senso dell'applicazione anche a queste ultime due ipotesi, DALFINO, *Il nuovo procedimento*, cit., p. 759; CURZIO, *Il nuovo rito*, cit., 4 del dattiloscritto; *contra*, con riferimento ai licenziamenti collettivi, CIRIELLO-LISI, *Disciplina processuale*, in *Commentario alla riforma del lavoro*, a cura di Pellacani, Giuffrè, 2012, p. 279; con riferimento alla categoria dei dipendenti pubblici, pur criticando la scelta, DE CRISTOFARO, GIOIA, *Il nuovo rito*, cit., § 2; contrario VERDE, *Note sul processo delle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RDP*, 2013, p. 314. Più in generale, sull'ambito di applicazione cfr. DE FEO, *L'ambito applicativo del rito speciale per le controversie in materia di licenziamenti*, in *ADL*, 2012, p. 1207; DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, e VALLEBONA, *L'ingiustificata qualificazione del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*; TISCINI, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: profili processuali*, in *La nuova disciplina*, cit., p. 89, spec. p. 91 e ss.

<sup>5</sup> In questi termini, DALFINO, *Il nuovo procedimento*, cit., 767 ss.; sulle fattispecie previste dal novellato art. 18 e le forme di tutela cfr., altresì, DE CRISTOFARO, GIOIA, *Il nuovo rito*, cit., §. 2; VALLEBONA, *La disciplina sostanziale di licenziamenti*, in *La nuova disciplina*, cit., 4.

<sup>6</sup> Quasi tutti i commenti alla riforma hanno sottolineato la contraddittorietà della previsione di un ulteriore procedimento speciale a pochi mesi di distanza dal d.lgs. n. 151 del 2011 sulla semplificazione e riduzione dei riti, cfr., anche per ulteriori riferimenti, TISCINI, *Il procedimento*, cit., p. 78.

luogo di quello speciale del lavoro con il quale sono state finora trattate le controversie in materia di licenziamento ai sensi dell'art. 409 cod. proc. civ.

Il procedimento di nuovo conio risulta articolato in tre gradi. Il primo, a struttura bifasica<sup>7</sup>, si compone di una fase a cognizione sommaria non cautelare, non caratterizzata da preclusioni o decadenze espresse e destinata a concludersi con un'ordinanza immediatamente esecutiva e, secondo la maggioranza dei commentatori, al giudicato<sup>8</sup>, la quale è impugnabile, nella seconda fase, con un'opposizione a cognizione piena semplificata. Il secondo grado è introdotto da un reclamo alla Corte d'appello, anch'esso a cognizione piena ma trattato secondo un modulo procedimentale deformalizzato e perciò più snello rispetto a quanto previsto per il rito "ordinario" del lavoro, del quale, nondimeno, riproduce i meccanismi di preclusione. Non presenta, invece, peculiarità l'impugnazione per cassazione della sentenza che decide sul reclamo, come pure la competenza per materia individuata in quella del tribunale in funzione di giudice del lavoro.

Come si evince dalla sintetica descrizione della struttura, il nuovo rito presenta spiccate affinità con il procedimento per la repressione della condotta antisindacale previsto dall'art. 28 dello Statuto dei lavoratori<sup>9</sup> pur non riproponendolo esattamente, atteso che né all'opposizione avverso l'ordinanza che conclude la fase sommaria, né ai successivi gradi di giudizio trovano applicazione, a differenza che per quello, le regole previste per il processo del lavoro, bensì, come rilevato, una disciplina specifica.

Ciò comporta la necessità di verificare a quali fonti di integrazione attingere in caso di lacuna<sup>10</sup>. In ragione dell'ambito di applicazione, che "ricade

<sup>7</sup> In questi termini VERDE, *op. cit.*, p. 299; in giurisprudenza Trib. Bologna, ord. 27 novembre 2012; Trib. Piacenza, ord. 12 novembre 2012, in *LG*, 2013, p. 158, con nota di CONGEDUTI.

<sup>8</sup> In senso favorevole all'attribuzione di un'efficacia di giudicato all'ordinanza conclusiva della fase sommaria, v. DE CRISTOFARO, GIOIA, *Il nuovo rito*, cit., § 5; LUISO, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti in regime di tutela reale: modelli di riferimento e inquadramento sistematico*, in *La nuova disciplina sostanziale*, cit., 72; VALLEBONA, *La riforma*, cit., p. 75; BORGHESI, *I licenziamenti*, cit., p. 18; Per la *preclusio pro iudicato* propende VERDE, *op. cit.*, p. 311. Secondo CONSOLO, RIZZARDO, *Nuove o presunte*, cit., p. 735, "ritenere che l'ordinanza acquisti un'efficacia analoga a quella di giudicato sembra eccessivo, in considerazione della forte informalità della fase sommaria e quanto meno per la parte debole del rapporto; si potrebbe invece pensare che il lavoratore possa instaurare un ordinario giudizio di cognizione, 'saltando' la fase urgente e così perdendo però anche il diritto di avvalersene".

<sup>9</sup> E come quello costituisce una variazione del modello monitorio o dei procedimenti per convalida di sfratto come rileva, VERDE, *op. cit.*, p. 300.

<sup>10</sup> Per tale rilievo, cfr. LUISO, *Il procedimento*, cit., p. 56.

*in toto* nell'art. 409 n. 1 cod. proc. civ.", la disciplina va ricercata innanzitutto nel rito del lavoro ed, in mancanza, a seconda della fase del procedimento in questione, in quello ordinario, ovvero nelle differenti forme di tutela sommaria previste dalla legislazione processuale<sup>11</sup>. Indipendentemente, dunque, dallo spesso ambiguo dettato legislativo, è la natura del "frammento" processuale a condizionare l'individuazione della disciplina richiamabile<sup>12</sup>.

Perciò, ad esempio, per perimetrare i poteri di direzione del procedimento del giudice, descritti, sia per la fase preliminare sia per quelle a cognizione piena di primo grado e di reclamo, ricorrendo a formule coniate per la tutela cautelare e più consone ad essa<sup>13</sup> ("all'udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno")<sup>14</sup>, occorrerà rifarsi rispettivamente all'elaborazione maturata con riferimento alle forme di tutela sommaria che conducono a risultati equipollenti al giudicato ovvero alla disciplina del processo del lavoro<sup>15</sup>.

Per definire l'efficacia dell'ordinanza conclusiva della fase preliminare, al contrario, sarà senz'altro utile l'esperienza relativa al citato art. 28 St. lavoratori o all'omologo provvedimento che definisce il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* e ss. cod. proc. civ.

<sup>11</sup> Richiama modelli processuali ulteriori rispetto alla cognizione piena ordinaria e del lavoro TISCINI, *Il procedimento*, cit., p. 77.

<sup>12</sup> Per CURZIO, *Il nuovo rito*, cit., p. 2, atteso che criterio guida nell'operazione di integrazione deve consistere nella *ratio* di accelerazione della tutela che sostiene il rito speciale, «la regola generale del processo del lavoro, o ancor più generale del processo civile, da applicare» potrebbe risultare «incompatibile con le finalità e la struttura peculiare del procedimento».

<sup>13</sup> Per questo rilievo, VERDE, *op. cit.*, p. 304 ss. che rileva come la locuzione "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno (...)" coniata da Calamandrei e poi ripresa dall'art. 669-*sexies* cod. proc. civ., abbia riscosso successive e progressive fortune, perdendo, però, nel suo cammino, il collegamento esplicito "ai presupposti ed ai fini del provvedimento richiesto" contenuto nella versione originaria della disposizione.

<sup>14</sup> Differenziandole esclusivamente con riferimento agli atti di istruzione assumibili: "indispensabili" per la fase sommaria (comma 49), "ammissibili e rilevanti" per la fase a cognizione piena di primo grado (comma 57), "ammessi" per la fase di reclamo (commi 59 e 60).

<sup>15</sup> Per un'applicazione giurisprudenziale di quanto sostenuto nel testo, cfr. Trib. Piacenza, ord. 12 novembre 2012, in *LG*, 2013, p. 158: "i commi 49 e 57 dell'art. 1 l. n. 92 del 2012 (cd. Riforma Fornero) distinguono una prima fase sommaria dal successivo giudizio di opposizione. Le regole istruttorie che presidono alle due fasi sono nettamente differenti: nella prima fase vanno ammessi i mezzi istruttori indispensabili laddove, solo in sede di opposizione, valgono le ordinarie regole della cognizione piena".

Perciò, non vi è dubbio che la disciplina di riferimento per definire la competenza territoriale vada ricercata nella corrispondente regola prevista dall'art. 413 cod. proc. civ.; così quella relativa ai vizi degli atti introduttivi e alla regolare costituzione delle parti potrà rinvenirsi nelle regole dettate per la cognizione ordinaria. Ai sensi dell'art. 1, comma 48 della “legge Fornero”, a seguito della presentazione del ricorso, articolato secondo le forme generali dell'art. 125 cod. proc. civ., il giudice fissa con decreto “l'udienza di comparizione delle parti”. In tale udienza – che in ragione delle esigenze di celerità che caratterizzano la tutela richiesta, potrebbe (astrattamente) essere l'unica udienza della fase sommaria – innanzitutto saranno compiute le verifiche preliminari sugli atti introduttivi, con l'assegnazione, se del caso, di un termine per la regolarizzazione di quelli riconosciuti difettosi (art. 421, cod. proc. civ.) e i controlli attinenti alla costituzione delle parti, in ossequio al disposto dell'art. 182 cod. proc. civ., atteso che, come accennato, mancano disposizioni particolari sia nel rito “specifico” per i licenziamenti, sia in quello speciale per le controversie di lavoro<sup>16</sup>.

In questo senso si è orientato il provvedimento in commento. A fronte dell'eccezione relativa al difetto di legittimazione ad agire della Costa “per carenza dei poteri rappresentativi del dichiarato procuratore rappresentante” e per l'erronea indicazione nel ricorso della sede legale della società armatrice, il giudice dichiara applicabile la disciplina prevista per il “difetto di assistenza, autorizzazione e rappresentanza”. Si legge in motivazione che le forme del ricorso introduttivo vanno integrate con “le più stringenti indicazioni formali richieste dagli artt. 163 e 414 cod. proc. civ.” e, con esse, dell'art. 182 e de “l'insegnamento della Suprema Corte secondo cui “in applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, anche di natura processuale, detta disposizione obbliga il giudice, in presenza della rilevazione di un vizio della procura (d'ufficio o su eccezione di parte), a provvedere in ordine alla sanatoria dello stesso (con evidente equiparazione della nullità della procura *ad litem* al difetto di rappresentanza processuale con conseguente sanatoria ad efficacia retroattiva)”

<sup>16</sup> Con riferimento al rito del lavoro cfr., per tutti, TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*<sup>5</sup>, Giuffrè, 2008, p. 142, il quale rileva che, in ossequio alle esigenze di concentrazione tipiche del procedimento, il termine concesso dal giudice per la sanatoria dovrà essere breve. La stessa esigenza di celerità può, a maggior ragione, ripetersi per quello in materia di licenziamenti. Da ultimo sul tema cfr. DE LUCA, *Il difetto di autorizzazione, rappresentanza, assistenza*, in *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di DALFINO, Cacucci, 2011 179.



In realtà l'atto notarile con il quale la società attrice aveva conferito i poteri di rappresentanza con riferimento alle controversie di lavoro al procuratore generale *p.t.*, pur richiamato nel ricorso non risultava allegato, ragion per cui più che un difetto di rappresentanza (o tantomeno di "procura")<sup>17</sup>, al caso di specie trova piana applicazione il comma 1 dell'art. 182, con riferimento alla regolare costituzione delle parti. In forza di giurisprudenza consolidata, difatti, tale vizio è sanato nel caso in cui la procura, anteriormente rilasciata, venga successivamente depositata su invito del giudice ovvero, come nel caso di specie, su iniziativa della parte<sup>18</sup>.

L'equivoco deriva, probabilmente, dalla strategia processuale del convenuto che, per evitare la sanatoria dei vizi della citazione riferibili alla *vocatio in jus* determinata dalla costituzione spotanea in giudizio (art. 164, comma 3), riconduce al difetto di legittimazione ad agire, rilevabile d'ufficio, una serie di irregolarità che con il richiamato presupposto processuale poco o nulla hanno a che fare. E, difatti, pur nel decidere sulla medesima eccezione, il giudice rigetta le censure relative alle inesattezze dell'indirizzo della sede legale e all'omissione relativa al codice fiscale e alla partita IVA della società armatrice, facendo applicazione della disciplina di cui all'art. 164 e non già dell'art. 182<sup>19</sup>.

La necessaria conclusione è il rigetto della una e plurima eccezione pregiudiziale, attesa l'impossibilità di pronunciare la nullità di atti che abbiano raggiunto il proprio scopo – *id est* l'"identificazione 'della persona della parte'", in ossequio ad "una interpretazione che sia coerente con il sistema

<sup>17</sup> Sanabile, in forza della novellazione attuata con la legge n. 69 del 2009.

<sup>18</sup> In questo senso, tra le tante, in applicazione dell'art. 182, comma 1, cfr., Cass. 7 luglio 1995 n. 7490, in *GI*, 1996, I, 1, c. 24; *Id.*, 7 dicembre 2004 n. 22984, in *Mass. FI*, 2005, 570; *Id.*, 11 aprile 2006 n. 8435, in *Mass. FI*, 1996, p. 683. Cfr. altresì Cass. 15 gennaio 2013 n. 798, in *FI On line*, secondo la quale se la relativa eccezione venga sollevata per la prima volta nella comparsa conclusionale, la sanatoria del vizio mediante la produzione dei documenti può legittimamente avvenire nella memoria di replica.

<sup>19</sup> È insegnamento consolidato quello secondo il quale la sanatoria generale di cui all'art. 182, comma 1 cod. proc. civ. non si applichi a tutti i vizi di costituzione delle parti restando esclusi quelli che derivano dalla nullità dell'atto introduttivo o della notifica i quali risultano assoggettati alla differente disciplina di cui agli artt. 164 e 291. Cfr. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, 1964, II, p. 72; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Giuffrè, 1961, II, I, 80; più di recente ASPRELLA, *Sub art. 182*, in *Codice di procedura civile*<sup>6</sup> a cura di Picardi, Giuffrè, 2010, I, p. 1170. In giurisprudenza sulla diversità dei presupposti di applicazione dei due gruppi di disposizioni cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2010 n. 9217, in *FI*, 2010, I, c. 2043.

ed impedisca mere nullità formali non giustificate dalla violazione del diritto di difesa altrui”<sup>20</sup>.

