

# indice

## editoriale

- 229 BRUNO VENEZIANI  
*Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*

## saggi

- 251 ALBERTO AVIO  
*L'invecchiamento attivo: se la vecchiaia non ha età*
- 275 PASQUALE PASSALACQUA  
*L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*
- 303 LARA LAZZERONI  
*Licenziamento discriminatorio, motivo illecito determinante e procreazione assistita: cronaca di un diritto in evoluzione*
- 327 VERONICA PAPA  
*Struttura contrattuale e rappresentanza datoriale. Gli effetti del decentramento sulle peak associations*
- 353 MICAELA VITALETTI  
*Dall'altra parte: rappresentanza datoriale e contratto nazionale di categoria nello spazio giuridico globale*
- 375 MARCO TUFO  
*Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell'impiego privato*

## giurisprudenza

- 405 PASQUALINO ALBI  
*Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto  
(Commento a C. App. Firenze 2 luglio 2015 n. 441)*

- 415 VITO PINTO  
*Nuovi rimedi per i licenziamenti illegittimi e diritto vivente nella prescrizione dei crediti retributivi*  
(Commento a Trib. Milano 16 dicembre 2015 n. 3460)
- 427 CHIARA LAZZARI  
*Rischio amianto e responsabilità datoriale*  
(Commento a Cass. 6 novembre 2015 n. 22710)

**osservatorio**

- 439 CARMINE RUSSO  
*Aspettando Godot? Nuovi comparti e aree dirigenziali in attesa del rinnovo contrattuale 2016-2018*
- 453 EMILIANO MANDRONE  
*Il lavoro che forse verrà*
- 477 *Notizie sugli autori*
- 479 *Abbreviazioni*

# table of contents

## editorial

- 229 BRUNO VENEZIANI  
*The Essence of Workres' Rights. Ideas for a Survey*

## articles

- 251 ALBERTO AVIO  
*Active Ageing. When Old Age Has no Age*
- 275 PASQUALE PASSALACQUA  
*The Equalisation of the Levels of Collective Bargaining as the Model of Legal Reference to Collective Autonomy outlined by Article 51, Legislative Decree n° 81 of 2015*
- 303 LARA LAZZERONI  
*Discriminatory Dismissal, Illegal Determining Ground and Medically Assisted Procreation. Report on the Evolution of Law*
- 327 VERONICA PAPA  
*Collective Bargaining System and Employers' Representation. The Effects of Decentralization on Employers' Peak Associations*
- 353 MICAELA VITALETTI  
*On the Other Side. Employers' Representation and Sectorial Collective Agreements in the Global Legal Space*
- 375 MARCO TUFO  
*Transfer for Environmental Incompatibility in Private Work*

## case law

- 405 PASQUALINO ALBI  
*Illegitimate Disciplinary Dismissal for a Delay in Reprimanding between Old and New Law*

*(Comment to Florence Appeal Court 2 July 2015 n. 441)*

- 415 VITO PINTO  
*New Remedies for Illegitimate Dismissals and Living Law on Prescription  
Period of Salary Credits*  
*(Comment to Milan Tribunal 16 December 2015 n. 3460)*
- 427 CHIARA LAZZARI  
*Asbestos Risks and the Employers' Responsibilities*  
*(Note to Cassazione 6 November 2015 n. 22710)*

**observatory**

- 439 CARMINE RUSSO  
*Waiting for Godot? New Sectors and Management Areas Waiting for the  
Collective Agreements Renewal 2016-2018*
- 453 EMILIANO MANDRONE  
*Work that Perhaps Will Come*
- 477 *Authors' information*
- 479 *Abbreviations*

**Bruno Veneziani**

**Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori:  
spunti per una ricerca\***

**Sommario:** **1.** La ragione della ricerca. **2.** Il problema e il suo impianto teorico. **3.** Libertà e diritti, principi e limiti. **4.** Il limite dei limiti: il contenuto essenziale del diritto. **5.** I criteri complementari. **6.** I diritti collettivi e il loro contenuto essenziale. **7.** Le Alte Corti e il contenuto essenziale. **8.** Lo spirito di Filadelfia.

*1. La ragione della ricerca*

I giuristi del lavoro ormai si sono rassegnati a rincorrere la storia del proprio paese. La verità è che sino alla metà degli anni settanta il diritto del lavoro dei paesi europei e della Comunità aveva espresso i prodotti più incisivi e interessanti del consolidamento del sistema cresciuto all'ombra delle costituzioni democratiche del dopoguerra e nella convinzione che anche l'ordinamento giuridico europeo dovesse potenziare la dimensione sociale del mercato unico. Le accessioni della Spagna, della Grecia e del Portogallo avevano consolidato il *trend* della democratizzazione della *societas* europea in cui il diritto del lavoro contribuiva a rappresentare la linfa democratica che scorreva nelle giovani democrazie. I suoi paradigmi giuridici erano l'espressione del "patto" tipico delle socialdemocrazie del dopoguerra: un solido stato del *Welfare*; protagonisti delle relazioni politiche e sociali forti; dinamiche contrattuali e conflittuali gestite da attori consapevoli; diritti sociali fondamentali radicati con convinzione nelle strutture pubbliche e nei rapporti privati.

\* Il presente contributo è destinato agli *Studi in onore del Prof. Monteiro Fernandes* dell'Università di Lisbona.

Ma è in quel torno di tempo che si sviluppano tutte le cause che iniziano a erodere il patto: la crisi delle materie prime; gli *shocks* petroliferi del 73-77 e la conseguente inflazione a due cifre; la rivoluzione tecnologica che si sviluppa negli anni 80; la disoccupazione degli anni novanta e le modifiche strutturali degli apparati produttivi. Il lessico del legislatore si arricchisce di formule esoteriche e di “formule magiche del diritto”: deregolazione; flessibilità o meglio *flexicurity*; atipicità dei rapporti di lavoro; lavoro *substandard*; derogabilità; *soft law*; norme semi-imperative; sanzioni promozionali. Passano nello sfondo i protagonisti che avevano affollato la scena negli anni “creativi”, quelli dello sviluppo culturale: legislazione promozionale dell’autonomia collettiva, libera e volontaria; inderogabilità delle norme di legge; rapporto coordinato tra livelli contrattuali all’insegna della derogabilità *in melius*; stabilità del rapporto di lavoro; primazia del contratto a tempo indeterminato retto dalle regole aristoteliche dell’unità di tempo, di luogo e di azione; governo autoregolato del conflitto collettivo; coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa. Erano le tessere di un mosaico costitutivo della “tradizione costituzionale degli stati membri”, cui si sarebbe ispirata l’azione di una Comunità Europea diventata maggiorenne.

Sia pure a fatica, alcune di quelle voci, infatti, erano entrate nel lessico del dizionario europeo. Ma ancor più interessante è constatare come maturasse la convinzione secondo la quale quanto più vasta e penetrante era la crisi del mercato del lavoro europeo – forte disoccupazione specie giovanile; trasformazione e delocalizzazione delle attività produttive; mutazione antropologica delle “unità di lavoro attive” – tanto più alta e penetrante dovesse essere la risposta del legislatore. Alle “spinte di trazione” cui veniva assegnato il diritto del lavoro nazionale bisognava rispondere con la tensione ideale connaturata alla natura di un *bill of rights*. Insomma lo spirito del tempo richiedeva ai giuristi di pensare all’Unione Europea come a un ordinamento giuridico, sociale e politico con l’identità della *rule of law*.

Il segnale, sia pure espresso nella forma della dichiarazione solenne (la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali di Strasburgo del 1989), era il prodromo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nata a Nizza, transitata a Lisbona nella riforma dei Trattati tra il 2000-2009 e consacrata come norma del diritto primario. Certo anche questa volta la mutazione del tessuto normativo della UE era avvenuta a ridosso delle mutazioni del mercato. Ma è stata un’innovazione di alto profilo, che ha avuto il pregio di rinfocolare le speranze dei giuristi del lavoro che fosse possibile

iniettare, nella trama delle norme “mercantili” dell’Unione, un’ispirazione che rendesse la “economia sociale di mercato” della scuola di Friburgo una formula ove l’aggettivo facesse aggio sul sostantivo e non viceversa.

Ma le cose non sono andate proprio così. Infatti è ormai accertato, e la Corte di giustizia ha perentoriamente affermato – nel famoso quartetto delle sue decisioni *Viking*, *Laval*, *Ruffert* e *Lussemburgo* – che, sì, ormai i diritti di contrattazione collettiva e di associazione sindacale sono diritti fondamentali che appartengono alla *rule of law* della UE. A patto che non confliggano con i canoni irreversibili delle libertà fondamentali di circolazione dei servizi, dei beni e delle merci: a patto cioè che Kant non disturbi von Hayek.