3. *Legittimazione e interesse ad agire del datore di lavoro: esclusività del rito e ammissibilità dell'azione di accertamento della legittimità del licenziamento*

Venendo al cuore dell'ordinanza in commento, appare più insidiosa l'eccezione concernente la carenza di interesse ad agire e l'inutilizzabilità del rito da parte del datore di lavoro<sup>21</sup>.

La difesa del convenuto argomenta la propria tesi sostenendo che il c.d. rito Fornero, vuoi in forza del dato testuale, vuoi, più in generale, “per la sua complessiva *ratio*”, è riservato al lavoratore che impugni il licenziamento illegittimo. Il datore di lavoro, inoltre, in forza della nuova disciplina del doppio termine decadenziale gravante sul prestatore di lavoro per l'impugnativa stragiudiziale<sup>22</sup>, non avrebbe più interesse a veder accertata giudizialmente la le-

<sup>20</sup> Più in particolare il giudice con riferimento all'indicazione del codice fiscale, contemplata dall'art. 163, n. 2, cod. proc. civ., osserva come «esso [...] non afferisce ai rapporti tra le parti o tra il giudice e le parti ma alla relazione tra queste ultime e l'amministrazione finanziaria, cosicché la violazione di una norma che disciplina un rapporto estraneo al processo non può riverberare i suoi effetti sul procedimento». Per analoghe conclusioni in ordine all'art. 125 cod. proc. civ., cfr. Cass. 23 novembre 2011 n. 2447, in *D&L*, 2011, p. 1035, con nota di SERRANO. Sui vizi dell'atto introduttivo cfr. da ultimo DELLA PIETRA, *La patologia della domanda giudiziale*, DIKE, 2013, *passim*.

<sup>21</sup> Quello in commento, come rilevato, è il primo provvedimento ad essersi occupato della tematica. Negli stessi termini si è successivamente orientato il Trib. di Reggio Calabria, con l'ordinanza 6 febbraio 2013. In questo secondo caso, il tribunale, adito dal datore di lavoro secondo le forme prescritte dall'art. 414 cod. proc. civ., ha convertito il rito decidendo il merito secondo le norme della l. n. 92/2012. Il provvedimento può leggersi in *LG*, 2013, p. 373 e ss. con nota critica di PICCININI.

<sup>22</sup> In forza della modifica apportata dall'art. 32, 1° comma, l. n. 183 del 2010, ai commi 1 e 2 della l. n. 604 del 1966, fermo l'onere di impugnare il licenziamento entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione con atto scritto anche stragiudiziale, l'impugnazione stragiudiziale diventa inefficace se non sia seguita, entro un successivo termine di 270 giorni, dal deposito del ricorso presso la cancelleria del giudice del lavoro ovvero dalla comunicazione alla controparte della richiesta di esperimento del tentativo di conciliazione o di arbitrato; se la proposta di procedere alla conciliazione o all'arbitrato sia rifiutata o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo. Il meccanismo trova applicazione a tutti i casi di

gittimità dello stesso, atteso che il sistema garantisce diversamente – per l’ap-punto con il meccanismo delle due decadenze – l’esigenza di rimuovere la situazione di incertezza e il rischio di veder lievitare nel tempo il risarcimento dovuto nel caso di reintegrazione richiesta al limite del maturare della prescrizione<sup>23</sup>.

Il giudicante rigetta l’eccezione ritenendo il rito non soltanto fruibile ma anzi “obbligatorio” per entrambe le parti del rapporto di lavoro, così conformandosi alla posizione finora espressa dalla quasi totalità dei commentatori<sup>24</sup>. La conclusione, motivata con ampiezza e varietà di argomenti, si fonda essenzialmente sulla considerazione per cui il procedimento in materia di licenziamenti persegue l’obiettivo di “accelerare la definizione delle relative controversie” non già o non soltanto nell’interesse del lavoratore ma di entrambe le parti del rapporto o “forse e soprattutto” nell’“interesse più generale a che i conflitti giudiziari concernenti i licenziamenti, così determinanti nei meccanismi del mercato del lavoro, pervengano in tempi ragionevoli a definizioni dotate di stabilità e certezza”<sup>25</sup>.

Sulla scorta di tale ricostruzione della *ratio legis*<sup>26</sup>, il tribunale replica alle

“invalidità” del licenziamento oltre che a fattispecie differenti, come, per esempio, alla legittimità del termine apposto al contratto di lavoro (l. n. 183/2010, art. 32, commi 2, 3 e 4). Su tale meccanismo è intervenuta poi la l. 92/2012, in primo luogo riducendo il termine sopra citato da 270 a 180 giorni (art. 1, 38° comma), in secondo luogo disponendo al 2° comma dell’art. 2 l. 604/1966, che “*la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato*” (art. 1, 37° comma), in modo che il lavoratore possa conoscerli fin dal momento dell’irrogazione. Su tale tematica cfr., per tutti, v. CARBONARA, *L’impugnazione del licenziamento*, in *La nuova giustizia*, cit., 429 s.; NUZZO, *Sul termine per l’impugnazione del licenziamento: la decisione delle Sezioni Unite, le reazioni, il collegato lavoro*, in *DRI*, 2011, p. 495.

<sup>23</sup> L’orientamento giurisprudenziale consolidatosi nella vigenza dell’art. 18 precedentemente alla modifica del 2012 ammetteva la possibilità del datore di lavoro di far accertare la legittimità del licenziamento soprattutto per far fronte a tale rischio, cfr., da ultimo, Cass. 9 maggio 2012 n. 7096, in *Mass FI*, 2012, p. 374, citata in motivazione.

<sup>24</sup> Cfr. la letteratura citata in nota 3. Fanno eccezione le posizioni di VERDE, *op. cit.*, p. 301, che ritiene il rito facoltativo e utilizzabile dal solo lavoratore e SORDI, *L’ambito di applicazione*, cit., p. 10 che concorda soltanto su questa seconda posizione.

<sup>25</sup> Riprendendo testualmente CURZIO, *Il nuovo rito*, cit., §. 2. Il giudice aggiunge come il riflesso negativo sulle dinamiche economiche e sul PIL della lunghezza del processo civile sia stato denunciato anche dalla Banca d’Italia “negli studi, nelle analisi e nelle ultime Relazioni annuali”, circostanza che, insieme al “quadro politico-sociale” nel quale la riforma è maturata fa assumere alla celerità della tutela un’importanza strategica nell’impianto complessivo della stessa.

<sup>26</sup> Comune a quanti si sono occupati del rito in esame, cfr., *supra*, nota 3.

prospettazioni della difesa osservando come le modifiche apportate all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori – disposizione che, come rilevato, delimita l'ambito di applicazione del procedimento speciale –, comportino che l'azione non possa più essere qualificata in termini di impugnativa del licenziamento volta alla reintegrazione del lavoratore, bensì come di accertamento, negativo o positivo, della sua legittimità<sup>27</sup>.

Pertanto l'attributo dell'esecutività conferito all'ordinanza conclusiva della fase sommaria non sarebbe disposto ad esclusivo beneficio del lavoratore, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa e come avviene in forza dell'inequivoca e differente *ratio* che sostiene il procedimento per la repressione della condotta antisindacale, ma, rimuovendo l'"asimmetria degli effetti" che caratterizza l'art. 28, assicurerebbe un'uguale "esecutività" al datore di lavoro offrendogli "nell'immediato un provvedimento stabile"<sup>28</sup>.

In questo contesto – *id est*: attesa l'esclusività del rito e la *ratio* che lo sostiene –, la previsione del doppio termine decadenziale non sarebbe in grado di incidere sull'interesse del datore di lavoro ad agire in "mero accertamento", il quale "sussiste", come nel caso di specie attesa l'impugnativa proposta dal lavoratore di fronte ad altro Tribunale<sup>29</sup>, "ogni qualvolta vi sia comunque con-

<sup>27</sup> Ampiamente, già prima dell'ultimo intervento legislativo, si è discusso sulla natura dell'azione relativa all'impugnazione del licenziamento illegittimo. La dottrina sinora prevalente la inquadra nell'ambito della tutela di accertamento, non costitutiva, perchè attinente alla dichiarazione della persistenza del rapporto lavorativo, nonostante l'esercizio da parte del datore di lavoro del diritto potestativo di estinguerlo. In questo senso CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *RTDPC*, 1991, p. 569 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Cedam, 2003, p. 162 ss.; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Giuffrè, 2004, p. 100 ss., spec. p. 104. Diversamente la giurisprudenza ha finora proposto per l'inquadramento in termini azione di annullamento del recesso illegittimo e, dunque, per la natura costitutiva. Cfr., tra le più recenti, Cass. 9 marzo 2006 n. 5125, in *RIDL*, 2007, II, p. 117, con nota di CARO e PUTATURO DONATI; Cass. 5 aprile 2001 n. 5092, in *FI*, 2001, I, c. 2528 e in *MGL*, 2001, p. 1024, con nota di TATARELLI; Cass., sez. un., 21 febbraio 1984 n. 1236, in *FI*, 1984, I, c. 2552. Dopo la riforma CONSOLO-RIZZARDO, *Vere o presunte*, cit., p. 731 hanno dubitato della sostenibilità della tesi tradizionale. Per un approfondito esame delle diverse posizioni cfr. DALFINO, *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in BARBIERI-DALFINO, *Il licenziamento individuale*, cit., 64 ss.

<sup>28</sup> In relazione al rilievo della difesa per cui l'art. 1 comma 46 dispone testualmente che il procedimento trova applicazione "alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti" e, dunque, a quelle introdotte dal lavoratore che intenda lamentarne l'illegittimità, il giudicante oppone la considerazione per cui il riferimento generale alle "controversie" e non ai "ricorsi di impugnativa dei licenziamenti" priverebbe di decisività l'argomento.

<sup>29</sup> Nonchè "la richiesta da parte del Comandante S. di conciliazione e di arbitrato".

testazione o vanto del diritto azionato”. Ad avviso del giudicante, dunque, la riforma Fornero non avrebbe inciso sulla posizione precedentemente espressa dalla giurisprudenza di legittimità in favore dell’ammissibilità dell’azione di cognizione ordinaria volta all’accertamento della legittimità del recesso datoriale proposta dal datore di lavoro<sup>30</sup>.

Fin qui, dunque, nulla di nuovo rispetto a quanto osservato in dottrina e giurisprudenza che, come anticipato, quasi unanimemente, si sono espresse nel senso dell’obbligatorietà del rito speciale di nuovo conio e della sua conseguenziale utilizzabilità da entrambe le parti del rapporto di lavoro, ancorando la soluzione a ragionamenti del tutto affini a quelli del provvedimento genovese<sup>31</sup>. In relazione all’obbligatorietà del rito si fa leva sulla *ratio* complessiva dell’intervento legislativo unitamente alla considerazione che lo strumento di tutela prescritto sia posto nell’interesse di entrambe le parti del rapporto di lavoro e non già in favore di un solo soggetto, come avviene nel

<sup>30</sup> Che la previsione del sistema decadenziale introdotto con la l. 183/2010 e poi modificato, come già rilevato, dalla stessa l. n. 92/2012, riduca fortemente l’esigenza datoriale di agire in accertamento positivo appare innegabile. In termini dubitativi circa il permanere dell’interesse ad agire in accertamento da parte del datore di lavoro LUISO, *Il procedimento*, cit., p. 64; DALFINO, *I licenziamenti*, op. ult. cit., p. 63; ad avviso di CONSOLO-RIZZARDO, *Vere o presunte*, cit., p. 734, l’onere di impugnativa stragiudiziale gravante sul lavoratore integra “quel presupposto di incertezza che, ai sensi dell’art. 100 c.p.c., [...] consente [al datore di lavoro] di agire lui stesso onde farne accertare la piena legittimità”. Per VERDE, *Note*, cit., p. 301 e SORDI, *L’ambito*, cit., p. 11, l’azione andrebbe in questo caso proposta secondo le forme della cognizione del lavoro.

<sup>31</sup> Nel senso dell’obbligatorietà del rito si esprime, incidentalmente tutta la giurisprudenza censita (vedine la rassegna ragionata di DALFINO *Il rito Fornero nella giurisprudenza: prime applicazioni*, in corso di pubblicazione, in *RGL*, 2013. Diversamente dispongono le linee guida predisposte dalla sezione lavoro del Tribunale di Firenze, in (<http://tinyurl.com/ccwbjtg>), che ritengono riservata la scelta all’attore, valutata la maggiore o minore utilità del nuovo rito rispetto a quello “ordinario” del lavoro con riferimento “agli interessi del cliente”. A sostegno della ricostruzione, da un lato si è fatto riferimento all’orientamento della Cassazione che ritiene possibile invocare la tutela della repressione della condotta antisindacale anche attraverso un giudizio a cognizione piena ex art. 414 ss. cod. proc. civ.; dall’altro, si è osservato che “non essendo possibile presentare con il rito speciale domande diverse da quelle di cui al comma 47 dell’art. 1 della l. 92/2012, sarebbe illogico obbligare la parte, che eventualmente abbia più istanze di tutela, a proporre più cause (moltiplicando i processi)”. Per l’utilizzabilità del rito da parte del datore di lavoro cfr. Tribunale Reggio Calabria 6 febbraio 2013, cit.; nel senso che il medesimo possa utilizzarlo, conformemente alla posizione espressa sulla facoltatività del rito rispetto a quello “ordinario” del lavoro, le citate linee guida predisposte dalla sezione lavoro del Tribunale di Firenze secondo le quali “in questo caso il lavoratore, se vorrà proporre azione giudiziaria avverso il licenziamento sarà costretto ad intraprendere tempestivamente il giudizio con un ricorso ex l. 92/12 e i due procedimenti verranno riuniti”.

caso dell'art. 28 St. lavoratori preposto a garantire l'organizzazione sindacale. Tale convinzione è talmente radicata da consentire il rapido superamento dei pur evidenti argomenti contrari. Perciò, al riferimento testuale alle controversie "di impugnativa" si oppone un analogo argomento letterale, fondato sul tenore della disposizione che "prescrive", utilizzando il tempo verbale all'indicativo, e non soltanto "descrive", il rito per le controversie indicate dal comma 46 cit. ("si applicano", comma 46; il "ricorso si propone" comma 47, e così via)<sup>32</sup>. Ancora in quest'ottica, non si attribuisce particolare rilievo alla considerazione – esposta anche della difesa del lavoratore nel caso sottoposto al Tribunale di Genova – per cui il carattere dell'"esecutività" è proprio dei soli provvedimenti condannatori – alla reintegrazione, all'indennità, al risarcimento – e non si accorda propriamente al provvedimento che accerti la legittimità del contegno datoriale<sup>33</sup>. In relazione al deficit di tutela che si fa scontare alle parti, obbligate ad utilizzare un procedimento in parte caratterizzato da una cognizione sommaria senza peculiari ragioni di specificità<sup>34</sup>, si replica meramente che il *gap* si colma con la progressione nella cognizione piena, mentre solo a fatica si ammette il potere delle parti di rinunciare al primo e sommario frammento di cognizione<sup>35</sup>.

#### 4. Corollari: l'ammissibilità di domande riconvenzionali nella fase sommaria

La tesi dell'esclusività del rito in ordine alle controversie relative ai licenziamenti di cui all'art. 18 St. lavoratori e, profilo connesso pur se non necessariamente implicato<sup>36</sup>, quella dell'utilizzabilità del medesimo anche da parte

<sup>32</sup> In questo senso DE ANGELIS, *Art. 18*, cit., p. 18; nel senso del valore descrittivo del tempo all'indicativo utilizzato dal legislatore, VERDE, *op. cit.*, p. 303.

<sup>33</sup> In questo senso VERDE, *op. cit.*, 300.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 302.

<sup>35</sup> Nel senso dell'ammissibilità di un accordo processuale volto a rinunciare alla fase sommaria SORDI, *L'applicazione*, p. 8, *contra* TISCINI, *Il procedimento*, cit., p. 85; DALFINO, *I Licenziamenti*, cit., p. 64. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, ord. 28 novembre 2012, "ritenere che, nonostante l'anticipata manifestazione dell'intento delle parti di attivare il giudizio a cognizione piena, esse debbano essere costrette in ogni caso a percorrere comunque la strada del previo esperimento della fase sommaria, con conseguente allungamento dei tempi necessari per pervenire a quella decisione resa all'esito di un giudizio a cognizione piena cui le parti hanno chiaramente affermato di aspirare comunque", con lo scopo perseguito dal legislatore del 2012". Nello stesso senso, v. Trib. Piacenza, ord. 16 gennaio 2013, cit.

<sup>36</sup> Secondo la citata posizione di SORDI, *L'applicazione*, cit., p. 10, per esempio, il rito è sì

del datore di lavoro recano con sè una serie di corollari applicativi, tra i quali la possibile coesistenza della cognizione sommaria con la richiesta di tutela cautelare o urgente<sup>37</sup>, la necessità di individuare una disciplina applicabile alla conversione nel caso di errore sul rito<sup>38</sup>, e così via. Nel passaggio dal piano dell'inquadramento sistematico a quello applicativo, i corollari scontano il confronto con un dato legislativo non coerente con le premesse superiori.

Nel caso oggetto di queste notazioni, per esempio, il giudice (si trova costretto ad) ammettere(re) la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto lavoratore, assegnando un termine per le difese della controparte sia pur più breve di quello disposto dall'art. 418 cod. proc. civ.

Come rilevato nel provvedimento, la l. n. 92 "non disciplina nella fase sommaria la riconvenzionale", mentre adotta una soluzione particolarmente rigorosa per quella di opposizione a cognizione piena disponendo che non possono "essere proposte domande diverse" da quelle che giustificano il radicamento del rito<sup>39</sup> "salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o

esclusivo ed obbligatorio ma non utilizzabile dal datore di lavoro in forza dell'inequivoco tenore letterale della disposizione di cui al comma 48, cit. che fa riferimento espresso alle controversie in materia di "impugnativa" del licenziamento, senza che la locuzione possa dirsi inclusiva dell'atto stragiudiziale.

<sup>37</sup> Favorevole all'opzione la dottrina maggioritaria, vedila sintetizzata in DALFINO, *I licenziamenti*, cit., p. 82. *Contra*, VERDE, *op. cit.*, p. 304; TREGLIA, *Brevi note sul nuovo processo del licenziamento introdotto dalla riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, p. 768. La esclude Trib. Bologna 25 ottobre 2012, in *FI*, 2013, I, c. 673 che a fronte della domanda di un provvedimento ex art. 700 cod. proc. civ. ha fissato direttamente ed *ex officio* l'udienza di cui al 48° comma, art. 1, l. 92/2012. Nel senso dell'ammissibilità, invece, Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012, in *FI*, 2013, I, c. 673.

<sup>38</sup> O, in alternativa, di dover dichiarare inammissibile o improponibile sia le domande non rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 18 St. Lavoratori, sia le "domande diverse" connesse la cui trattazione secondo le forme del rito specifico non è consentita non rientrando tra quelle ammissibili a norma del comma 51. La dottrina si è nettamente orientata nel senso dell'applicabilità in via analogica della disciplina di cui agli artt. 426-427 c.p.c. (LUISO, TISCINI, DALFINO, nelle opere da ultimo citate) ovvero dell'art. 4 del dlgs. n. 151/2011 (SORDI, *L'ambito di applicazione*, cit., 36). *Contra* DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *FI*, 2013, V, c. 104 e VERDE, *op. cit.*, p. 311, secondo il quale in ogni caso occorre dichiarare inammissibili le domande; l'A. osserva che silenzio del legislatore si spiega ove il procedimento speciale si consideri facoltativo e non obbligatorio.

<sup>39</sup> E, dunque relative alle "controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro".

siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti” (comma 51). Il legislatore, osserva il Tribunale, tende a considerare “la controversia sul licenziamento [...] come monade avulsa da altri contenziosi sia economici che non economici (con espressa deroga, quindi, alla connessione)”. Per questo motivo si tende ad escludere nella prima fase del primo grado l’ammissibilità di domande nuove<sup>40</sup>. Diversamente opina il giudicante concludendo nel senso della proponibilità della domanda del lavoratore volta alla reintegrazione e al risarcimento del danno, la quale, differenziandosi da quella “principale solo per quanto riguarda le conseguenze” e non rientrando “tecnicamente in quelle previste dell’art. 36 cod. proc. civ.,” non “determina pregiudizio per la speditezza del processo” e, pertanto, non ne tradisce la *ratio* acceleratoria<sup>41</sup>.

La soluzione non è a perfetta tenuta e si scontra con le argomentazioni precedentemente poste a sostegno dell’esclusività del procedimento speciale. Il silenzio osservato dal legislatore è un silenzio significativo ove messo in relazione con la disciplina dettata per le estensioni del *thema decidendum* consentite nella fase successiva. La ragion d’essere esclusiva e la conseguente struttura sommaria della prima fase si fondano sulla necessità di fornire una tutela quanto più celere ed effettiva alla posizione giuridica lesa e, pertanto, l’oggetto del giudizio non tollera gli ampliamenti, sia pur minimali, ammissibili nel successivo frammento del primo grado.

Non appare dirimente l’argomento secondo il quale la peculiarità della domanda del lavoratore, speculare a quella del datore di lavoro<sup>42</sup>, non comporta necessità istruttorie ulteriori, in quanto determina in ogni caso l’assegnazione di un termine a difesa “essenziale al contraddittorio” e, perciò soltanto, vulnera il principio di speditezza che costuisce – a detta del medesimo giudicante – “la ragione di fondo dell’intervento sulla normativa processuale e quindi la sua cifra ermeneutica”.

<sup>40</sup> La dottrina sul punto è unanime. In giurisprudenza cfr. Trib. Taranto, ord., 30 novembre 2012, in *FI*, 2013, I, c. 673, con nota di CALVIGIONI: Nella fase a cognizione sommaria del nuovo rito per l’impugnativa dei licenziamenti di cui alla l. 92/12, art. 1, commi 47 ss., le domande riconvenzionali e le domande di garanzia e/o di risarcimento danni formulate dal convenuto nei confronti delle altre parti (ancorché basate su fatti costitutivi identici a quelli che fondano la domanda di reintegrazione nel posto di lavoro) sono inammissibili, ma possono essere riproposte nell’eventuale fase di opposizione.

<sup>41</sup> Nello stesso senso Trib. Reggio Calabria 6 febbraio 2013, cit.

<sup>42</sup> Della quale costituisce “l’altra faccia della stessa medaglia”, secondo Trib. di Reggio Calabria 6 febbraio 2013, cit.



Non v'è dubbio, però, come rileva lo stesso Tribunale di Genova, che una volta ritenuta “l'obbligatorietà del rito e la sua fuibilità da parte del datore di lavoro” la conclusione adottata appare a rime obbligate.

Se, difatti, come la giurisprudenza ha più volte sostenuto, al rigetto della domanda di accertamento positivo consegue la declaratoria di illegittimità del licenziamento<sup>43</sup>, senza la proposizione di apposita domanda di parte nessuna conseguenza implicita potrebbe, ovviamente, trarsi in ordine alla reintegrazione o alle conseguenze risarcitorie.

In questa prospettiva costituirebbe incongruenza ancora più marchiana sostenere la tesi contraria, costringendo il lavoratore – che subisce le conseguenze del provvedimento datoriale – ad attendere la fase di “opposizione”, privandolo oltretutto della tutela urgente che certamente non potrebbe essere concessa a fronte del provvedimento che avesse accolto la domanda della controparte.

Le ragioni dell'aporia riposano sulla circostanza, del tutto evidente ad avviso di chi scrive, per cui la struttura bifasica del primo grado è strutturata per fornire una tutela quanto più celere possibile al lavoratore ingiustamente licenziato, garantendo il soddisfacimento immediato delle sue pretese. Il sacrificio che sconta il datore di lavoro è, perciò, parzialmente compensato dall'assoluto contenimento delle domande proponibili con il rito speciale, anche a scapito delle ragioni di coerenza degli accertamenti e di economia processuale poste alla base della disciplina della connessione<sup>44</sup>.

Per queste ragioni è preferibile ritenere utilizzabile la tutela speciale dal solo lavoratore, consentendo al datore di lavoro che ne abbia interesse di introdurre l'azione di accertamento mero secondo le forme della cognizione “ordinaria” del lavoro<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cfr., tra le più recenti, Cass. 19 novembre 2007 n. 23909, in *NGL*, 2008, p. 240.

<sup>44</sup> Analogamente VERDE, *Note*, cit., p. 302.

<sup>45</sup> Ulteriore argomento contrario alla proponibilità dell'azione di accertamento positivo della legittimità è quella prospettata da PICCININI, *Richiesta di accertamento della legittimità del licenziamento ex rito Fornero da parte del datore di lavoro*, in *LG*, 2013, p. 373 con riferimento alla scelta del foro da parte del datore. L'A. rileva che l'ammissibilità dell'azione datoriale dovrebbe essere esclusa anche sulla scorta del confronto con la disciplina del novellato art. 7 l. 604/1966, che, nel prevedere la necessità che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia preceduto dalla comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro “del luogo dove il lavoratore presta la sua opera”, introduce un criterio di competenza territoriale esclusivo (v. la circolare ministeriale n. 3/2013), diversamente dall'art. 413 cod. proc.civ., proprio in relazione all'ipotesi che l'iniziativa sia assunta dal datore di lavoro.

Diversamente opinando è necessario propendere per la proponibilità della domanda riconvenzionale del lavoratore. Ma a questo punto il discorso non potrebbe che generalizzarsi e si dovrebbe concludere nel medesimo senso altresì con riferimento a qualsiasi domanda riconvenzionale o nuova conseguente alle difese del convenuto, come pure alla chiamata in giudizio di terzi – ogni qualvolta – seguendo il ragionamento del giudicante – l’evenienza non comporti la necessità di accertamenti istruttori ulteriori rispetto a quelli collegati all’atto introduttivo. È evidente lo stravolgimento del disposto legislativo.

##### 5. *La struttura della fase sommaria: la frammentazione dell’iter decisorio*

Non ugualmente necessitata dalle premesse superiori ovvero da una malaccorta tecnica legislativa è, al contrario, la scelta di frammentare l’iter decisorio invece di pronunciarsi in uno con il merito della controversia sulle eccezioni pregiudiziali sollevate dalla difesa. Il giudicante, infatti, rigetta con l’ordinanza in commento le eccezioni relative alla rappresentanza processuale, alla legittimazione e all’interesse ad agire del datore di lavoro e si riserva, accantonandola, la decisione dell’eccezione di competenza territoriale.

L’opzione prescelta desta non poche perplessità.

Se sul terreno del processo di cognizione del lavoro si tende a limitare, in ragione del principio di concentrazione, il ricorso, sicuramente non precluso<sup>46</sup>, alle sentenze non definitive<sup>47</sup>, nel contesto in cui ci si muove, l’adozione di “ordinanze non definitive su questioni”<sup>48</sup> appare, se non addirittura

<sup>46</sup> In forza del disposto dell’art. 420, comma 4.

<sup>47</sup> Cfr. VACCARELLA, *Diritto processuale del lavoro*<sup>3</sup>, Jovene, 1996, p. 252 ss., spec. p. 263 ove più ampi riferimenti alla tematica e alla consolidata opinione secondo la quale non siano ammissibile sentenze su questioni preliminari di rito. Conforme TARZIA, *op. cit.*, p. 122. Da ultimo sul punto, IZZO, *I modelli di decisione*, in *La nuova giustizia del lavoro*, cit., p. 259.

<sup>48</sup> La netta delimitazione dell’oggetto della controversia e il tempo immaginato per l’accertamento dovrebbero eliminare in radice la possibilità di provvedimenti parziali o non definitivi su domanda. La stessa “qualificazione del rapporto di lavoro”, in quanto “fattispecie preliminare” potrebbe, a rigore, configurare una questione pregiudiziale di merito che però, dal contesto letterale della disposizione, parrebbe dover essere decisa unitamente al merito. A maggior ragione non sembra ammissibile il ricorso ad ordinanze su questioni pregiudiziali di rito. Per quelle sulle preliminari di merito può ripetersi la ricostruzione che ne esclude il ricorso anche nell’ambito della cognizione ordinaria del lavoro. Sull’accertamento delle “fattispecie

escluso, sicuramente non opportuno e foriero di numerose complicazioni.