Nel frattempo si consolida sulla scena europea l’ultimo dei fenomeni macroeconomici che percorre le economie nazionali e quella europea in generale. La globalizzazione, nel pieno della crisi della finanza nata nel 2008, esaspera la dialettica tra *lex mercatoria* e diritti del lavoro: nel senso che espande l’area della circolazione/scambio beni-affari e del confronto tra interessi. La miscela è esplosiva rendendo i canoni classici del diritto del lavoro garantista del tutto reversibili: *alterazioni* dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva (e all’interno di questa) tra livelli contrattuali all’insegna della derogabilità in peggio; *elusione* se non scomparsa del dialogo sociale; *mutamento* del canone della stabilità del rapporto di lavoro; *invasione* nella procedura dei licenziamenti collettivi; *limitazione* del diritto di sciopero. La UE e la *Troika*, che ne costituisce “il braccio armato”, corrono in soccorso dei paesi devastati dalla crisi dei loro bilanci e dall’implosione dei debiti sovrani imponendo interventi massicci nell’architettura contrattuale, nella determinazione delle dinamiche salariali, nella disciplina della flessibilità in uscita. Grecia, Spagna, Portogallo, Cipro e Italia vivono il dramma dell’erosione del garantismo legislativo radicato profondamente nei valori della solidarietà e dell’uguaglianza.

Il “nuovo corso” dell’UE è oggi racchiuso nella “severa condizionalità”, come dire che gli Stati membri che abbiano richiesto la stipula di un “*Memorandum di Intesa*” devono sottostare alla legge ferrea della parità di bilancio. La *condizionalità* è la regola-limite “appropriata allo strumento di aiuto finanziario scelto” (art. 12 cap. 4 del 2012). Essa è la “categoria giuridica razionale” che, regolando i rapporti tra periferia e vertice dell’UE, diventa il parametro per misurare obbedienza dei parlamenti nazionali al credo politico della “stabilità finanziaria dell’euro-zona nella sua totalità e dei suoi stati membri” (art. 3). Non c’è da stupirsi se l’obbiettivo richieda agli esecutivi l’adempimento di un obbligo derivante da “norme vincolanti e di natura

permanente – possibilmente costituzionale – o la cui fedele osservanza è in altro modo rigorosamente garantita lungo tutto il processo negoziale di bilancio” (art. 3 § 2 del *Fiscal Compact* del 2.3.2012).

## 2. Il problema e il suo impianto teorico

La soluzione proposta dall'UE per frenare e tentare di superare la crisi finanziaria ed economica si è ispirata all'ideologia ordoliberalista: che, antepo- nendo a tutto la salute del mercato unico, si avvale di una strategia squisitamente monetarista. La *salus publica* passa attraverso il controllo altrettanto severo degli adempimenti statali in materia di pareggio di bilancio e di sobrietà della spesa pubblica. Giusta o sbagliata che sia, essa, quale venatura rilevante dell'ordoliberalismo, è destinata a sconvolgere le strutture portanti dello Stato sociale, quali le istituzioni del *Welfare* (sistema pensionistico e sanità), gli istituti del rapporto di lavoro (quali i redditi dei lavoratori autonomi e dipendenti) e la fisionomia e fisiologia dell'autonomia collettiva. E dunque giunge a toccare i fondamenti costitutivi del diritto del lavoro individuale e collettivo, cioè i suoi valori di uguaglianza, solidarietà e giustizia sociale, che sono oggi incorporati come diritti soggettivi nel codice genetico della nuova UE.

Era stato previsto che ciò potesse accadere, sia pure non per questa causa specifica e non con le stesse proporzioni dell'oggi. E si pensava che la terapia dovesse reperirsi invocando una “costituzione sociale” per l'Europa fondata su una *grundnorm* con valori riconosciuti dalle democrazie occidentali del secondo dopoguerra come minimo comune denominatore costituzionale. La Carta sociale europea e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali erano le fonti cui rinviava l'Atto Unico Europeo<sup>1</sup>.

Era un'utopia, l'unica politicamente e giuridicamente praticabile sul finire degli anni 80. Dal canto suo la Corte di Giustizia aveva intrapreso la strada del riconoscimento del più “storico” dei diritti umani fondamentali – l'uguaglianza – quale asse portante della Comunità. Perché allora non proseguire con una strategia interpretativa volta a riconoscere l'applicabilità diretta del diritto a giuste ed eque condizioni di lavoro, alla salute e sicurezza nel rapporto, al preavviso ragionevole nella cessazione del rapporto di lavoro,

<sup>1</sup> HEPPLÉ, *The crisis in EEC Labour Law*, in *ILJ*, 1987, p. 77 ss.

a organizzarsi e contrattare collettivamente, alla protezione del lavoro dei fanciulli e dei minori?

Si trattava di diritti che poi la Carta Sociale Europea avrebbe ampliato nella procedura di revisione del 1996 e sarebbero approdati nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2009.

Oggi lo spettro degli strumenti disponibili per gli interpreti si è arricchito e la raggiunta maturità dell'ordinamento giuridico europeo si misura proprio sulla qualità delle sue componenti ideali e valoriali, su principi, diritti e libertà consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE del 2009. E si misura inoltre nell'emergere di un principio giuridico ordinatore con cui interpretare l'azione dell'UE nell'area delle relazioni di lavoro e del mercato del lavoro – che è quello dell'autonomia collettiva (art. 152 TFUE), che va aiutata e sostenuta in quanto strumento funzionale al perseguimento degli obiettivi dell'Unione (art. 9 del TUE).

L'armatura giuridica che percorre l'UE è costruita per l'essere umano che lavora, è ispirata ai valori della dignità, libertà, solidarietà e giustizia sociale.

### 3. *Libertà e diritti, principi e limiti*

Non che non fosse presente ai redattori delle grandi carte costituzionali del secondo novecento il problema teorico che ogni diritto fondamentale porta – quasi fatalisticamente – dentro il proprio DNA il destino del confronto con altri diritti di differente contenuto e della ricerca di una possibile convivenza nell'universo ordinato delle società alle quali si applicano.

La comparazione tra diritti fondamentali è un esercizio teorico articolato e complesso, tanto più difficile quanto più è mirato al conseguimento di un risultato che non pregiudichi la sostanza dei diritti coinvolti e la loro funzione coesiva della società. I giudici costituzionali, quali custodi della convivenza civile, non sono “assisi sotto la quercia” e non giudicano nel vuoto pneumatico creato artificialmente a loro intorno. Specie se hanno a che fare con una disciplina “sensibile” come il diritto del lavoro, che è strutturalmente antropomorfo. Forse il più compiutamente a misura d'essere umano rispetto a ogni altra branca dell'ordinamento giuridico. Esso accompagna l'essere che lavora nella sua dimensione di entità individuale e collettiva, come singolo e come gruppo, si interessa della sua salute fisica e della

figura morale, del suo genere e della sua età, della sua caratura professionale e intellettuale, della sua immagine, dei suoi pensieri e della sua solitudine al lavoro. Lo segue nell'ingresso al "posto", nel corso delle sue fasi, nel momento della cessazione e infine nella collocazione sul mercato del lavoro.

Come mettere, allora, il diritto del lavoro al riparo dalle turbolenze politiche, sociali, economiche, ideologiche, giuridiche – cui è sempre stato sottoposto nella sua storica evoluzione, perché non perda né la propria sostanza né la sua funzione?

Non sempre i giudici costituzionali a ogni livello, specie quelli della Corte di giustizia europea, sono stati sorretti da una norma o da un suo principio fondante da ricercare nelle pieghe del "racconto costituzionale" per consentire loro di far coesistere le norme che incarnano valori concorrenti se non contrapposti. È vero che una funzione centrale nel loro giudizio ha svolto il criterio della ragionevolezza, ma è altrettanto vero che le Alte corti si sono imbattute lungo il cammino nelle strettoie dei limiti posti dal legislatore all'interpretazione dei diritti e delle libertà fondamentali.

Ed è possibile intraprendere una strada teorica che suggerisca le scelte interpretative "giuste", in quanto formalmente razionali, "politicamente" opportune e infine tese a non comprimere il potenziale espressivo di valori per definizione non negoziabili ma resilienti, cui i diritti offrono un involucro formale?