La frammentazione in più provvedimenti dell'*iter* decisorio, in tal caso, da un canto vulnera i principi di concentrazione della decisione e di celerità del procedimento<sup>49</sup>, dall'altro determina gravi problemi in ordine al regime del provvedimento assunto<sup>50</sup>. In relazione al primo profilo valgono gli argomenti già spesi in ordine alla ritenuta ammissibilità di domande riconvenzionali nella fase sommaria. Con riferimento al secondo, va considerato innanzitutto che la giurisprudenza è ferma del ritenere che “per la qualificazione di un provvedimento del giudice civile ai fini della sua impugnabilità, è necessario ricorrere al criterio del contenuto e della sostanza di esso secondo le norme di legge; pertanto, sono sentenze”, *recte* nel caso in esame ordinanze, “soggette agli ordinari mezzi di impugnazione e suscettibili, in mancanza, di passare in giudicato i provvedimenti che, ai sensi dell'art. 279 cod. proc. civ. contengono una statuizione di natura decisoria (sulla giurisdizione, sulla competenza, ovvero su questioni pregiudiziali del processo o preliminari di merito) anche quando non definiscono il giudizio”<sup>51</sup>.

preliminari”, cfr. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio delle “fattispecie preliminari”*, Giappichelli, 2008.

<sup>49</sup> E appena il caso di sottolineare che dagli organi di stampa si apprende che la decisione di merito nel caso *de qua* non sia stata ancora assunta, sia perchè, come già rilevato, il giudicante ha ritenuto di attendere il pronunciamento della Corte di cassazione in merito al regolamento proposto di fronte ad altro giudicante adito dal lavoratore, sia perchè egli ha sospeso il giudizio riservandosi la decisione sull'ammissibilità dell'intervento nella fase sommaria di un'associazione di consumatori (*sic*).

<sup>50</sup> DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., p. 216, rifacendosi alla dottrina tradizionale, osserva «la scelta “tra l'inconveniente di spezzare il corso dell'istruzione per provocare la decisione preventiva del collegio e l'inconveniente di edificare la istruzione sulla mobile sabbia di un'ordinanza che il collegio potrà poi rimettere nel nulla, la scelta spetta alla discrezione del giudice istruttore” (LIEBMAN E.T., *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, cit., 299 s.); tra l'accantonamento della questione e l'immediata rimessione in decisione per la sua soluzione (con la conseguenza, in quest'ultimo caso, di «spezzettare» il processo, ma anche di fissare «momenti della procedura» nel cammino verso la decisione, “al fine di rendere possibile l'ordinato svolgimento del giudizio colla progressiva e definitiva eliminazione di ostacoli”) (Cfr. CHIOVENDA G., *Istituzioni*, I, cit., 328.), investe soprattutto un problema di economia processuale».

<sup>51</sup> Cfr. Cass., 22 novembre 2003 n. 17780, in *Rep. FI*, che così prosegue “ne consegue che, attesa l'ammissibilità della pronuncia di sentenze non definitive anche nel rito del lavoro, il provvedimento con il quale, nell'ambito di tale processo, il giudice decida una questione pregiudiziale idonea a definire il giudizio, ai sensi dell'art. 279, 2° comma, n. 4 con riferimento al n. 2), deve essere necessariamente qualificato come sentenza” nella specie, come nel caso in esame, la suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva qualificato come ordinanza il provvedimento del giudice di primo grado che aveva deciso con provvedimento

In via di prima approssimazione, di conseguenza, in mancanza di una disciplina specifica sul punto dovrebbe essere consentito “impugnare” l’ordinanza secondo le regole generali vevole per le sentenze non definitive di primo grado. Pur tuttavia il rito speciale, quantomeno nella fase sommaria, non sembra tollerare l’innesto dell’istituto della riserva di impugnazione. Nel caso di opzione della parte per l’immediato riesame del provvedimento, difatti, dovrebbe essere utilizzata la fase di opposizione, che tuttavia, seguendo ad una a cognizione sommaria, non assume la forma di un vero e proprio giudizio di impugnazione<sup>52</sup>. Nè sembra adoperabile all’uopo il reclamo alla Corte d’Appello. È ugualmente inappagante sostenere l’impossibilità di un controllo immediato, rimandando all’impugnazione del provvedimento finale di merito il riesame delle decisioni assunte. Tali ragioni conducono, dunque, a ritenere incompatibile il frazionamento dell’*iter* decisorio con la fase sommaria del procedimento *ex l. 92/2012*.

A fronte di un provvedimento di tal sorta, però, occorre necessariamente ricostruire una disciplina applicabile. Non pare esservi margine per ritenere l’ordinanza meramente interlocutoria, e dunque “revocabile e modificabile” con quella che conclude la fase<sup>53</sup>, ragion per cui non sembra esservi soluzione alternativa rispetto a quella di ritenere censurabili le statuizioni espresse nella successiva fase di cognizione piena di primo grado.

La conclusione, dunque, pur se fondata in questo caso su di una fattispecie stravagante rispetto al sistema, offre un argomento ulteriore a sostegno della necessità che il giudice dell’opposizione, qual che ne sia la natura, non coincida con quello della fase preliminare<sup>54</sup>.

non definitivo la questione relativa al potere di rappresentanza sostanziale di una parte. In dottrina, da ultimo, TURRONI, *Le decisioni non definitive nel processo sommario di cognizione*, in *RTDPC*, 2012, p. 791.

<sup>52</sup> Sulla natura della fase di opposizione cfr., per tutti, TISCINI, *Il procedimento*, cit., p. 147.

<sup>53</sup> Definisce interlocutoria l’ordinanza CALVIGIONI, cit., p. 364.

<sup>54</sup> In questo senso in dottrina in dottrina, DE ANGELIS, *Art. 18*, cit., p. 5 1; LUISO, *Il procedimento*, cit., p. 57.; VERDE, *op.cit.*, p. 317; Secondo TISCINI, *Il procedimento*, cit., p. 152 l’obbligo di astensione (ai sensi dell’art. 51, comma 1°, n. 4 c.p.c.) ricorre soltanto se nella prima fase il giudice (anziché arrestarsi alla cognizione sommaria pure prevista dalla legge) proceda ad “giudizio già di per sé pienamente cognitivo” (*ivi*, 155). *Contra* in giurisprudenza Trib. Bologna, ord. 27 novembre 2012, cit.

## Marco Biasi

### La Carta di Nizza e il Protocollo n. 30 all'esame del Parlamento britannico

**Sommario:** **1.** Introduzione: le questioni sollevate dal Comitato Affari europei del Parlamento britannico. **2.** La posizione del Segretario di Stato Clarke sulla Carta di Nizza e sul Protocollo n. 30. **3.** I dubbi emersi nel corso del dibattito e le repliche di Mr. Clarke. **4.** La discussione sulla mozione proposta dal Segretario di Stato Clarke.

#### *1. Introduzione: le questioni sollevate dal Comitato Affari europei del Parlamento britannico*

Il presente osservatorio intende dar conto della discussione tenutasi il 14 marzo 2011 presso il Comitato affari europei (“European Scrutiny Committee”) del Parlamento britannico, alla presenza del Segretario di Stato, Mr. Kenneth Clarke, chiamato a fornire alcuni chiarimenti a proposito del Documento della Commissione europea n. 15139/2010, dal titolo “*Commission Communication on Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*”.

Tale documento riguardava la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (c.d. “Carta di Nizza”), venendo in particolare evidenza i seguenti tre aspetti: a) a seguito del Trattato di Lisbona, il rispetto dei diritti fondamentali è divenuto il cuore dell’azione Europea; b) la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha acquisito forza di legge (“*became legally binding*”) e l’Unione europea si è impegnata altresì a rispettare la Convenzione europea dei Diritti dell’uomo; c) la Commissione ha inteso utilizzare ogni mezzo a sua disposizione (“*all means at its disposal*”), tra cui l’avvio di procedure di infrazione nei confronti degli Stati Membri avanti alla Corte di giustizia, al fine di assicurare il rispetto della Carta nella fase di trasposizione del Diritto europeo; di tal guisa, la procedura di infrazione sarebbe

stata avviata nelle seguenti ipotesi: i) ove una Legislazione nazionale desse attuazione alla disciplina Europea con modalità contrastanti con i Diritti fondamentali; ii) nel caso un'Autorità pubblica nazionale applicasse il Diritto dell'Unione senza rispettare i medesimi principi; iii) nell'ipotesi di una decisione finale resa da una Corte nazionale che applicasse o interpretasse il Diritto dell'Unione in modo non conforme ai Diritti fondamentali.

Il Comitato affari europei del Parlamento britannico ha sottoposto il citato Documento al dibattito, chiedendo al Governo di rendere, per mezzo del proprio rappresentante Mr. Clarke, le opportune delucidazioni a proposito del ruolo e dell'effetto del Protocollo n. 30, firmato dalla Polonia e dalla Gran Bretagna al momento dell'adesione al Trattato di Lisbona e riguardante l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali in tali Paesi. La discussione, in particolare, si basava sul presupposto, del quale evidentemente il Comitato intendeva ricevere espressa conferma, per cui l'adozione del Protocollo non dovesse intendersi come una sorta di salvaguardia o di uscita ("*opt-out*") dalla Carta *tout court*, ad appannaggio dei Paesi citati, ma come una semplice "chiarificazione" circa il contenuto e gli effetti della Carta stessa ("*clarification*").

Ed infatti, come dichiarato durante il discorso di apertura da Mrs. Penny Mordaunt (uno dei Membri del Comitato), il Preambolo del Protocollo n. 30 rifletteva unicamente l'intenzione della Gran Bretagna di chiarire ("*clarify*") alcuni aspetti della Carta, a partire dall'esplicita affermazione che "il Protocollo non pregiudica gli altri obblighi" ("*the Protocol is without prejudice to other obligations*"). Ciò perché, da un lato, tali "obblighi" erano quelli previsti dai Trattati e "dal diritto europeo in generale"; dall'altro lato, il Preambolo del Protocollo aveva riconosciuto che la Carta "ribadisce i diritti, le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione e rende detti diritti più visibili ma non crea nuovi diritti o principi".

Tale assunto, però, aveva indotto diversi commentatori a sollevare dei dubbi sull'effetto pratico del Protocollo n. 30, che non sembrava condurre ad una diversa applicazione della Carta in Gran Bretagna (e Polonia) rispetto agli altri Stati Membri.

Di conseguenza, tre precise richieste venivano allora indirizzate dal Comitato britannico al Segretario di Stato, Mr. Clarke, ed in particolare: a) l'espressa conferma di come il Protocollo non costituisca un "*opt-out*" dalla Carta; b) lo scioglimento del dubbio se i diritti racchiusi nella Carta costituissero principi pre-esistenti del Diritto europeo, e come tali vincolanti per la Gran Bretagna a prescindere tanto dalla Carta quanto dal Protocollo; c) la

specificazione delle ipotesi di intervento della Corte di giustizia sull'operato degli Stati Membri in termini di rispetto dei Diritti fondamentali, chiarendo altresì se il Protocollo sia in grado di prevenire tale azione nei confronti della Gran Bretagna nel caso si verificassero le tre circostanze sopra richiamate *sub* i), ii) e iii).

2. *La posizione del Segretario di Stato Clarke sulla Carta di Nizza e sul Protocollo n. 30*

Nel corso del suo intervento, Mr. Clarke si è sin da subito focalizzato sullo scopo della Carta di Nizza, sostenendo che essa fosse stata approvata senza alcuna intenzione da parte degli Stati Membri di creare nuovi diritti fondamentali a favore dei cittadini europei, oltre quelli già esistenti (“*it was put in without the intention of creating new fundamental rights for European citizens, beyond those already existed*”): a suo parere, infatti, si era semplicemente “codificato e messo insieme” (“*codified and brought together*”) un condiviso corpo dei diritti (“*accepted body of rights*”) che avevano ispirato l'azione europea sin dagli anni '60.

Tale assunto, ben noto – secondo Mr. Clarke – ai Governi che si erano risolti a firmare il documento, era stato però messo all'ultimo in discussione (“*challenged*”) dalla Gran Bretagna e dalla Polonia: la decisione di negoziare l'adozione del Protocollo n. 30, quindi, era stata intrapresa quale ulteriore forma di tutela a favore dei due Stati Membri, anche se comportava la mera conferma di quanto era già a tutti chiaro. In questo senso, dunque, il Protocollo n. 30 non poteva costituire in alcun modo un “*opt-out*” dalla Carta, trattandosi invece di una mera “chiarificazione” del suo contenuto e della sua efficacia, strettamente legata alla natura semplicemente ricognitiva dei diritti dalla stessa proclamati.

A proposito della posizione della Commissione europea, Mr. Clarke ha poi osservato come la strategia di quest'ultima, sia nell'elaborare nuove proposte, sia nel condurre la sua attività di verifica, non potesse che ispirarsi ai principi della Carta di Nizza; ancora, le disposizioni della Carta dovevano ritenersi vincolanti per gli Stati Membri unicamente nella fase di trasposizione del Diritto europeo, fermo restando che il Documento era comunque privo di contenuti particolarmente innovativi (“*it was not a vast leap into a new process*”).

In conclusione, Mr. Clarke, nell'esprimere la posizione del Governo Britannico, ha rilevato, con un'affermazione che parrebbe valida tanto per la Carta di Nizza quanto per il Protocollo n. 30, come "il tutto non ha comportato alcuna significativa differenza nei diritti fondamentali dei cittadini o negli obblighi degli Stati Membri derivanti dal diritto Europeo".