Indubbiamente la teoria dei controlimiti, invocata quando si usa la tecnica consolidata del bilanciamento tra norme costituzionali, contribuisce alla ragionevolezza della decisione. Ma è anche vero che, talvolta, solo apparentemente risponde alla domanda di giustizia del caso e che, spesso, può indurre il sacrificio tanto dell'essenza quanto degli aspetti materiali e formali, costitutivi e non, centrali (contenutistici) e periferici (le modalità di esercizio) della struttura del diritto e, in ultima analisi, del valore incorporato.

Insomma quanto è stato detto e scritto sulla tecnica di interpretazione delle norme costituzionali può essere utilizzato *in toto* anche per un diritto a misura di essere umano che lavora?

È metodologicamente corretto che l'indagine debba svolgersi all'interno di un quadro normativo determinato e circoscritto. Non perché possa esistere una diversità sostanziale tra valori universali ma perché la cornice giuridica in cui si collocano le "tavole della legge" si avvale di una semantica giuridica mutuata dalla propria realtà politica e sociale. Illusorio e utopistico sarebbe proporre una metodologia "buona per tutte le stagioni" del diritto,

non foss'altro perché gli obbiettivi di un'area geo-politica come l'UE con le sue ambiguità strutturali (stato federale, semifederale?) sono di dimensione trasversale, riferibili a contesti nazionali di cui cogliere una cultura e una tecnica giuridica possibilmente comuni. Inoltre, va esaminato il lessico che li rende commisurabili e vanno individuati "ratio" e denominatore semantico trasversale. Il fallimento del progetto di Costituzione europea del 2004 era direttamente proporzionale all'eterogeneità culturale di alcuni sistemi giuridici nazionali dell'UE, oltre che dagli sciovinismi nazionali e dalle contingenze politiche e sociali del momento.

Ma ciò che importa, insomma, è che sia possibile individuare un terreno comune su cui misurare la volontà di cambiamento. Conciliazione tra vita e occupazione; attenzione alle condizioni di lavoro; parità tra tipologie contrattuali; limiti all'orario di lavoro; tutela della salute e sicurezza; distacco dei lavoratori; immigrazione; protezione dai licenziamenti; informazione e consultazione dei lavoratori; garanzie per il lavoro dei minori; e, infine, *Welfare*: sono i "pilastri della saggezza"<sup>2</sup> per l'Europa 2020. È un programma da corroborare con strumenti giuridicamente vincolanti secondo quanto stabilito dai Trattati ma anche con iniziative di *soft law* (politiche di coordinamento, buone pratiche, *benchmarking*, schemi di azione e codici di condotta diretti all'acquisizione del consenso).

La strada da percorrere è dunque delineata, ma in essa non c'è indicazione in ordine a come ciascuno dei valori sottesi a ogni punto del programma politico, e rispecchiati nella Carta dei Diritti fondamentali dell'UE, va preservato nel suo significato profondo.

È dalla Carta che bisogna muovere perché indica una strada che deve determinare la "portata (*scope*)" dei diritti. L'art. 52 sta ad indicare che: (a) i diritti e le libertà hanno una forza espansiva che può essere limitata; (b) le limitazioni sono utilizzabili, (c) "a condizione che esse siano previste dalla legge" e (d) che ne sia rispettato il "contenuto essenziale" (art. 52, co. 1), (e) siano necessarie, (f) rispettino il principio di proporzionalità, (g) rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o (h) all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La norma contiene dunque una clausola limitativa generale, l'affermazione cioè della limitabilità dei diritti e delle libertà fondamentali, optando per una scelta che la distingue da quella della Convenzione europea per la

<sup>2</sup> Commissione EU, Com 2016 (127) *Final* dell'8 marzo 2016.

salvaguardia dei diritti dell'uomo e da alcune costituzioni nazionali che peraltro indicano specifici limiti per ciascun diritto. E la differenza in parte dalla Carta Sociale Europea, che all'elenco aggiunge i requisiti della "necessarietà in una società democratica" e della "protezione di ordine pubblico, sicurezza nazionale, salute pubblica o buon costume". È una scelta che rispecchia l'orientamento dottrinale secondo il quale diritti e libertà fondamentali non sono mai assoluti ma per loro natura condizionabili da altri di pari livello.

Ai fini dell'avvio di un percorso di ricerca vale la pena ricordare che quasi tutto l'impianto della norma rievoca la "grammatica" della giurisprudenza della Corte di giustizia europea<sup>3</sup>. I giudici europei hanno applicato i criteri della proporzionalità, della necessità, della rispondenza all'interesse generale e del rispetto dei diritti e delle libertà altrui completandoli con ulteriori indici di specificazione della loro qualità e finalità. E si sono spinti a stabilire come, nel quadro del mercato comune, essi "corrispondano a finalità di interesse generale perseguite dalla comunità e non costituiscano, in rapporto allo scopo un intervento smisurato e intollerabile tale da mettere in dubbio l'essenza di questi diritti"<sup>4</sup>. L'espressione "contenuto essenziale" figura come la barriera estrema all'invasione del legislatore e, proprio perché previsto dalla legge costitutiva della democrazia moderna, essa stessa è il "limite ai limiti", cui si deve piegare ogni misura legislativa invasiva della portata, della qualità e della funzione dei diritti e delle libertà fondamentali.

L'espressione ricorre in alcuni documenti internazionali (l'art. 26 della Dichiarazione del Parlamento Europeo)<sup>5</sup> ma anche in alcune carte costituzionali con varianti semantiche di differente portata. I limiti: (a) "non devono negare il contenuto del diritto" (Costituzione del Sud Africa art. 33 del 1994); (b) non possono "porre in pericolo l'esistenza stessa del diritto e della libertà" (art. 49 Costituzione della Romania del 1991); (c) in nessun caso il diritto "fondamentale può essere leso nel suo contenuto sostanziale" (art. 19, co. II della Costituzione tedesca del 1949); (d) "la legge comunque dovrà rispettare il contenuto essenziale e potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà" (art. 53, co. 2 della Costituzione spagnola del 1978); (e) le leggi non potranno "li-

<sup>3</sup> GROPPI, *Art. 52*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, il Mulino, 2001, pp. 354-355.

<sup>4</sup> C. Giust. 12 luglio 1989, C-265/87, in *Racc. CG*, 2237, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *op. cit.*, p. 356.

<sup>5</sup> GROPPI, *op. cit.*, p. 355.

mitare in estensione e portata il contenuto essenziale delle norme costituzionali” (Costituzione portoghese del 1976, art. 18, co. 3).

È dunque un concetto giuridicamente non definito (e difficilmente sarebbe potuto esserlo in una carta costituzionale) ma che nella sua funzione di limite ai limiti, è tanto più efficace quanto più preciso è il suo raggio di azione, sono definiti i destinatari dei diritti ed è interpretata la sua intensità garantista.

Le costituzioni lo considerano come norma di chiusura o come epigrafe dell'intero dettato normativo: dunque, dotata di elevata tensione etica. Se così è, allora l'interpretazione analitico-ricostruttiva di un ordine giuridico non potrà prescindere dall'intero contesto istituzionale dello stato e dalla cultura che lo pervade. Il secondo dopoguerra ha visto emergere il modello dello stato sociale o del *Welfare* nel momento stesso in cui la Dichiarazione di Filadelfia del 1944 celebrava il ritorno alla solidarietà e la giustizia come collanti della coesione sociale.

Oggi quel collante rischia di frantumarsi contro l'emergere degli egoismi degli interessi individuali e la frammentazione di quelli collettivi. Il ritorno allo spirito di Filadelfia e alla promozione della solidarietà, del pluralismo, della libertà e della giustizia sociale rappresenta la precondizione per “leggere” i diritti sociali fondamentali come strutture normative funzionali alla tenuta complessiva del sistema Europa.

La nozione di contenuto essenziale del diritto dunque si caratterizza in modo peculiare nello stato sociale ove la tenuta della solidarietà costituisce il valore-guida nella ricerca del contenuto dei diritti del lavoro individuale e collettivo. I principi costitutivi di un ordinamento giuridico così “socialmente” orientato vanno interpretati non in chiave dogmatica e autoreferenziale ma per la loro capacità di interazione tra ordine giuridico e dinamiche storiche, politiche e sociali che nel corso della storia hanno creato l'identità del diritto del lavoro e del suo statuto teorico. Pluralismo sociale e pluralismo normativo in quanto espressione di valori e interessi diversi pongono al giurista il compito di renderli compatibili a livello nazionale o europeo; quest'ultimo peraltro oggi più in sintonia di quanto non fosse in passato.

La nostra giurisprudenza costituzionale ha utilizzato, senza aver bisogno dell'esplicita menzione nel dettato costituzionale, la nozione di contenuto essenziale del diritto<sup>6</sup> nel momento in cui ha dovuto sciogliere il nodo gor-

<sup>6</sup> C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 42.

diano creato da due norme espressive di valori diversi in conflitto. E ha operato con la tecnica interpretativa del bilanciamento.

#### 4. *Il limite dei limiti: il contenuto essenziale del diritto*

Il tema della ricerca sul “contenuto essenziale” dei diritti del lavoro non è stato affrontato mai in pieno dai giuslavoristi, che si sono soffermati sulla giurisprudenza della Corte costituzionale o delle Corti Europee commentando nelle pagine delle sentenze l’impiego ricorrente dei criteri della proporzionalità e necessarietà. Forse perché il rinvio al contenuto essenziale assumeva il senso di un omaggio dovuto, sotto forma di clausola di stile, al più “estremo” dei criteri di giudizio, difficile da circoscrivere e rischioso. Rischioso perché sfuggiva alla logica del bilanciamento, ne costituiva quasi la negazione o un *a priori* logico nell’elaborazione del sillogismo giudiziale.

E infatti né i giuristi del lavoro né i giudici hanno mai detto in cosa esso consista, quale significato racchiuda, quale ne è struttura (i suoi formanti), quale la funzione che svolge.

Si distingue nel panorama la lodevole eccezione del saggio monografico di Amos Andreoni, che ne individua la fisionomia, affronta tutti i nodi teorici, le implicazioni di teoria generale del diritto, ne svela la tecnica applicata nella soluzione di casi. Il saggio rivela l’essenza intima del contenuto di singole norme costituzionali piegate nella strategia interpretativa a una politica del diritto giurisprudenziale analizzata con acribia e acuto spirito critico.

È una strada che suggerisco di proseguire, posto che oggi il problema della tollerabilità dei limiti al godimento dei diritti sociali ha trovato una cassa di risonanza nel contesto dell’UE. Lo *zeitgeist* di oggi – ci dicono economisti come Piketty, Rifkin, Atkinson – è la disuguaglianza tra generi, età, *status* sociale, nazionalità e altro. Quello del lavoro, diciamo noi giuristi del lavoro, oggi, è il diritto della “semplificazione” delle regole; il che equivale a dire che è appunto “quello delle disuguaglianze”. Nel senso che le registra e le acuisce.

Certo non è sempre chiaro come l’essenzialità del contenuto del diritto sia ricostruita dai giudici costituzionali italiani se – come è stato detto – le affermazioni in ordine alla lesione provocata da una certa misura legislativa o è “apodittica” o “fraseggiata in termini naturalistici ed essentialisti” del

tipo: i vincoli legislativi possono in qualche caso “snaturare” un diritto costituzionale<sup>7</sup>.

L’interpretazione è, per dirla con Bobbio, analisi del linguaggio usato dal legislatore per cui bisogna procedere con acribia, chiarendo anzitutto l’ambito in cui viene esercitata l’analisi e come deve essere trasformato il linguaggio “comune” in un linguaggio rigoroso; insomma, è un’operazione culturale diretta unicamente alla costruzione di un contesto coerente.

In questa chiave si può assumere la convinzione secondo cui il diritto fondamentale che regola il lavoro ha un proprio statuto teorico, assiologico ed epistemologico del tutto specifico: nella misura in cui si tenga conto dei caratteri che la storia delle società industrializzate ha consolidato: (a) gli interessi coinvolti sono simultaneamente individuali e collettivi; (b) essi sono sottoposti a fonti regolative autonome ed eteronome; (c) il diritto è tecnica di regolazione e distribuzione dei poteri sociali privati individuali e collettivi; (d) i poteri sociali sono sempre fatalisticamente sbilanciati a sfavore del lavoratore.

Nella cornice di questi paradigmi strutturali, va cercata la “qualità e quantità della materia” la cui essenzialità rende il lavoro un diritto fondamentale. Il contenuto si compone di: (a) un nucleo etico-valoriale intangibile (solidarietà, dignità, uguaglianza) senza del quale (b) perde di significato e (c) rende impossibile o (d) insoddisfacente ovvero (e) inutile la sua funzione protettiva.

Insomma il diritto del lavoro, sia esso individuale o collettivo, si compone di un elemento materiale – l’istituto cui si riferisce (rapporto di lavoro; sindacato; conflitto; contrattazione collettiva; partecipazione; *Welfare* etc.) – e uno funzionale, cioè la ragione economico-sociale che svolge. Il nucleo etico valoriale necessita di struttura e funzione, cui il legislatore ordinario può aggiungere la modalità di esercizio senza la quale il diritto stesso o non si realizza affatto o si realizza solo in parte. Il fine ultimo dell’interpretazione sarà sempre quello di salvaguardare il codice identitario del diritto in questione.

È vero che l’identificazione del nucleo etico-valoriale avviene all’interno dell’ordinamento giuridico dato – sia nazionale sia europeo – allorché un interesse costituzionalmente protetto si contrappone o entra in rotta di collisione con altro equiordinato: *libertà* di circolazione delle merci o delle

<sup>7</sup> PINO, *Diritti ed interpretazione*, il Mulino, 2010, nota 73, p. 159.

imprese *versus* diritto di contrattazione collettiva o di sciopero, per citare un esempio europeo. La missione del giudice delle leggi diventa allora “regolare nell’armonica tutela di diversi fondamentali interessi, la coesistenza di essi in un ben ordinato sistema di convivenza sociale”<sup>8</sup>.

Possiamo partire da qui. L’analisi del contenuto essenziale non può non avvenire che in un quadro sistematico dato, perché quest’ultimo fornisce, con la sua storia e la sua cultura giuridica, l’unità di misura con cui l’interprete pesa il confronto, e si pronuncia sulla sopravvivenza totale o parziale di un interesse rispetto all’altro.

L’obbiettivo della ricerca potrà, se accuratamente svolta, portare all’individuazione, all’interno del complesso contenuto del diritto, di una parte intangibile rispetto ad altre ponderatamente, cioè ragionevolmente, limitabili sia nell’ipotesi del confronto tra due interessi privati fondamentali, sia in quella del conflitto tra la diversa natura pubblica/privata degli stessi.

##### 5. *I criteri complementari*

Indubbiamente proporzionalità e ragionevolezza possono contribuire a determinare l’esito del confronto, posto che la loro operatività, ai fini dell’individuazione del contenuto del diritto, troverà un limite nel rispetto della sua essenzialità. L’ipotesi più semplice è che la regola del conflitto tra norme su interessi concorrenti – ove in gioco ad es. è la solidarietà *versus* la mobilità delle merci o dei servizi – sia quella che non deprime il potere sociale collettivo espresso nella lotta sindacale ma ne modula l’esercizio. Insomma “la costruzione della regola del conflitto dipende necessariamente da un’argomentazione morale sostanziale che prende in considerazione i diritti o principi coinvolti, ne indaga la giustificazione, valuta l’importanza delle singole istanze di esercizio del diritto rispetto al valore sottostante (l’interesse sostanziale che giustifica il diritto)”<sup>9</sup>.

In questo contesto il test della proporzionalità e della idoneità servono a valutare in che modo il sacrificio del diritto sia in grado di raggiungere l’obbiettivo voluto dalla legge. La proibizione assoluta di uno sciopero a singhiozzo, ad esempio, è proporzionato al soddisfacimento dell’interesse del-

<sup>8</sup> C. Cost. 14 aprile 1965 n. 25, in PINO, *op. cit.*, n. 85.

<sup>9</sup> PINO, *op. cit.*, p. 198.

l'impresa? O non piuttosto l'azione collettiva ha il diritto di esprimersi pienamente in modo che non sia lesa la coesione del gruppo e quindi il contenuto essenziale del diritto all'autotutela? E dunque che non sia messo a rischio il valore stesso della solidarietà (l'intero titolo IV della Carta dei diritti fondamentali della UE)?

Il criterio della proporzionalità di una misura pubblica che il giudice delle leggi – Corte di giustizia dell'UE o Corte dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – è tenuto a seguire può essere letto come un supporto all'accertamento della parte intangibile e di quella disponibile del nucleo di un diritto. Ma è un criterio che è per così dire “esterno” allo stesso, non certifica né definisce con esattezza il minimo etico indissolubile, concentrandosi piuttosto sull' idoneità e necessità-indispensabilità dell'intervento regolatore. Ciascuno di questi elementi, che rendono razionale la scelta del legislatore, è un limite alla discrezionalità dei poteri legislativi. Nella decisione relativa all'esclusione dal diritto all'esenzione del pagamento di tutte le quote di partecipazione alla spesa sanitaria per i lavoratori dipendenti titolari di pensioni di invalidità con reddito modesto, la Corte ha rilevato la irragionevolezza e ingiustificatezza della norma in quanto lesiva del contenuto essenziale del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*<sup>10</sup>.