### 3. *I dubbi emersi nel corso del dibattito e le repliche di Mr. Clarke*

A seguito di tale – affatto scontata – affermazione, diversi Membri del Comitato hanno preso la parola, sollevando alcune importanti questioni e/o obiezioni rispetto alle opinioni espresse da Mr. Clarke: a) è il solo Protocollo, legato ad una Carta dalla dubbia innovatività, in grado di limitare il possibile "attivismo" della Commissione europea, sospendendo in ipotesi un'eventuale procedura di infrazione nei confronti dello Gran Bretagna per mancato rispetto della Carta?; b) può la Carta di Nizza, che "non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea", influenzarne tuttavia l'interpretazione in campo economico e sociale?; c) va considerata la sostanziale inutilità della Carta di Nizza una conseguenza del fallimento del Trattato costituzionale europeo, che ne avrebbe invece potuto incorporare il contenuto, e qual è l'attuale posizione dei sindacati britannici, che avevano in precedenza mostrato preoccupazione per la possibile riduzione dei loro diritti per effetto del Capo IV della Carta dei diritti fondamentali, dedicato ai diritti di "Solidarietà"? d) il Protocollo n. 30 è dotato di sufficiente incisività, ossia di una capacità di reazione in presenza di una possibile interpretazione erronea della Carta, tale per cui il documento costituirebbe fonte di diritti immediatamente azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale? e) è stato dunque necessario, e non pleonastico, dichiarare espressamente che l'operato della Commissione era vincolato al rispetto della Carta, e, in questo senso, qual è lo scopo della Strategia della Commissione rispetto alla Carta di Nizza?

Nel fornire risposta al primo interrogativo, Mr. Clarke ha confermato il suo invero sorprendente assunto ("*rather disappointing argument*") secondo cui la Carta dei diritti non avrebbe di fatto cambiato nulla, dal momento che "gli affari dell'Unione, così come l'operato della Corte di giustizia, sono stati da sempre governati dai principi espressi nella Carta, come pure da tanti altri, derivanti dagli usi, dalla prassi e dalle legislazioni nazionali, pure rimasti estranei al testo della Carta dei diritti fondamentali". Pertanto, secondo Mr.



Clarke, la Gran Bretagna e la Polonia non potevano in alcun modo trovarsi in una posizione diversa dagli altri Stati Membri, dato che tutte le normative esistenti, anche quelle in vigore nel periodo antecedente alla firma del Trattato di Lisbona, hanno da sempre dovuto rispettare i diritti ed i principi fondamentali ispiratori dell'Unione europea. Piuttosto, Polonia e Gran Bretagna hanno negoziato il Protocollo al solo scopo di presentarsi innanzi ai rispettivi Parlamenti nazionali e dichiarare, a fini eminentemente politici, che, mediante un apposito Protocollo era stato messo nero su bianco che la Carta di Nizza non aveva introdotto nuovi diritti o creato nuovi obblighi. Inoltre, se la Corte di giustizia non aveva in precedenza censurato una normativa nazionale, non c'era ragione di credere che la situazione potesse cambiare a seguito dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali, consistendo semmai l'unica presumibile novità in un maggior numero di riferimenti ai principi nella stessa affermati nel testo delle decisioni rese dalla Corte di giustizia.

Circa il secondo interrogativo, Mr. Clarke ha confermato che il Protocollo aveva il mero ruolo di "assicurazione che i Ministri avrebbero potuto esibire ai rispettivi Parlamenti" (a "*reassurance...which Minister could take back to their respective Parliaments*"). Del resto, le stesse disposizioni in materia socio-economica all'interno della Carta dei diritti fondamentali erano già parte del patrimonio giuridico europeo: a titolo esemplificativo, il diritto di condurre la propria impresa, addentellato all'art. 16 della Carta di Nizza, non necessitava certamente di una solenne proclamazione, consistendo nella mera riproposizione di un principio da sempre ispiratore dell'attività normativa e della prassi vigente all'interno dell'Unione.

In risposta al terzo quesito, il Segretario di Stato ha espressamente escluso ogni fondata preoccupazione circa il destino del Diritto del lavoro ed in particolare della disciplina sullo sciopero in Gran Bretagna. A tal proposito, all'interno dei sindacati britannici, vi era sia chi aveva temuto che il Protocollo avrebbe comportato una riduzione dei loro diritti (o, meglio, libertà), sia chi, al contrario, aveva sostenuto che tale documento avrebbe rivoluzionato il diritto del lavoro d'oltremontana, conferendo ai sindacati un inedito ed incondizionato diritto di sciopero. Tuttavia, ad avviso di Mr. Clarke, il diritto di sciopero, diversamente regolato all'interno degli Stati Membri, non era stato in alcun modo intaccato o alterato, né per effetto della Carta di Nizza né, tantomeno, del Protocollo.

A proposito dell'incisività del Protocollo, secondo Mr. Clarke il documento sarebbe comunque in grado di garantire alla Gran Bretagna una "pro-

tezione aggiuntiva, nel caso in cui la Corte di giustizia tentasse di allargare il proprio ambito di giurisdizione”, ipotesi in ogni caso da ritenersi del tutto inverosimile.

Avuto riguardo alla Strategia della Commissione, Mr. Clarke ha confermato che la stessa si è impegnata formalmente al rispetto della Carta, il che non sarebbe stato altro che una mossa di facciata (“*another bit of flag waving*”) diretta a dare dell’Unione Europea la “buona immagine” di istituzione vicina ai diritti dei cittadini. Del resto, i più ottimisti all’interno della Commissione sostenevano da tempo che andasse in qualche modo diffuso il messaggio per cui l’Unione europea ha una funzione ulteriore rispetto alla mera tutela del mercato, potendo estendere le proprie competenze alle libertà civili ed ai diritti dell’uomo. Tuttavia, ha concluso Mr. Clarke, pur senza minimizzare l’importanza della Carta di Nizza (“*without any intention to belittle the Charter*”), i diritti dalla stessa sanciti sono stati da lungo tempo riconosciuti in Gran Bretagna, tanto che qualunque Membro dello stesso Comitato affari europei si sarebbe personalmente opposto con vigore ad un tentativo di erosione di tali diritti.

#### 4. *La discussione sulla mozione proposta dal Segretario di Stato Clarke*

Dopo aver ultimato la fase dedicata alle repliche, Mr. Clarke ha dunque sottoposto la seguente mozione al voto del Comitato: “Il Comitato prende nota del Documento europeo n. 15319/10; supporta il Governo nel valorizzare il compito della Commissione europea di assicurare che le legislazioni nazionali risultino compatibili con i principi fondamentali europei; rileva che il sostegno del Governo si basa sul principio sottostante al Protocollo, per cui la Carta dei diritti fondamentali non attribuisce ad alcuna Corte, nazionale o europea, alcun elemento per sostenere la contrarietà del diritto nazionale con il diritto europeo”.

Durante la discussione sulla mozione, un membro del Comitato, Mr. Cash, ha osservato, a proposito delle “implicazioni della Carta”, che “affermare che i diritti contenuti nella Carta europea dei Diritti fondamentali e nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo siano principi generali dell’Unione condurrà naturalmente ad un maggior spazio di intervento della Corte di giustizia”. A suo parere, in particolare, l’art. 30 della Carta di Nizza (in tema di “protezione nei confronti dei licenziamenti ingiustificati”) po-

trebbe rientrare nella giurisdizione della Corte di Lussemburgo, tanto che “se in futuro vorremo modificare il diritto societario delle imprese medio-piccole ... dovremo chiederci a quali limiti saremo sottoposti per effetto del citato art. 30”. La medesima preoccupazione, secondo Mrs. Goodman (un altro membro del Comitato), riguardava l'art. 47 della Carta, a tutela dell'effettività del diritto di difesa, che avrebbe comportato l'obbligo legale di “garantire l'accesso alla tutela giurisdizionale a chiunque non possieda mezzi e risorse per esercitare tale diritto”. In più, ha aggiunto Mr. Cash, posto che “il Capo VII della Carta contiene previsioni generali, ivi incluse quelle in materia di interpretazione, uno dei maggiori problemi concerne l'impatto della Corte di Giustizia sulla vita di tutti i giorni dei cittadini europei”, soprattutto alla luce del suo noto “attivismo giudiziario” (“*judicial activism*”).

Nel replicare a tali osservazioni, Mr. Clarke ha ribadito che le istanze di protezione dei diritti fondamentali nell'Unione risalgono agli '70, tanto che nell'anno 2000, quando la Carta di Nizza è stata adottata, l'idea era solo quella di offrire maggiore visibilità ai diritti pre-esistenti, senza modificare in alcun modo compiti e funzioni dell'Unione europea. Pertanto, ad avviso di Mr. Clarke, non ci sarebbe alcuna ragione per un cambio di “paradigma” da parte della Commissione, ed anche nella remota ipotesi (“*in the faintest prospect*”) di un cambio di approccio da parte della Commissione, “il Protocollo sarebbe in grado di fraporsi ad eventuali iniziative inaspettate”. A proposito dell'art. 30 della Carta, la disposizione risulterebbe inequivocabilmente diretta a “riflettere i contenuti comuni delle disposizioni nazionali previgenti, lasciando agli Stati Membri la facoltà di garantire maggiori diritti ai lavoratori”; il che, peraltro, costruirebbe la riprova di come “la Carta stessa ... ha un significato ed un valore sostanzialmente politico e scarsissima rilevanza pratica, non avendo di fatto apportato alcuna significativa novità” (“*the Charter itself... does not hardly change anything*”).

In conclusione, una volta appurato che la Strategia della Commissione, diretta alla valorizzazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non avrebbe comportato alcuna nuova “minaccia” per il Regno Unito, la mozione proposta dal Segretario di Stato Clarke, è stata approvata e fatta propria dal Comitato Affari europei britannico.



**Anna Teselli**  
*Game over: il lavoro minorile*  
in Italia

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Una mappatura del rischio del lavoro minorile. 3. La stima dei minori che lavorano. 4. Le esperienze di lavoro dei 14-15enni.

1. *Premessa*

In questo articolo vengono presentati alcuni risultati preliminari di un'indagine nazionale sul lavoro minorile in Italia, condotta dall'Associazione B.Trentin<sup>1</sup> e da *Save the children*<sup>2</sup>. Gli *obiettivi principali* dell'indagine sono stati:

- *Fornire una stima* del numero dei minori con meno di 16 anni, cioè i minori che secondo la legge italiana non possono lavorare<sup>3</sup>, coinvolti in esperienze di lavoro in Italia.

- *Ricostruire le principali esperienze* di lavoro minorile, a partire dalla consapevolezza che questo fenomeno si articola in numerose tipologie, differenti

<sup>1</sup> Il 3 giugno 2013 è nata l'Associazione Bruno Trentin-Isf-Ires, frutto della fusione dei due Istituti della Cgil: Ires (Istituto di Ricerche Economiche e Sociali) e ISF (Istituto Superiore di Formazione) con l'Associazione Bruno Trentin.

<sup>2</sup> L'indagine è stata condotta con una metodologia quanti-qualitativa. L'indagine quantitativa, di cui si presentano qui i risultati, si è basata su un campione probabilistico: sono state realizzate 2.005 interviste a minori iscritti al biennio della scuola secondaria superiore in 15 province italiane campione e in 75 scuole campione. L'indagine verrà resa pubblica nella sua versione definitiva in una pubblicazione entro il 2013. Un Comitato scientifico interistituzionale ha supervisionato l'indagine. Per dettagli, cfr. il Dossier disponibile sul sito delle organizzazioni promotrici.

<sup>3</sup> I riferimenti normativi sono: 1) la legge n. 977 del 1967, che norma, tra l'altro, l'età minima di accesso al lavoro e le eventuali eccezioni (come il lavoro nello spettacolo); 2) la norma finanziaria del 2006, in cui l'obbligo scolastico è stato innalzato a 16 anni (a partire dall'a. s. 2007-2008) e si è conseguentemente spostata l'età minima di accesso al lavoro dai 15 ai 16 anni.

per attività svolte, intensità del tempo di lavoro, interferenze con la scuola, eventuale pericolosità, percezioni da parte dei minori<sup>4</sup>.

- *Identificare le condizioni di partenza* che concorrono allo sviluppo del lavoro minorile, legate da una parte ai contesti socio-ambientali e alle famiglie in cui vivono i minori, dall'altra ai percorsi nella scuola e ai vissuti in ambito educativo.

- Approfondire ed indagare il coinvolgimento dei minori nelle *peggiori forme di lavoro minorile*.

- Presentare il *punto di vista dei ragazzi* sul lavoro minorile.

L'ipotesi alla base dell'indagine è che il lavoro minorile sia un fenomeno tutt'altro che scomparso nei Paesi avanzati e che stia assumendo nuove forme da analizzare. Come indicato nella Relazione tematica sul lavoro minorile curata dal Cnel, occorre implementare un Sistema di statistiche sul lavoro minorile "che preveda indagini a valenza nazionale e a cadenza periodica sulle diverse componenti del lavoro minorile nel Paese", dal momento che "il bisogno conoscitivo sul fenomeno è ampio, ma i metodi e le fonti di informazione ancora non sono in grado di tenere conto di un fenomeno così articolato"<sup>5</sup>. L'indagine presentata fa un primo passo in questa direzione, nella consapevolezza che il lavoro minorile resta un tema complesso, innanzitutto per la sua natura di fenomeno 'sommerso' e di nicchia. Ciò contribuisce alle note difficoltà di definirlo come campo di indagine e di intervento: è possibile avere diverse idee su cosa intendere oggi per lavoro minorile in un Paese avanzato, su cosa tener dentro o lasciare fuori da quell'"ampio campo di attività, intensità e forme diverse che solo difficilmente possono essere suddivise in chiare categorie"<sup>6</sup>. Il lavoro minorile nei fatti è un insieme di esperienze eterogenee, di cui occorre di volta in volta ricostruire le componenti soggettive – la specifica esperienza e il significato

<sup>4</sup> "Il lavoro minorile (...) è un fenomeno estremamente complesso e composito, (...) lo è nelle società a economia avanzata nelle quali lo sviluppo sociale ed economico sembrerebbe non legittimare l'inserimento precoce nel lavoro": CENTRO NAZIONALE DI DOCUMENTAZIONE ED ANALISI PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *L'eccezionale quotidiano. Rapporto sulla condizione dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, 2006, p. 327.

<sup>5</sup> La relazione, dal titolo *Il Lavoro minorile: esperienze e problematiche di stima*, è a cura di GIULIANA COCCIA e ALESSANDRA RIGHI dell'ISTAT ed è scaricabile dal portale del Cnel. Cfr. Relazione *infra* p. 27.

<sup>6</sup> LIEBEL M., *Il lavoro minorile in Germania*, in *Bambini ed adolescenti che lavorano*, Quaderno n. 30 del Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, Firenze, 2004.

che ciascun minore è in grado di assegnargli – e le concrete condizioni familiari e di eredità sociale in cui maturano e che concorrono alla sua attribuzione di senso.