Ma il perimetro dei limiti entro cui si deve muovere il legislatore (e l'interprete) è ancora più ampio. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE richiama altri indici, cui conformare la logica del giudicante e che potrebbero corroborare la purezza della proporzionalità. Infatti i limiti devono essere “rispondenti a finalità di interesse generale” e tali da poter “proteggere i diritti e le libertà altrui” (art. 52, comma 1). Potrebbero, ma non è detto che lo possano sempre. I giudici delle alte Corti costituzionali – nazionali ed Europee – rispondono elaborando decisioni di solito “orientate alle conseguenze” che si riverberano nel contesto storicamente dato. Insomma quella che può essere letta come una scelta verso la teoria “assoluta” del concetto di contenuto essenziale del diritto, nella dinamica giurisprudenziale può diventare una prospettiva “relativa” ove il bilanciamento prevale sulla coerenza interna alla norma e al rispetto del canone dell'identità e natura del diritto protetto. Il perimetro dei criteri “dovrebbe comportare un sistematico controllo giudiziale sulla coerenza interna delle scelte operate,

<sup>10</sup> C. Cost. 23 aprile 1993 n. 184, in PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 1, nota 25.

sulla adeguatezza delle stesse e sulla proporzionalità dei costi e dei benefici arrecati dall'atto"<sup>11</sup>.

Niente impedisce che il filone teorico dell'"assolutismo" del criterio del contenuto essenziale, cioè della sua egemonia rispetto ad altri, ceda il passo alla versione *soft* del confronto diretto tra diritti, cioè del loro bilanciamento con sacrifici rispettivi. È successo in Italia e anche in Spagna, dove il *Tribunal Constitucional* ha estratto dalla libertà sindacale tanto il nucleo duro e indisponibile dello sciopero e della contrattazione collettiva quanto talune facoltà complementari come la partecipazione istituzionale attraverso le rappresentanze sindacali. Ma lo ha successivamente "diluito" distinguendo tra nucleo e periferia del contenuto, così che l'attività sindacale libera comprende tutti i mezzi leciti di azione e un *corpus* di facoltà del sindacato, cui si aggiungono quelle riconosciute dai contratti collettivi. E questo basta perché esso debba sottoporsi al contemperamento<sup>12</sup>.

Esempi della politica del diritto giurisprudenziale sulla razionalità della legge sono indicati nell'analisi puntuale di Andreoni, che analizza la strategia della Corte costituzionale italiana quando, nell'affrontare i temi del *Welfare*, ha letto nel contenuto dei diritti le parti intangibili e quelle disponibili. Un caso per tutti: il contenuto essenziale delle prestazioni previdenziali o assistenziali non può essere inferiore alla soglia della povertà relativa e assoluta. Più articolato è il giudizio sulla retribuzione sufficiente, che non rientra nel bilanciamento in quanto indicativo della natura di minimo garantito non ulteriormente comprimibile. Ma che può essere resa compatibile solo nella sua proporzionalità, che trova la sua misura negli indici convenzionali legati alla mansione e al tempo di lavoro e nel dato storico della contrattazione collettiva. E la parte eccedente la sufficienza può esser posta nel bilanciamento<sup>13</sup>.

Nel nucleo, analogamente, per la tutela della salute, si collocano le terapie salvavita, ivi comprese quelle fuori protocollo, sia pure in termini più problematici.

Il resto può essere soggetto al ticket e ad altre misure di bilanciamento, purché sempre idoneo allo scopo dichiarato e ragionevolmente proporzionato.

<sup>11</sup> ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, p. 332.

<sup>12</sup> OJEDA, *La decostruction del derecho del trabajo*, La ley, 2010, p. 465.

<sup>13</sup> ANDREONI, *op. cit.*, Giappichelli, 2006, p. 122.

Ma la prospettiva, che qui sembra più conforme allo spirito della nostra costituzione e all'ordinamento giuridico dell'UE, come è emersa dopo la riforma di Lisbona, è che i diritti fondamentali sono senza gerarchia e sono interconnessi non solo per loro natura unitaria e inscindibile, ma anche per la nuova identità della cittadinanza europea, che caratterizza e accompagna l'essere umano che lavora nel mercato sociale europeo.

#### 6. I diritti collettivi ed il loro contenuto essenziale

L'urgenza di definire il contenuto dei diritti sociali fondamentali, in particolare dei diritti collettivi, nasce dalla qualità della crisi e, ancor più, dalle terapie proposte che hanno colpito l'Europa in modo diverso dal passato. La natura delle sue cause è infatti nuova, appartiene agli effetti che la finanza induce direttamente e in particolare nell'economia della zona-Euro e del suo intero mercato del lavoro.

La peculiarità dell'evento si riverbera su due piani. Il primo è quello dei protagonisti che assumono l'onere di governare i processi dando vita a una *governance* economico-finanziaria: Commissione Europea, Banca Centrale Europea e Fondo Monetario Internazionale. Il secondo piano riguarda i mezzi, cioè i trattati internazionali, e i contenuti delle loro misure (fiscali in senso stretto).

Il Meccanismo permanente di stabilità finanziaria del 2010, attraverso i regolamenti del 2011, con il coevo *Fiscal Compact* disegna un mosaico normativo di rigore che contempla la correzione dei bilanci pubblici nazionali (con conseguente limite alla crescita della spesa), prosegue con la previsione di una severa (*strict*) sorveglianza fiscale introdotta *ex novo* nell'art. 136 TFUE (la condizionalità) assunta al rango di principio dell'Unione, e si chiude con la procedura centralizzata di controllo e correzione degli squilibri macroeconomici.

L'intero impianto è sorretto dal neoliberalismo monetarista in una cultura definita come "costituzionalismo autoritario" o "post-moderno", che mette in discussione tanto le sovranità nazionali della periferia quanto la democrazia interna alla nuova Unione nata nella cittadina portoghese. Ma mette in discussione anche i meccanismi democratici che conformano il nuovo sistema delle relazioni industriali dell'UE, ove campeggiano l'art. 152 TFUE – cioè il sostegno pubblico di *tutte* le istituzioni dell'UE all'autonomia collettiva –

e tutto l'armamentario dei diritti collettivi contenuti nelle Carte dei diritti fondamentali.

Il semestre europeo costituzionalizza la rivoluzione finanziaria e monetaria con ricadute sui profili fondamentali del diritto del lavoro come disegnato fino al 2008 tanto dall'UE quanto dagli stati membri.

Quando si parla di finanza, se ne evoca la sua interfaccia, cioè si parla di redditi da lavoro autonomo e dipendente, di salari e voci retributive, di *Welfare* nelle sue declinazioni (pensioni, contributi, assegni etc.), di costo del lavoro sostenuto dalla pubblica amministrazione e dal settore privato. E ciò equivale a dire che rientrano ineluttabilmente nel fuoco della lente della *strict conditionality* dell'art. 136 anche diritti fondamentali della Carta attinenti alla costituzione economica del contratto (artt. 30 e 31) e alla dimensione del *Welfare* (art. 34). Ma vi rientrano anche le stesse fonti di produzione del diritto, le leggi statali e la contrattazione collettiva e per assorbimento le azioni collettive (art. 28) e i sistemi di partecipazione (consultazione/informazione) (art. 27). Subordinare l'assistenza finanziaria dell'UE agli stati a rischio di *default* attraverso i *Memorandum di intesa* significa chiedere loro una penetrante riforma delle proprie economie, dei propri sistemi di relazioni industriali e ordinamenti giuridici. Nel cono di luce della condizionalità entrano: le aree della flessibilità del lavoro (in entrata e in uscita); l'effettività dei prelievi fiscali; l'organizzazione della pubblica amministrazione; la natura e i livelli dei diritti individuali e collettivi; la stessa "funzione sociale" del sistema bancario.

Il paradosso insito nella storia della politica legislativa degli ultimi otto anni è tutto qui. E questo sistema normativo europeo, composto da sottosistemi con reciproche relazioni, viene presentato come finalizzato al conseguimento di obiettivi dell'UE in materia di "crescita e occupazione": come dire che per il momento si possono sottoporre a subordinazione gerarchica i diritti sociali fondamentali agli obiettivi di bilancio della *nuova governance* europea.

### 7. *Le Alte Corti e il contenuto essenziale*

È dunque in questo quadro d'insieme che il giurista del lavoro deve affilare le armi, ricercare gli antidoti all'ingombrante ineluttabilità della razionalità economica perché sopravvivano e prevalgano le ragioni del diritto.

Essi vanno ricercati nella trama dei Trattati. A cominciare da quell'art. 6 del TUE dove, dopo la riscrittura di Lisbona, sono indicati i parametri legali di riferimento, come Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e le tradizioni costituzionali degli Stati membri. A essi l'orientamento culturale diffuso aggiunge le convenzioni OIL 87 e 98 e la Carta sociale europea, esplicitamente menzionata nel preambolo dei Trattati.

Ciò comporta che ai fini dell'analisi delle singole norme è metodologicamente corretto assumere a paragone le interpretazioni di tutti gli organismi giudiziari o paragiudiziari – comitati dei saggi indipendenti dell'ILO e della Carta sociale europea – che hanno reso vivente il costituzionalismo moderno.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha indicato la strada nel momento in cui, a fronte del conflitto tra legge e diritti fondamentali, sostiene che l'analisi di questi ultimi va fatta a) seguendo il significato "ordinario" delle parole, b) la lettura "sistematica" della norma c) al fine di rendere il diritto "pratico" e d) consapevoli che un testo ha natura vivente da interpretare alla luce delle condizioni attuali<sup>14</sup>.

In altre parole si potrebbe dire che, per proprietà transitiva, anche il loro contenuto essenziale va ricercato in ragione della qualità del valore che li permea e della loro intima essenza e funzionalità. I giudici di Strasburgo si sono scoperti pionieri assumendo un compito arduo ma avendo a disposizione una sola norma per di più caratterizzata da sobrietà lessicale e protettiva della sola libertà di associazione sindacale. L'art. 11 infatti comprende il diritto di (a) partecipazione alla costituzione di sindacati e (b) di adesione a essi per la difesa dei propri interessi.

All'esercizio di tale diritto si accompagna un rigoroso corredo di limiti che devono essere: (a) previsti dalla legge; (b) necessari, in una società democratica, (c) per la sicurezza nazionale, per l'ordine pubblico e la sua difesa, per la prevenzione dei disordini e dei reati (d) per la protezione della salute o della morale, dei diritti e delle libertà altrui.

La gabbia teorica appare prevalente rispetto alla sobria identificazione del contenuto del diritto, ristretto infatti ai soli due momenti delle due scelte di volontà: quella di costituire e di aderire al sindacato. Ma essi non esauriscono il contenuto del diritto, ne sono porzioni e i redattori della Carta vol-

<sup>14</sup> C. Eur. Dir. Uomo 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia (GC)*, n. 34503/97.

lero ignorare, al momento in cui fu redatto il testo dell'articolo, la storia del sindacalismo contemporaneo.

Il contenuto è stato arricchito, molto più tardi, dalla sapienza dei giudici di Strasburgo grazie a un'interpretazione acquisitiva di tipo storico-evolutivo riportando al nucleo essenziale l'esperienza concreta, il modo di atteggiarsi del diritto e il valore in esso insito, la solidarietà, che s'identifica con l'auto-coscienza del gruppo dei lavoratori. Il primo passo è stato estrarre dal giacimento del diritto il suo immediato succedaneo, la contrattazione collettiva riportando alla luce lo stretto organico legame esistente tra i due diritti (§ 129 di *Demir e Baykara*). Con ammirevole coerenza gli stessi giudici hanno confermato la fedeltà al metodo scelto, interpretando le parole nel loro contesto, alla luce degli obbiettivi dell'azione protetta del diritto e infine in armonia con i principi del diritto internazionale e dei diritti umani<sup>15</sup>.

Insomma l'art. 11, dicono i giudici proseguendo nello "scavo" della norma, è una *lex specialis*, rispetto alla libertà di associazione *tout court*, perché include il fine per cui essa è attribuita e a cui fornisce un'identità specifica, cioè la "protezione degli interessi" che sono collettivi e di gruppo. Pertanto, essi concludono, una sanzione all'esercizio del diritto di associazione non può spingersi fino a dissuadere il sindacato dal cercare di rappresentare e difendere gli interessi degli associati. Il sindacato ha inoltre anche il diritto di ascolto funzionale all'efficacia della sua attività che esercita con lo strumento protettivo e indispensabile della contrattazione collettiva. Nessuna misura statale può rendere inesistente la natura, il contenuto o la funzione del diritto<sup>16</sup>. Insomma, se la forza invasiva del limite penetra nel cuore della libertà associativa, comportando lo scioglimento del sindacato, essa priva il diritto della sua "vera sostanza" (*very essence*) (caso *Demir e Baykara*, n. 87).

Poiché le restrizioni sono consustanziali al nucleo etico del diritto, è chiaro che la Corte è spinta a circoscrivere la portata delle medesime. Esse infatti sono l'interfaccia del godimento del diritto, il suo lato "oscuro". I giudici sostengono che il margine di apprezzamento che ciascuno Stato si riserva nell'applicazione delle regole è un canone aureo della democrazia, una prerogativa della missione istituzionale. Pur esso va applicato alla luce della natura e del contenuto del limite, del fine da perseguire, dei diritti concorrenti e

<sup>15</sup> C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*, n. 31045/10.

<sup>16</sup> C. Eur. Dir. Uomo 26 settembre 2012, *Trade Union of the Police in the Slovak Republic e altri c. Slovacchia*, n. 11828/08, §§ 51, 52, 54.

degli interessi dei terzi. Le restrizioni imposte ad alcuni lavoratori (forze armate, dipendenti pubblici) devono essere costruite in modo severo ed essere confinate al solo esercizio, senza infrangere “la intima essenza del diritto di organizzarsi, che include il diritto di formare e associarsi o meno al sindacato” (caso *Demir e Baykara*, n. 97).

La necessarietà della misura contestata dev'essere meno invasiva nei confronti del bene giuridico, convincente e impellente e le ragioni del suo intervento “rilevanti e sufficienti” (caso *Demir e Baykara*, § 119) e rispondenti, in una società democratica, a un bisogno sociale pressante.

La “enucleazione” del diritto di sciopero da quello di associarsi costituisce una risposta alla sfida della globalizzazione se assume la forma dello sciopero di solidarietà. Il collegamento tra autonomia organizzativa e autotutela è consacrato dalla storia, il conflitto accompagna se non determina la coesione del gruppo e quindi si pone come presidio della solidarietà anche nel mercato globalizzato.

Il tema è delicato perché questa tipologia di conflitto si rivolge a chi non ne è parte, notano i giudici (caso *The National Union of Rail*, 2014), ma la loro decisione sposa ormai la metodologia del caso *Demir*, entrata in circolo nel corpo della Corte di Strasburgo e si appella alle fonti internazionali. La risposta del Comitato dei “saggi” dell'ILO ne ammette la praticabilità e considera un abuso la sua limitazione. A Strasburgo la Corte è più cauta, riconoscendo che esso è un corollario piuttosto che il cuore dell'art. 11 (caso *The National*, § 77), ma è altrettanto chiara nell'affermare come sia “illogico” restringerne l'ampiezza in ragione dell'impatto che ha sull'impresa (§ 80). L'interesse economico dell'impresa, annotano i giudici, non precede i diritti umani dei lavoratori, così come il diritto di sciopero non include quello di prevalere ma quello di lottare per contrattare (§ 85).

Nel vocio delle Corti europee questa giurisprudenza rende ancor più dissonanti i toni dei giudici di Lussemburgo chiamati a fronteggiarsi tanto sul terreno dell'efficacia delle norme che tutelano il mercato dei beni e della libertà di stabilimento quanto di quelle nazionali che si misurano con la logica severa della stabilità finanziaria.

È stupefacente scoprire come la Corte di Giustizia non abbia mai tentato di penetrare scavando all'interno dei diritti sociali fondamentali per estrarne il contenuto intoccabile dal loro giudizio. Eppure, rispetto ai colleghi di Strasburgo, avevano un vero e proprio “vangelo” costituzionale circolante nella cultura giuridica europea. Certo, al suo apparire, avevano tributato un

omaggio sia pure tardivo prima ancora che il Trattato di Lisbona gli riconoscesse “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6 TUE).