In tal modo si punta ad individuare gli eventuali legami di questo fenomeno con la dispersione scolastico-formativa, con i rischi di esclusione e marginalizzazione sociale, con le questioni di un inadeguato investimento delle famiglie e dei territori sul capitale socio-individuale di bambini e ragazzi, tematica rilanciata anche in sede europea attraverso la *Child Centred Social Investment Strategy*<sup>7</sup>. Il lavoro minorile rappresenterebbe uno strumento per replicare modelli sociali che predeterminano i percorsi individuali: il processo di mobilità sociale intergenerazionale sarebbe influenzato da meccanismi che tendono a riprodurre sui destini individuali lo squilibrio delle posizioni di partenza ed avere eventualmente come esito il circuito dei lavori poveri da adulti<sup>8</sup>.

La questione, allora, non è ‘se e quanto il lavoro minorile sia buono o cattivo’ – affermazione per certi versi indecidibile – piuttosto riguarda in che modo decifrare di questo fenomeno le dimensioni che ne fanno un’esperienza difficilmente reversibile per un individuo e fortemente condizionata da una specifica eredità sociale. In tal senso, i lavori minorili apparirebbero come i tasselli di corsi di vita in qualche modo predestinati precocemente dalle culture familiari e territoriali di riferimento, siano esse legate a condizioni di arretratezza economica e sociale e quindi a forme di povertà, oppure regolate da sistemi valoriali non re-intepretati alla luce dei rapidi cambiamenti in atto nelle società avanzate e dei requisiti complessi richiesti al loro interno per evitare marginalizzazione ed esclusione sociale.

## 2. *Una mappatura del rischio del lavoro minorile*

Nella prima fase dell’indagine è stata realizzata una mappatura delle di-

<sup>7</sup> Questa strategia è stata promossa, tra gli altri, da ESPING-ANDERSEN G. (*Why we need a New Welfare State*, Oxford University Press, 2002), che ha messo in evidenza come un adeguato capitale sociale, culturale e cognitivo si può sviluppare soltanto se fin dall’infanzia e dalla pre-adolescenza le famiglie e le società investono in modo determinante sullo sviluppo dell’individuo. Il rischio è di far maturare *gap* cognitivi e svantaggi sociali difficilmente colmabili in seguito.

<sup>8</sup> Sulla questione della mobilità sociale tra generazioni, cfr., tra gli altri, CHECCHI D. (a cura di), *Immobilità diffusa*, Il Mulino, 2010.

verse intensità di rischio di lavoro minorile che caratterizzano le aree del nostro Paese<sup>9</sup>.

L'analisi ha individuato *cinque livelli di rischio di lavoro minorile*:

- Un rischio *molto basso*, concentrato in alcune aree metropolitane del centro-nord (es.: Roma e Milano) o in alcune province ricche sempre del nord (es.: Monza e della Brianza e Ravenna).

- Un rischio *basso*, che copre la maggior parte delle province del centro-nord.

- Un rischio *medio*, diffuso in modo sparso sempre nelle province del centro-nord e in una provincia della Sardegna.

- Un rischio *alto*, frequente in particolare nelle province del sud e delle isole, con qualche presenza al centro (es.: Teramo e Grosseto) e al nord (es.: Imperia).

- Un rischio *molto alto*, concentrato nelle province delle isole ed in particolare in Sicilia e in alcune zone del sud (es.: Foggia, Vibo Valentia).

### 3. *La stima dei minori che lavorano*

Secondo la nostra indagine, i minori di 16 anni che lavorano oggi in Italia sono stimabili in circa 260.000, cioè il 5,2% della popolazione in età<sup>10</sup>. Al crescere dell'età aumenta la quota di chi fa un'esperienza di lavoro, così come emerso da precedenti analisi sul tema: l'incidenza è minima prima degli 11 anni (0,3%), è prossima al 3% tra gli 11-13enni e ha un picco nella classe 14-15 anni (il 18,4%).

A conferma di questa progressione, è stata ricostruita la distribuzione dei 14-15enni per età al primo lavoro (tab. 1): la maggior parte dei ragazzi fa la sua prima esperienza dopo i 13 anni (il 72%).

<sup>9</sup> La mappatura è stata realizzata con il metodo dell'Analisi delle Componenti Principali (ACP). Sono stati utilizzati cinque indicatori, che sintetizzano le caratteristiche territoriali ritenute particolarmente rilevanti per individuare le zone ad elevato rischio di lavoro minorile: a) la demografia: % di 14-15enni sul totale della popolazione residente; b) la ricchezza pro-capite: PIL pro-capite; c) la composizione della struttura produttiva: % degli occupati in agricoltura, commercio, settore alberghiero e ristorazione; d) il tessuto socio-culturale: % di ragazzi (10-18 anni) a rischio di abbandono della scuola, quota di donne *over 24* con titolo universitario. L'ACP ha generato in ciascuna provincia una componente principale che è stata definita rischio del lavoro minorile.

<sup>10</sup> L'indagine campionaria non è stata disegnata per rilevare le peggiori forme di sfruttamento del lavoro minorile, indagate attraverso l'analisi qualitativa, i cui risultati non son stati presentati in questo articolo.



Complessivamente, per 100 ragazzi di 14-15 anni, quasi il 22% riferisce di aver fatto una qualche esperienza di lavoro, soprattutto solo dopo i 13 anni.

*Tabella 1 - 14-15enni che hanno avuto un'esperienza di lavoro prima dei 16 anni*

<b>Età al primo lavoro</b>	<b>%</b>	<i>Per 100 ragazzi di 14-15 anni</i>
Prima di 11 anni	2,7	0,6
A 11 anni	2,7	0,6
A 12 anni	8,5	1,8
A 13 anni	13,8	3
Dopo i 13 anni	72,3	15,7
<b>Totale</b>	<b>100</b>	<b>21,7</b>

*Fonte:* Ass. Trentin - Save the Children Italia

È interessante osservare come questa concentrazione delle esperienze di lavoro in età preadolescenziale possa essere messa in collegamento con il fenomeno degli *Early school leavers* che, come noto, in Italia ha un picco rispetto agli altri Paesi dell'UE27. Nel nostro Paese (dati al 2011), il 18% dei giovani tra i 18 ed i 24 anni hanno conseguito al massimo il titolo di scuola media e non hanno concluso un corso di formazione professionale riconosciuto dalla regione di durata superiore ai 2 anni, né frequentano corsi scolastici o svolgono attività formative (di contro ad una media europea pari al 15% e quasi il doppio rispetto al benchmark stabilito dall'Unione Europea pari al 10%). Questo tasso di abbandono degli studi post obbligo e di mancata acquisizione di un titolo di studio secondario fa *pendant* con la diffusione del lavoro minorile in particolar modo nelle età di passaggio dalla scuola media a quella superiore, transizione segnata frequentemente da difficoltà e insuccessi<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Basta confrontare i tassi di non ammissione alle classi successive tra i due gradi dell'istruzione secondaria: nella scuola secondaria superiore il loro valore è maggiore di quasi 4

Dal punto di vista del genere, i 14-15enni che oggi lavorano risultano per il 54% maschi e per il 46% femmine. Tra questi il 5% è di nazionalità straniera<sup>12</sup>.

#### 4. *Le esperienze di lavoro dei 14-15enni*

Approfondendo le attuali esperienze di lavoro dei 14-15enni, *quasi 3 ragazzi su 4 lavorano per la famiglia*, aiutando i genitori nelle loro attività professionali (41%), quindi nel mondo delle piccole e piccolissime imprese a gestione familiare<sup>13</sup>, oppure sostenendoli nei lavori di casa (33%). Per quanto riguarda quest'ultima tipologia di esperienza, occorre sottolineare come siano state escluse dall'indagine tutte quelle attività riconducibili alla categoria dei 'piccoli aiuti in casa' e incluse viceversa quelle collaborazioni che per tipo di attività, quantità dell'impegno (molte ore al giorno, continuità), intererenza con la scuola sono ascrivibili al lavoro domestico e/o di cura.

Il restante 26% si distribuisce in misura equivalente tra chi lavora nella cerchia dei parenti e degli amici (12,8%) oppure per altre persone (13,8%).

Oltre alle attività domestiche e di cura svolte per la famiglia, le esperienze di lavoro prevalenti sono tre e sono soprattutto di supporto all'attività lavorativa della famiglia:

- le attività nel *settore della ristorazione* (18,7%), come barista, cameriere, aiuto cuoco, aiuto in pasticceria o nei panifici, etc.;
- le *attività di vendita* (14,7%), come commesso e/o aiuto generico (mettere a posto, prezzare, etc.) sia in negozio che come ambulante;
- le *attività in campagna* (13,6%), che includono l'aiuto sia nella coltivazione (es. raccolta, varie attività come bracciante, etc.), sia nel lavoro con gli animali (es.: allevamento, maneggio).

volte rispetto alla scuola media. I tassi di ripetenza inoltre sono più che duplicati – e triplicate sono le percentuali dei ragazzi che interrompono il percorso di studi. Cfr. l'ultimo report reso disponibile dal MIUR sulla dispersione scolastica (per l'anno scolastico 2006-2007).

<sup>12</sup> Occorre sottolineare che spesso i ragazzi stranieri iscritti al biennio della scuola secondaria superiore hanno più di 16 anni e quindi non sono stati considerati nell'analisi svolta. Questo potrebbe contribuire ad un loro sottodimensionamento.

<sup>13</sup> Come è noto, le piccole e piccolissime imprese rappresentano una componente centrale del tessuto produttivo ed economico del nostro Paese: in Italia il 99,7% delle imprese attive ha un numero inferiore a 250 unità e l'81,7% sono microimprese con meno di 10 dipendenti.

Seguono: le attività artigianali (8,9%), come manutentore, meccanico, parrucchiere, aiuto elettricista o aiuto calzolaio e così via; il babysitteraggio e le attività con bambini al di fuori della famiglia (4%); i lavoretti di ufficio (2,8%) e le attività di aiuto nei cantieri (1,5%).

Tabella 2 - Tipologie di attività

Attività	%
Attività domestiche e/o di cura	30,9
Attività nel settore della ristorazione	18,7
Attività di vendita (comprese quelle ambulanti)	14,7
Attività in campagna	13,6
Attività artigianali	8,9
Babysitter e attività con i bambini	4,0
Lavoretti di ufficio	2,8
Attività nei cantieri	1,5
Altro	4,8
<b>Totale</b>	<b>100</b>

Fonte: Ass. Trentin - Save the Children Italia

Considerando una batteria di informazioni sui tempi di lavoro (tab. 3), emergono le seguenti tendenze principali:

- oltre il 40% dei 14-15enni che lavorano è impegnato in attività *occasional*, di brevissima durata (al massimo 10 giorni in un anno) o di breve durata (fino a un mese all'anno);
- 1 ragazzo su 4 svolge *attività regolari*, di lunga durata (da oltre 6 mesi ad 1 anno);
- circa il 40% lavora qualche volta a settimana e una quota equivalente fino a 2 ore al giorno;

- lavori più impegnativi riguardano quei ragazzi che sono impegnati per oltre 5 ore al giorno (24%) o più o meno tutti i giorni (26%);

- 1 ragazzo su 2 lavora solo nei giorni o nei periodi di vacanza, gli altri lavorano anche nei giorni di scuola di pomeriggio senza interferenze con la frequenza scolastica, in pochissimi (2%) interrompono periodicamente la scuola per lavorare;

- quasi il 45% dice di guadagnare dei soldi per il proprio lavoro, soprattutto se aiuta i genitori nell'attività di famiglia. 1 ragazzo su 4 che viene pagato lavora per altre persone.

*Tabella 3 - Tempi di lavoro*

	%
<i>Giorni impegnati nell'anno</i>	
Da 1 a 10 giorni	18,5
Da 11 a 30 giorni	25,9
Da 31 a 3 mesi	16,8
Da più di 3 mesi a 6 mesi	9
Da più di 6 mesi a 9 mesi	7,9
Da più di 9 mesi a 12 mesi	18,9
Nd	2,9
Attività nei cantieri	1,5
Altro	4,8
<b>Totale</b>	<b>100</b>
<i>Frequenza dell'attività</i>	
Più o meno tutti i giorni	26,4
Qualche volta a settimana	36,7
Solo una volta a settimana	8,6

	%
Una volta al mese	15,5
Solo qualche volta durante l'anno	12,5
Nd	0,3
<b>Totale</b>	<b>100</b>
<i>N° di ore giornaliere</i>	
Fino a 2 ore	40,0
Da 2 a 4 ore	35,4
Da 5 a 7 ore	17,3
Più di 7 ore	7,0
Nd	0,3
<b>Totale</b>	<b>100</b>
<i>Interferenza con la frequenza scolastica</i>	
Lavoro anche nei giorni di scuola	45,6
Lavoro, solo nei giorni o nei periodi di vacanza	51,9
Quando lavoro, interrompo la scuola	2,1
Nd	0,4
<b>Totale</b>	<b>100</b>
<i>Retribuzione</i>	
Guadagno	44,7
Non guadagno	54,9
Nd	0,4
<b>Totale</b>	<b>100</b>

Fonte: Ass. Trentin - StC

Approfondendo in maniera combinata l'analisi delle variabili relative al tempo di lavoro (tab. 4), abbiamo individuato un insieme di attività definibili come *lavori continuativi*: sono quei lavori che coinvolgono i minori per almeno 3 mesi all'anno, almeno una volta a settimana e almeno 2 ore al giorno. Tenendo conto di questa distinzione, 1 ragazzo su 5 dei 14-15enni che lavorano svolgono un'attività di tipo continuativo, ancora una volta soprattutto in ambito familiare. Le esperienze più continuative sono quelle legate al settore della ristorazione, al lavoro di cura, alle attività artigianali e a quelle domestiche.

Tabella 4 - Lavori continuativi e non

Attività	%
Lavori continuativi	20,3
Lavori non continuativi	79,7
<b>Totale</b>	<b>100</b>

Fonte: Ass. Trentin - StC

Sul versante delle percezioni e dei vissuti in relazione alle proprie esperienze di lavoro, 1 minore su 3 percepisce una qualche difficoltà nel conciliare studio e lavoro: di media intensità (23%: *è stancante*), di forte intensità (11%: *l'impegno è troppo, qualche volta mi dedico solo al lavoro*). Inoltre i ragazzi che lavorano segnalano di avere meno tempo per divertirsi, stare con gli amici, fare sport o semplicemente riposare.