Per la verità meritoriamente generosa e abbondante è sempre stata la giurisprudenza della Corte di giustizia nell’analizzare, interpretare e proclamare l’uguaglianza come valore costitutivo del diritto fondamentale. Molto meno solleciti e accurati sono stati i giudici quando hanno dovuto misurarsi con il concorso–conflitto tra le ipoteche “economiciste” – su cui è stato fondato il diritto della Comunità del passato – e la moderna esplosione dei diritti collettivi. Non si ritrova, nel quartetto delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, *Luxembourg*, lo sforzo di valutare la collisione tra diritti di medesima qualità con le lenti del ricercatore sociale alla Simone Weil più che con quelle del notaio. Ma sarebbe stato sufficiente anche riandare con la sensibilità dello storico al “diritto vivente” e all’evolversi delle tradizioni costituzionali degli stati membri. Certo all’esordio i giudici europei hanno tributato un omaggio, niente affatto retorico, all’autonomia collettiva, di cui vengono indicati la natura volontaria, la fonte (la libertà), la funzione (l’ultima risorsa per conseguire un buon fine), la forma giuridica rilevante per l’ordine giuridico di appartenenza (diritto fondamentale) (caso *Viking*, §§ 36, 43, 45). Sull’altro versante la libertà di stabilimento è qualificata come “diritto senza ostacoli” (*Viking*, § 68), esercizio *effettivo* di attività economica, in pianta stabile ed eventuale immatricolazione del bene (la nave, nel caso di specie) (*Viking*, § 70). Il diritto di azione collettiva subisce un trattamento diverso perché la sua natura è valutata in ragione non della sua identità strutturale ma nella finalità: che è prevalentemente, se non esclusivamente, la tutela del posto di lavoro. Il sindacato (che blocca i cantieri ad es.) non può indurre un’impresa di altro Stato membro a trattare livelli di retribuzione più alti per i lavoratori distaccati e sottoscrivere contratti collettivi con clausole più favorevoli di quelle vigenti in materie non previste dalla direttiva. Sfuggono ai giudici le ragioni che spingono il sindacato a garantire, da un lato, adeguata difesa dal *dumping* sociale e, dall’altro, ad affermare il valore – la solidarietà – che permea struttura, funzione e contenuto di ciascun diritto dell’autonomia collettiva.

Ancora più tormentata è la giurisprudenza dei giudici costituzionali chiamati a pronunciarsi sotto “scacco” del dogma della condizionalità, cui è soggetto ogni programma statale di stabilità per ottenere i prestiti UE di sui all’art. 136 (3) TFUE. Essi si imbattono dunque nel confronto giuridico-politico tra norme dell’austerità europea e tollerabilità costituzionale della loro

invadenza nella democrazia e nella sovranità degli Stati membri. Il compromesso raggiunto per pura opportunità politica si è manifestato con l'ossequio al principio di "necessità" dell'accettazione, perché i diritti fondamentali si possono esercitare solo se – dice la Corte costituzionale estone – "il contesto nazionale è stabile"<sup>17</sup> o – come sostengono il *Conseil constitutionnel* francese e la Corte costituzionale tedesca – "ogni decisione sui redditi pubblici e pubblica spesa è una parte fondamentale della abilità dello stato costituzionale di conformare se stesso costituzionalmente"<sup>18</sup>. Tanta tolleranza non deve stupire perché il giudizio delle Alte Corti investiva il tema delicato della tenuta della stessa UE, a rischio essa stessa di perdere il controllo sia della politica economica sia della propria democrazia interna. Ma i quesiti posti e le loro risposte non toccavano il nervo scoperto della compatibilità/collisione tra diritti sociali fondamentali e governo dell'austerità finanziaria.

Più tormentato è stato il processo decisionale quando si è trattato appunto di decidere su alcuni importanti tratti costitutivi del *Welfare* (pensioni) e del contratto di lavoro (i salari e le voci accessorie). L'argomentare scaturisce da decisioni sofferte, che hanno indotto il Tribunale costituzionale portoghese a ritenere che il diritto alla pensione attenga a un "interesse prioritario", per cui la sua riduzione o discontinuità costituiscono un'interferenza nel godimento del possesso. Entrambe sono giustificate se esiste "almeno un fine legittimo quale il pubblico interesse", poiché la misura imposta "ha indebolito l'essenza del diritto a mezzi di sussistenza" e, in quanto tale, "viola il diritto di proprietà". È davvero singolare che, nell'argomentazione, non siano invocati valori quali la dignità della persona e la natura costituzionale dello Stato sociale.

Ma il contorsionismo argomentativo è tutto nella soluzione offerta quando lo stesso Tribunale ha affermato con forza il rispetto dei diritti fondamentali e della *rule of law* a fronte della soppressione della 13<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> mensilità dei dipendenti pubblici. Poi si è posto il problema della sua compatibilità con il principio di uguaglianza e ha inizialmente sospeso gli effetti della sua decisione per l'anno 2012, grazie a una norma costituzionale, per continuare a ricevere il sostegno finanziario del Memorandum di Intesa. In una seconda decisione, a fronte della soppressione non solo delle mensilità precedenti ma

<sup>17</sup> FABBRINI, *The euro crisis and the courts: Judicial review and political process in Comparative perspective*, in *Berkeley Journal of International law*, 2014, p. 22.

<sup>18</sup> FABBRINI, *op. cit.*, p. 28 ss.

anche delle pensioni dei pubblici dipendenti, lo stesso Tribunale ha imboccato la strada della incostituzionalità della misura legislativa<sup>19</sup>.

#### 8. *Lo spirito di Filadelfia*

E allora che fare?

Il giurista del lavoro europeo si dovrà muovere sul terreno che gli è proprio: quello dell'intreccio delle fonti internazionali, della metodologia comparata e dell'analisi della società che lavora. Dovrà suggerire alla politica e alle Corti come la UE può adempiere alla missione che si è data: *come e in che misura* tener conto della promozione di un elevato livello di occupazione; *come e quanto* sia adeguata la protezione sociale; *come e quanto* forte debba essere la lotta all'esclusione sociale; *come e quanto* elevato debba essere il livello dell'istruzione, della formazione e della tutela della salute umana. Allora si accorgerà d'essere tornato allo Spirito di Filadelfia.

<sup>19</sup> FABBRINI, *op. cit.*, p. 50.

**Alberto Avio**

L'invecchiamento attivo:  
se la vecchiaia non ha età

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Linee per una ricognizione dell'esistente: la vecchiaia relativa. 3. La vecchiaia assoluta: una ricognizione. 4. La determinazione dell'età pensionabile. 5. Invecchiamento attivo ed età pensionabile.

## I. *Introduzione*

Attorno al cambio di secolo si è pervenuti, al livello delle istituzioni internazionali, alla consapevolezza che il riscontrato invecchiamento della popolazione sia un traguardo ed una sfida. Su questa base le Nazioni Unite e la sua agenzia per la salute si sono impegnate ufficialmente per promuovere il concetto di *active ageing*, ovvero “the situation where the people continue to participate in the formal labour market, as well as engage in other unpaid productive activities (such as care provision to family members and volunteering), and live healthy, independent and secure lives as they age”. Un invecchiamento attivo che necessita di una buona condizione generale di salute, ma che non può fermarsi a quello stadio, essendo necessarie anche condizioni socio culturali volte al superamento di stereotipi relativi alla vecchiaia ed all'organizzazione del lavoro. Il processo di sensibilizzazione ha coinvolto l'Unione Europea che, con decisione del Parlamento e del Consiglio, ha voluto indicare il 2012 “Anno europeo dell'invecchiamento attivo e della solidarietà tra generazioni”.

La sollecitazione degli organismi internazionali a prestare adeguata attenzione al fenomeno dell'invecchiamento della popolazione è anche una indicazione per una possibile soluzione ai problemi economici connessi ad

esso. Questioni che, in realtà, sotto il profilo della sostenibilità economica sono nelle agende degli stati europei già da alcuni decenni.