I ragazzi lavorano soprattutto per aiutare le famiglie nella loro attività di lavoro (nel 40% dei casi), coerentemente con il dato sulle tipologie prevalenti di lavoro. 1 ragazzo su 2 segnala comunque ragioni personali, come quella di avere soldi propri (23%) o perché gli piace (26%). L'11% dei minori indica come un po' pericoloso il lavoro che svolge.

In assenza di un catalogo dei lavori dei minori più pericolosi<sup>14</sup>, cercando

<sup>14</sup> Ad oggi il riferimento principale su questi aspetti è la *Convenzione sulle forme peggiori di*

in questa indagine di identificare un'eventuale area di rischio di sfruttamento, l'abbiamo definita considerando 'a rischio' quei ragazzi che:

- lavorano in fasce orarie serali o notturne (dopo le 20.00);

e/o

- svolgono un lavoro continuativo e indicano almeno due delle seguenti condizioni: interrompono la scuola per lavorare, il lavoro interferisce con lo studio, il lavoro non lascia tempo per il divertimento con gli amici e per riposare, il lavoro viene definito moderatamente pericoloso.

Corrispondono a queste condizioni il 15% dei 14-15enni che oggi lavorano (*circa 30.000 ragazzi*), che quindi sono coinvolti in *un'attività definibile 'a rischio di sfruttamento'*.

*lavoro minorile* dell'ILO (1999), che definisce tra le forme peggiori, oltre al lavoro forzato, le forme di schiavitù, prostituzione ed altre attività illecite, qualsiasi attività di lavoro che, per sua natura o per le circostanze in cui viene svolto, rischia di compromettere la salute, la sicurezza o la moralità del minore.

## Riferimenti bibliografici

- AGNOLI E., FACCIOLI F., SIGNORELLI A., *Fra scuola e lavoro: un'indagine sul lavoro minorile*, in *Sociologia e ricerca*, 1982, n. 8.
- ALBERTINI S., *Il lavoro minorile in provincia di Brescia*, in *Economia del lavoro*, 1980, n. 1-2.
- BAGLIVO A., *Il mercato dei bambini*, Feltrinelli, 1980.
- BELLELLI G., MORELLI M., PETRILLO G., SERINO C., *La socializzazione nella produzione: il lavoro minorile*, Liguori, 1987.
- BERLINGUER G., CECCHINI L., TERRANOVA F., *Gli infortuni sul lavoro dei minori*, Il Pensiero Scientifico, 1977.
- BERTONI JOVINE D., *L'alienazione dell'infanzia. Il lavoro minorile nella società moderna*, Editori Riuniti, 1963.
- BERTOZZI R., *I lavori minorili dei preadolescenti stranieri e italiani*, in GIOVANNINI G., PALMAS L. (a cura di), *Una scuola in comune*, Edizioni Fondazione Agnelli, 2002.
- BETTI G., *La rilevazione dei dati e la costruzione delle stime nelle indagini sul lavoro minorile*, in *Bambini e adolescenti che lavorano*, Quaderno n. 30 del Centro Nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, Firenze, 2004.
- CAMERA DEI DEPUTATI, *Indagine conoscitiva sul lavoro nero e minorile*, Atti Parlamentari, Roma, 1998.
- CARCHEDI F., MOTTURA G., PUGLIESE E. (a cura di), *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, FrancoAngeli, 2003.
- CARITAS ITALIANA E FONDAZIONE E. ZANCAN, *Vite fragili. Rapporto 2006 su povertà ed esclusione sociale in Italia*, il Mulino, 2006.
- CENTRO NAZIONALE DI DOCUMENTAZIONE PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *Bambini e adolescenti che lavorano. Un panorama dall'Italia all'Europa*, Quaderno n.30, Istituto degli Innocenti, Firenze, maggio 2004.
- CENTRO NAZIONALE DI DOCUMENTAZIONE ED ANALISI PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *L'eccezionale quotidiano. Rapporto sulla condizione dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, rapporto, 2006.
- CHECCHI D. (a cura di), *Immobilità diffusa*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- COCCIA G., RIGHI A., *Il Lavoro minorile: esperienze e problematiche di stima*, 2009.
- ESPING-ANDERSEN G., *Whi we need a New Welfare State*, Oxford University Press, 2002.



- FERRARESSO L., *Una piaga sociale: il lavoro minorile*, La Scuola, 1977.
- FONTANA R., *Il lavoro vietato. Minori e marginalità nello sviluppo italiano*, edizioni Seam, 1995.
- FREY L., *Il lavoro minorile in Italia*, in *Tendenza dell'occupazione*, 1979, n. 4.
- FREY L., *Introduzione all'analisi economica del lavoro minorile*, in *Economia del lavoro*, 1980, nn. 1-2.
- GIOVENTÙ ACLISTA, *Libro bianco sul lavoro minorile*, Edizioni Acli, Roma, 1967.
- GUIDUCCI M., *Il lavoro minorile in provincia di Salerno*, in *Economia del lavoro*, 1980, nn. 1-2.
- ILO, *Every Child Counts - New Global Estimates on Child Labour*, rapporto, 2002.
- ILO, *Global child labour trends 2000 to 2004*, rapporto 2006.
- IRES CGIL, PROGETTO CLACSE, *Il lavoro minorile come causa di esclusione sociale: rapporto nazionale Italia*, Roma, 1997-98.
- ISTAT, *Bambini, lavori e lavoretti. Verso un sistema informativo sul lavoro minorile. Primi risultati*, Roma, 2002.
- LIEBEL M., *Il lavoro minorile in Germania*, in *Bambini e adolescenti che lavorano*, Quaderno n. 30 del Centro Nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, Firenze, 2004.
- LOIODICE I., *Scuola e svantaggio. Il caso del lavoro minorile*, Laterza, Bari, 1988.
- MATTIOLI F., *Iqbal Masih non era italiano*, Edizioni Seam, 1996.
- MEGALE A., TESELLI A., *Lavori minorili in Italia. I casi di Milano, Roma e Napoli*, Ediesse, 2005.
- MEGALE A., TESELLI A., *Lavori minorili e percorsi a rischio di esclusione sociale*, Ediesse, 2006.
- MINISTERO DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Relazione sul lavoro minorile 1992-93*, dattiloscritto.
- MORROW V., *Il lavoro minorile nel Regno Unito*, in *Bambini e adolescenti che lavorano*, Quaderno n. 30 del Centro Nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, Firenze, 2004.
- OLIVERO F., *I molti lavori dei piccoli stranieri in Italia*, in *Aspe*, 1995, n. 11.
- PAPINI E., *Il lavoro minorile a Pisa: problemi di carattere pedagogico e sociale*, Tacchi editore, 1988.
- PERNA T., *Il lavoro minorile a Reggio Calabria*, in AA.VV. *Classi sociali e politiche nel Mezzogiorno*, Rosenberg & Sellier, 1978.
- PETRILLO G., SERINO C., *Bambini che lavorano*, FrancoAngeli, 1983.
- PIRRONE S., BUCALO S., *Lavoro e sicurezza sociale dei minori*, Bucalo, 1981.
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, OSSERVATORIO NAZIONALE PER L'IN-

- FANZIA, CENTRO NAZIONALE DI DOCUMENTAZIONE E ANALISI PER L'INFANZIA E L'ADOLESCENZA, *Non solo sfruttati e violenti. Bambini e adolescenti del 2000. Relazione sulla condizione dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia*, Istituto degli Innocenti, Firenze, 2001.
- SARACENO C., *Povert  e condizione dei minori in Italia dagli anni cinquanta ad oggi*, Istituto degli Innocenti, Firenze, 1992.
- SGRITTA G.B., ROMANO M.C., *Il lavoro minorile tra scelta e necessit *, in *Il Mulino*, gennaio-febbraio 1999, n. 381.
- SIMONUCCI A., *Bambini al lavoro. Come, quanti e perch *, in *Lavoro e societ *, 1989, n. 4.
- TAGLIAFERRI T., ALBERTINI S., GUIDUCCI M., *Il lavoro minorile in Italia*, in *Quaderni di Economia e Lavoro*, 1980.
- TAGLIAVENTI M.T., *Questioni aperte sul lavoro minorile in Italia alle soglie del 2000*, in *Bambini e adolescenti che lavorano*, Quaderno n. 30 del Centro Nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza, Firenze, 2004.
- TAGLIAVENTI M., *Per un alfabeto comune: bambini e adolescenti che lavorano*, in Centro Nazionale di Documentazione per l'infanzia e l'adolescenza, *Minori e lavoro in Italia: questioni aperte*, Quaderno n. 7, Istituto degli Innocenti, Firenze, 1999.
- TESELLI A., PAONE G. (a cura di), *Indagine conoscitiva sul fenomeno – lavoro minorile in Italia*, ciclostilato, Roma, 1996.
- TESELLI A., *Il lavoro minorile: caratteristiche e tendenze*, in *Minori violati, minori da difendere*, Atti del 10° Seminario di Studi Sociali – Citt  di Castrovillari e Provincia di Cosenza, 1998.
- TESELLI A., *Il lavoro minorile nel territorio della Sibaritide e del Pollino*, Amministrazione Comunale di Corigliano Calabro, 1999.
- TESELLI A., PAONE G. (a cura di), *Lavoro e lavori minorili in Italia. L'inchiesta Cgil*, Ediesse, 2000.
- TESELLI A., *Dispersione scolastica e lavoro minorile: percorsi di vita e analisi complesse*, in BENVENUTO G., SPOSETTI P. (a cura di), *Contrastare la dispersione scolastica*, Anicia, 2005.
- TESTA F., *I cento mestieri dei ragazzi di Napoli. Lavoro minorile ed evasione scolastica*, Napoli, 1983.

**Lorenzo Zoppoli**

**Donnarumma all'assalto: disoccupazione meridionale  
e cultura industriale\***

1. Quando finalmente (non lo trovavo da anni) ho avuto tra le mani il romanzo di Ottiero Ottieri (scritto tra il 1955-1957 e pubblicato nel 1959) sapevo di leggere un classico della letteratura industriale del novecento, ma non pensavo francamente che fosse ancora così attuale – quasi una cronaca tratta dai quotidiani – e, al contempo, così preciso nel mettere a nudo le ragioni profonde di un incontro mancato. Come si sa, il racconto si svolge in forma di un diario di lavoro tenuto da uno psicologo assegnato all'ufficio del personale di una sede meridionale di una importante fabbrica settentrionale, molto avveniristica, decisa ad intraprendere una politica di sviluppo nella provincia di Napoli (anche se non è detto, si tratta della Olivetti di Pozzuoli dove lo stesso Ottieri lavorò dal 1955 al 1956). Il problema principale dell'io narrante sono “le assunzioni”, vissute per gli aspetti delle modalità di selezione, del rapporto tra domanda e offerta, delle politiche sociali, dell'impatto su cultura e costumi locali, insomma con uno sguardo a 360°. Il romanzo è tutto qui: l'incontro/scontro tra la modernissima cultura di un uomo d'industria – portatore dei valori dell'organizzazione scientifica del lavoro, del merito (valutato attraverso la “psicotecnica”), della costruzione di identità professionali che forgiavano un uomo nuovo, di un destino produttivo che può abbracciare comunità molteplici e concentriche, che dalla fabbrica si estendono alla famiglia, al paese, al territorio – e l'antichissima cultura di una comunità meridionale ormai in declino, ma ancora coesa, testardamente attaccata a valori e miti pre-industriali, ad affetti e pregiudizi, dai quali riemerge continuamente l'eterna difficoltà di plasmare l'essere umano rendendolo un ingranaggio tecnico-or-

\* Dedicato a Gianni Garofalo, pensando alle sue riflessioni su *Metello*, di Pratolini, in questa rivista, 2007, p. 425 ss. e in VOZA (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, 2008.

ganizzativo. Nel diario non c'è "la soluzione"; piuttosto la progressiva consapevolezza delle mille sfaccettature del problema nonché delle tante soluzioni, ricche di potenzialità e sempre in bilico tra i suggerimenti della scienza organizzativa e quelli della capacità relazionale, quest'ultima tributaria di una sensibilità umana che deve attingere oltre il fine economico. Ma l'equilibrio tra tecniche organizzative e intuito relazionale – suggerisce la voce narrante – deve fondarsi sulla necessità oggettiva di far funzionare la fabbrica, assumendo i migliori. Sembra un'ideologia, di quelle fatte a posta per mistificare e sedurre gli ingenui; ma lo scrittore mostra di crederci davvero e imbastisce i drammi umani, da cui sempre la letteratura nasce, di questa "fede" nel riscatto del lavoro attraverso una nuova etica costruita nella fabbrica e per la fabbrica, calata in un contesto di donne e uomini concreti, fieri ma anche minacciosi, orgogliosi ma attanagliati da paure ataviche e solitudini vecchie e nuove. Addirittura si rischia l'apologia di un modello aziendale quando si legge il manifesto ideologico dell'industrializzazione del mezzogiorno enunciato dal presidente fondatore della società (Adriano Olivetti): "i figli dell'uomo troveranno l'elemento essenziale dell'amore della terra natia nello spazio naturale che avranno percorso nella loro infanzia e l'elemento concreto di una fratellanza umana fatta di solidarietà nella comunanza di tradizioni e di vicende. Le attuali strutture elementari della società non determinano una tale unità di sentimenti e rendono perciò difficile lo stabilirsi di una tangibile solidarietà umana. La gioia del lavoro, oggi in gran parte negata al più gran numero dei lavoratori dell'industria moderna, potrà finalmente tornare a scaturire allorquando il lavoratore comprenderà che il suo sforzo, la sua fatica, il suo sacrificio – che pur sempre sarà sacrificio – è materialmente e spiritualmente legato ad una entità nobile ed umana che egli è in grado di percepire, misurare, controllare, poiché il suo lavoro servirà a potenziare quella comunità viva, reale, tangibile, laddove egli e i suoi figli hanno vita, legami, interessi" (pp. 245-246).

2. A questo punto mi si dirà: ma dov'è l'attualità di una filosofia aziendale superatissima dalla globalizzazione? La mia risposta è duplice. La prima parte è che l'attualità sta proprio nel rammentarne l'esistenza, non come mera filosofia ma come pratica aziendale. E il romanzo è davvero prezioso per questo. La seconda parte della mia risposta riguarda il resto del romanzo, nel quale, nella consapevolezza del fatto che Olivetti era un imprenditore ammirato ma isolato, si spiega bene perché quell'ideologia – intesa come visione

del mondo – non si sia tradotta in Italia in diffuse pratiche aziendali tali da costituire un reale modello di sviluppo che dalle fabbriche poteva estendersi fuori, nel territorio, favorendone la modernizzazione.

Nel resto del romanzo si capisce infatti innanzitutto che la psicotenica fuori da quella fabbrica interessava poco. In un'industria in espansione, alle prese con raddoppi degli organici, il problema era sì “chi assumere”, ma non tanto per scegliere i migliori, bensì “per scartare i comunisti”. In un fondamentale dialogo tra colleghi, lo psicologo, sbalordito, si sente dire “tu lo sai perfettamente, nelle assunzioni è solo questo che conta. Per scoprire i comunisti, come fate?”. E a poco serve la successiva dimostrazione di come il comunista Amoruso fosse un operaio modello nella fabbrica modello, addirittura soddisfatto del salario percepito. Anche se nel diario si annota “la cifra percepita dal rosso Amoruso parve colpire il giovane direttore (ex compagno di scuola dello “psicologo”: n.d.a.) come uno sparo” (p. 249). Dunque fuori dalla fabbrica modello, lo sviluppo industriale del Mezzogiorno, ma anche dell'Italia, puntava su omologazione culturale e politica e bassi salari. Molto prima che ce lo imponessero la globalizzazione e l'Europa.

Ma la sbalorditiva attualità si ritrova anche in un'altra vicenda raccontata dal romanzo. Riguarda un Cementificio polveroso situato in un paesello vicino, dove scoppia uno sciopero. Il motivo: “i cementieri italiani hanno ottenuto un nuovo contratto nazionale, ma la società del Cementificio – a maggioranza di capitale danese – per non firmarlo s'è ritirata dall'Assoementi: perché dovrebbe firmare un contratto collettivo di lavoro, italiano, dopo aver aperto apposta le fabbriche nel meridione?” (p. 139). Le analogie con le recenti scelte della Fiat nel Sud, e non solo, sono troppo forti per non chiedersi: ma allora davvero stiamo tornando indietro di 50 anni? Le soluzioni però sono ben diverse: il cementificio controllato dai danesi firmerà il contratto nazionale, ma ottenendo di non dover erogare alcun aumento salariale. A ognuno il suo: all'impresa, ancor più se straniera, i bassi salari; ai sindacati una vittoria “per la pura legge, per la giustizia”. Oggi sappiamo che non era “un compromesso” (p. 152) lungimirante.

3. D'altronde radicare la più avanzata manifattura italiana nel Sud era davvero complicato. In un bellissimo passaggio in cui il diarista cerca di capire il conflitto scoppiato nelle fabbriche limitrofe (tra cui un'Acciaieria, probabilmente l'Italsider di cui racconta Ermanno Rea nella *Dismissione*: v. DE

LUCA TAMAJO, in *questa rivista*, 2003, p. 243 ss.) e da tutti ignorato, si annota “l’iniziativa settentrionale ci ha deposti in mezzo a gente familiare, in una terra amata. Certo essi non riescono a indovinare un centesimo dei nostri pensieri, delle astuzie scientifiche del nostro lavoro, dei nostri storici conflitti aziendali. L’industrializzazione del mezzogiorno come fatto della questione meridionale, cioè della questione loro, li lascia indifferenti, li insospettisce. Per i nobili è una cafoneria. Per i contadini, i quali verso notte s’aggirano scalzi intorno alla casa fra le viti, lungo la campagna arida a terrazze, per i sentieri segnati dai fichidindia, o si rinchiudono nelle case rettangolari sulla Statale, essa non è che un gran pranzo, di cui prendere qualche briciola, specialmente avendo a dormire tra loro il dottore che assume” (pp. 150-151).

E “il dottore che assume” diventa infatti il simbolo di una fabbrica che può essere metabolizzata da una comunità territoriale che non vuole cambiare. Pedinamenti e piagnistei verso la moglie del “dottore”; misteriosi mediatori che, nelle leggende metropolitane, dividono illeciti pizzi per le assunzioni con l’ufficio personale o vantano addirittura parentele ottocentesche con il fondatore; minacce e aggressioni di un gruppo di petulanti (tra cui il Donnarumma del titolo) che stazionano per mestiere dinanzi alla portineria della fabbrica. Qua e là osservazioni e analisi che hanno l’efficacia e la purezza di un pensiero vergine, che vuole comprendere e aprire canali di comunicazione tra mondi diversissimi, ma anche lucidamente consapevole di come non sia una questione alla portata di un’intelligenza isolata, di come non si possa tutto ricondurre ad una relazione tra saperi ma si verta in una zona dove molto, troppo ancora contano i rapporti di potere (v. CORATELLI, *La disciplina di fabbrica. Uno studio tematico. Analisi di Donnarumma all’assalto, di Ottiero Ottieri, e di Vogliamo tutto, di Nanni Balestrini*, in *accademia.edu*, p. 143).

“Essi chiaramente non prendevano di mira me, ma i custodi loro paesani che, secondo loro, per un berretto in testa si credevano i padroni” (p. 220).

“Qui tutti hanno bisogno di lavoro, tutti. L’antico problema dei vostri bellissimi, ma disgraziati paesi (...) si trascina da secoli. La fabbrica aiuta ma non può cancellare d’un colpo la storia” (p. 135).

“I commercianti borghesi che si sono costruiti la villa in questa agreste periferia marina, hanno altri scopi, altre necessità da perseguire all’ombra della tradizione, il cui amore antico per l’edilizia e il turismo tiene lontana l’industria come un oscuro nemico. In questa zona industriale, l’industria vive arroccata, goccia nel mare o nella sabbia di una civiltà di pescatori senza barca e di contadini senza terra. Nessun tessuto lega una fabbrica e l’altra,

non c'è proletariato. La disoccupazione non unisce, ma sempre divide, tranne quando esplode" (p. 151).

"L'uomo meridionale non è diverso dagli altri, ma è un uomo deformato. Le avventure della sua vita, la storia, lo peggiorano e lo esaltano fuori da comuni leggi. Ricchi e poveri, niente qui, nessuno scoglio, un appiglio emerge, e tutti nuotano sotto il livello della coscienza collettiva" (p. 130).

"Il colloquio e gli esami psicotecnici alzano una rete protettiva un vaglio tra noi e loro, tra la fabbrica e il paese; sono anche la nostra difesa dalla disoccupazione. Questa rende immorale la psicotecnica che potrebbe essere neutra, e invece si colora del luogo dove si svolge. Selezione scientifica e disoccupazione si negano. La selezione potrebbe anche avere un valore umano, se la domanda e l'offerta di lavoro stessero in equilibrio; la selezione sarebbe un orientamento, anche per loro, una scala di attitudini relative non di meriti assoluti. (...) la selezione non sarebbe una decisione definitiva: un uomo può sempre migliorare, o almeno cambiare. Ma così i buchi del setaccio sono di diametro fisso e troppo piccolo, non piccolo per cattiveria nostra o perché la nostra tecnica è troppo severa: ma sempre più piccoli quanto più vi sia sproporzione tra la domanda e l'offerta, necessità di scarto" (p. 37).

E così la fabbrica moderna non attecchisce e lascia il campo alla violenza insensata e inconcludente. Il romanzo finisce con lo "psicologo" trasferito al Nord e, senza alcun nesso diretto, il misterioso lancio di una bomba-carta sotto la macchina di un ingegnere davanti alla portineria della fabbrica, una bomba innocua e "sbagliata" in quanto indirizzata al direttore, come successive telefonate anonime si affanneranno a precisare. Una bomba senza un colpevole identificabile, perché non ci sono prove a carico del maggiore indiziato (caratteriale), il minaccioso e testardo Donnarumma, disoccupato con pretesa al posto ma senza alcuna intenzione di avvicinarsi alla cultura e alle regole di una fabbrica moderna. Il sospetto è che quella bomba, per quanto innocua e sbagliata, sia il drastico segnale di una comunità che non vuole cambiare (sebbene tutti si affrettino a ridimensionare l'episodio, a cominciare dal quotidiano comunista l'Unità con un articolo dalla lettura indigesta anche per il "rosso Amoruso"). Anziché cambiare, quella comunità minaccia in modo compatto e indistinto, anche se (ancora) innocuo, chi non la capisce e non la rispetta e pretende di modificare le regole in casa d'altri. È una terribile storia di un terribile equivoco: una storia dalla quale non pare che siano usciti vincitori né l'industria italiana, né le comunità meridionali; un equivoco che siamo ben lontani dall'aver davvero chiarito.





## notizie sugli autori

### **Marco Biasi**

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro - Università Ca' Foscari di Venezia*

### **Silvia Izzo**

*Ricercatrice di Diritto processuale civile - Seconda Università di Napoli*

### **Lara Lazzeroni**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro - Università di Siena*

### **Pasquale Monda**

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro - Università del Sannio*

### **Mario Rusciano**

*già Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*

### **Pasquale Sandulli**

*già Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Roma La Sapienza*

### **Anna Teselli**

*Ricercatrice IRES (Istituto di ricerche Economiche e Sociali)*

### **Jesús Cruz Villalón**

*Catedrático de Derecho de trabajo y de la Seguridad social - Universidad de Sevilla*

### **Antonello Zoppoli**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*

### **Lorenzo Zoppoli**

*Professore ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*



# abbreviazioni

## **Normativa**

<i>ai</i>	accordo interconfederale
<i>cnc</i>	contratto collettivo nazionale di comparto
<i>cnl</i>	contratto collettivo nazionale di lavoro
<i>cnq</i>	contratto collettivo nazionale quadro
<i>cod. civ.</i>	codice civile
<i>cod. pen.</i>	codice penale
<i>cod. proc. civ.</i>	codice di procedura civile
<i>cod. proc. pen.</i>	codice di procedura penale
Cost.	Costituzione
<i>d.d.l.</i>	disegno di legge
<i>d.g.r.</i>	delibera giunta regionale
<i>d.i.</i>	decreto interministeriale
<i>dir.</i>	direttiva della Comunità europea
<i>dir. P.C.M.</i>	direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.l.</i>	decreto legge
<i>d.lgs.</i>	decreto legislativo
<i>d.lgs.lgt.</i>	decreto legislativo luogotenenziale
<i>d.m.</i>	decreto ministeriale
<i>d.P.C.M.</i>	decreto Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.P.R.</i>	decreto Presidente della Repubblica
<i>gu</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>guce</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>gue</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>jo</i>	Journal Officiel
<i>l.</i>	legge
<i>l.cost.</i>	legge costituzionale
<i>l.d.</i>	legge delega
<i>l.p.</i>	legge provinciale
<i>l.r.</i>	legge regionale
<i>pl</i>	Public Law
<i>racc.</i>	raccomandazione della Comunità europea

<i>r.d.l.</i>	regio decreto legge
<i>reg.</i>	regolamento della Comunità europea
<i>St. lav.</i>	Statuto dei lavoratori
<i>Statutes</i>	Statutes at Large
<i>Supp.</i>	Supplement
<i>Tratt. ce</i>	Trattato delle Comunità europee
<i>t.u.</i>	testo unico

### Giurisprudenza e altre Autorità

<i>Caa</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cassazione
<i>Cass. Pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cass. Sez. Un.</i>	Cassazione Sezioni Unite
<i>App.</i>	Corte d'Appello
<i>C. Conti</i>	Corte dei Conti
<i>C. Cost.</i>	Corte Costituzionale
<i>Comm. Gar.</i>	Commissione di Garanzia
<i>Cons. Giust. Amm. Sic.</i>	Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia
<i>Cons. St.</i>	Consiglio di Stato
<i>Cons. St., Ad. Plen.</i>	Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria
<i>C. Eur. Dir. Uomo</i>	Corte europea dei diritti dell'Uomo
<i>C. Giust.</i>	Corte di Giustizia delle Comunità europee
<i>Pret.</i>	Pretura
<i>Trib.</i>	Tribunale
<i>Ta</i>	Tribunal administratif
<i>Tar</i>	Tribunale amministrativo regionale

### Commentari, enciclopedie e trattati

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani

<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone
<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

### Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater

<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&amp;CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de 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>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	cns-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law

<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio
<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEcl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&amp;G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLoro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTr</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line

<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWS T</i>	the 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>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>IJL</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics

<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics

<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTI</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&amp;G</i>	Legge&Giustizia: <a href="http://www.legge-e-giustizia.it">www.legge-e-giustizia.it</a>
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review

<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica

<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro

<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, <a href="http://www.reconproject.eu">www.reconproject.eu</a>
<i>REDT</i>	Rivista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Publ.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia

<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelijke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review

SO	Studi Organizzativi
<i>Società</i>	Le Società
SP	Sanità pubblica
SS	Sicurezza sociale
SU	Studi urbinati
TAR	I tribunali amministrativi regionali
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
TE	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
TG	Toscana giurisprudenza
TL	Temas Laborales
TP	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
UA	Urbanistica e appalti
UCLR	University of Chicago Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
VN	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
WD	World Development
WESoc.	Work, Employment and Society
WP	World Politics
WP C.S.D.L.E.	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <a href="http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp">www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</a>
WP	Olympus I Working Paper di Olympus
WSIM	wsi - Mitteilungen
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	Yale Law Journal
ZA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht



## errata corrige

In alcune copie del numero 1/2013 di questa rivista, a p. 53, nella nota contrassegnata dall'asterisco in calce al titolo del saggio *Il declino dell'inderogabilità?* di Antonello Zoppoli, non si precisa che lo stesso saggio (con il titolo *Verso il tramonto dell'inderogabilità?*) si può leggere in versione ridotta, e non integrale, nel volume *Diritto del lavoro in trasformazione*, curato da Romei e Corazza, il Mulino, in corso di pubblicazione.



Finito di stampare nel mese di dicembre 2013  
dalla Grafica Elettronica (Na)