Costi che sono sostanzialmente legati al sistema di finanziamento a ripartizione dello stato sociale che caratterizza, in modo più o meno pronunciato, tutti i Paesi europei. L'aumento della speranza di vita della popolazione, legato all'andamento demografico ed economico moderato, pone problemi di equilibrio finanziario facilmente intuibili. Risulta logicamente conseguente – anche se non scientificamente dimostrato<sup>1</sup> – individuare nel sistema pensionistico il nodo centrale della questione economica<sup>2</sup>. Effettivamente per oltre un secolo – almeno in Italia – la vecchiaia è stata associata quasi esclusivamente al sistema pensionistico anche se proprio quello stesso sistema prevedeva regole per regolamentare il rapporto tra pensionamento e prosecuzione dell'attività lavorativa ed anche se il sistema rivolto ai pubblici dipendenti era molto attento a distinguere il pensionamento dalla vecchiaia. Tuttavia la contiguità tra vecchiaia e pensioni non è assorbente del problema. Perché la vecchiaia non è un dato oggettivo e non è un dato assoluto. Se si passa l'ossimoro, il problema vecchiaia è ancora giovane e deve essere studiato più in profondità. Considerazione che vale anche per la scienza medica, che pure è sicuramente la principale artefice del problema. In fondo è solo dalla metà del secolo scorso che si riconosce alla geriatria la dignità di materia autonoma in medicina. Ma la vecchiaia di cui si tratta qui non coincide neanche con la geriatria. La vecchiaia è una condizione relativa ed è quindi impossibile individuare un'età determinata al raggiungimento della quale si è vecchi.

Da questi banali concetti, la possibilità e la necessità di far rimanere attivi i soggetti che, non più in grado di svolgere una determinata attività, possono ben essere in grado di farne altra, adeguata alle diverse condizioni psicofisiche alle quali è arrivato progressivamente il soggetto con il trascorrere degli anni. Una condizione che non è esattamente quella richiamata dal-

<sup>1</sup> Sul punto le opinioni degli economisti sono divergenti, in proposito vd. SCHIATTARELLA, *Crisi del welfare: problemi reali e fattori culturali*, in *L'evoluzione del sistema di protezione sociale in Italia*, Edizioni Lavoro, 2000, e si rimanda ai numerosi scritti in argomento di PIZZUTI a partire da *Economia e politica della previdenza sociale*, in CASTELLINO (a cura di), *Le pensioni difficili*, il Mulino, 1995.

<sup>2</sup> Non si può fare a meno di sottolineare il fatto che l'indice di dipendenza strutturale degli anziani potrebbe essere modificato anche con politiche dell'immigrazione diverse dalle attuali.

l'ONU, ma di cui occorre necessariamente tener conto in quanto del tutto connessa.

Il nostro sistema, infatti, ha risolto la questione della vecchiaia “relativa” in modo piuttosto semplicistico, addossando alla solidarietà generale il suo costo senza i distinguo fin qui fatti<sup>3</sup>.

Come è ben noto questa soluzione si è concretizzata nell'utilizzo di svariati strumenti che comprendono la pensione di anzianità, la pensione di invalidità, i provvedimenti di prepensionamento che si sono susseguiti soprattutto prima degli anni '90, nonché la mobilità “lunga”. Tutto ciò ha prodotto numerose conseguenze. Intanto si è verificato quanto scriveva Wilensky<sup>4</sup> a metà degli anni '70 e che – banalizzando – possiamo tradurre nell'osservazione che chi svolge un'attività che gli piace e lo soddisfa e vive in un contesto gradevole ha la tendenza a non voler smettere di lavorare, mentre chi svolge un'attività ripetitiva ed alienante (e magari in contesti degradati) ovviamente vorrebbe cessare quanto prima dal vivere quell'esperienza. Tradotto in termini di nostro interesse, si è assistito – e si assiste – innanzitutto ad una opposizione da parte dei lavoratori nei confronti della rigida individuazione dell'età di pensionamento, sia nel senso di richiesta di anticipazione del pensionamento sia nel senso opposto di richiesta di posticipazione dello stesso.

Maggiormente significative sono, però, altre conseguenze che si sono potute registrare negli ultimi decenni. Non corrispondendo alla realtà che la vecchiaia relativa sia collimante con la vecchiaia assoluta, e dunque confermando il concetto di fondo dell'invecchiamento attivo, la massa di “giovani” pensionati prodotta dagli anni '70 del novecento, si è adeguata alla realtà ed ha impiegato tempo ed energie in attività di cura, volontariato, sopperendo alle numerose carenze dello Stato. Oppure – laddove la pensione lo consentiva – diventando fruitore di attività turistiche e ricreative anche in periodi e orari diversi da quelli consueti, consentendo in tal modo una massimizzazione della produttività del settore. Tutto questo ha avuto conseguenze economiche e sociali importanti e di cui non si può non tenere conto nel

<sup>3</sup> D'altra parte l'età è dato della persona che, fino a pochi decenni fa, ha interessato la scienza giuridica quasi esclusivamente sotto il profilo della determinazione dei limiti minimi di età ai fini della capacità di agire della persona o di essere soggetto gravato di obblighi o diritti (si vedano le voci *Età (dir. priv.)* ed *Età (dir. pubbl.)* nell'*ED*, 1967, dove il paragrafo dedicato all'età “senile” è liquidato in poche righe).

<sup>4</sup> WILENSKY, *Le politiche sociali: un'analisi comparata*, il Mulino, 1989.

programmare o prevedere un futuro privo di queste figure. Già questo basterebbe a spiegare perché numerosi studi sottolineano la necessità di un approccio olistico del problema, visto che accanto agli aspetti economici, giuridici e medici, non meno rilevanti appaiono gli aspetti sociologici<sup>5</sup>.

L'Unione Europea ha dato il suo contributo alla questione oltre che con il già ricordato "anno" dedicato, con un *green paper* (COM(2010)365) al quale è seguito un *white paper* (COM(2012)55) dedicati più specificamente a "pensioni adeguate, sicure, sostenibili". Naturalmente l'operato dell'Unione non può dirsi limitato a questo – c'è tutto il fronte dell'età come fattore discriminante<sup>6</sup> – ma è interessante notare come la questione dell'invecchiamento attivo sia trattata in termini quasi esclusivamente di sostenibilità economica delle pensioni e dove, di conseguenza, la prosecuzione nell'attività lavorativa è vista esclusivamente in termini di risparmio previdenziale, dunque in un'ottica parzialmente diversa da quella prospettata dall'ONU.

L'obiettivo di questo lavoro è limitato a verificare se la soluzione dell'aumento dell'età pensionabile sia compatibile con il concetto di invecchiamento attivo e con i principi costituzionali di tutela della vecchiaia. Per dare alcune proposte di risposta sembra necessario offrire una ricognizione ragionata e storicizzata dell'esistente e fare il punto sul concetto di vecchiaia "assoluta" nella legislazione pensionistica.

## 2. *Linee per una ricognizione dell'esistente: la vecchiaia relativa*

È vecchio chi va in pensione o va in pensione chi è vecchio? Come si è accennato nel paragrafo precedente, la soluzione di estromettere dal mercato del lavoro i soggetti non più in grado di svolgere specifici compiti, fa diventare "vecchie" (ossia non più in grado di svolgere attività produttive) persone che non sono tali in assoluto. Sono non più giovani, ma prima di superare il confine della vecchiaia devono transitare nella fase della maturità. Si torna a dover stabilire il confine tra maturità e vecchiaia, confine incerto e mobile in quanto il concetto di vecchiaia è oggettivamente relativo e relativamente personale: oggettivamente rispetto all'attività svolta e relativa-

<sup>5</sup> Vd. TREU, *Introduzione*, in TREU (a cura di), *L'importanza di essere vecchi*, il Mulino-AREL, 2012.

<sup>6</sup> Per i problemi conseguenti, vd. IZZI, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, in RIDL, 2014, I, p. 585 ss.

mente alle condizioni fisiche individuali. Esemplificativo a riguardo Pero<sup>7</sup> che descrive, nell'ambito di una ricerca dedicata agli esperimenti pilota di *active ageing*, il caso BMW. La casa automobilistica una decina di anni fa ha impostato una linea produttiva sperimentale (linea 2017) per verificare e risolvere i problemi che si sarebbero posti con l'invecchiamento progressivo della popolazione e, quindi, ha adibito a tale linea produttiva operai "vecchi". A prescindere dai risultati – degni, peraltro, di riflessione – cui perviene la sperimentazione, l'interesse principale, ai nostri fini, è il concetto di operaio "vecchio" da cui parte la sperimentazione: la persona ultracinquantenne. La linea, infatti riproduceva l'età media prevista per il 2017: 47 anni.

Porre attorno ai cinquanta anni la linea di demarcazione della vecchiaia per gli operai non stupisce affatto e non è una novità. Basti pensare alla introduzione, nella legge del 1965, della pensione di anzianità: prevedere la possibilità di percepire una pensione a qualunque età purché si vantino 35 anni di effettiva contribuzione, serviva esattamente a consentire l'uscita dal lavoro agli operai cinquantenni. Concetto riconfermato indirettamente dall'apposizione, con le riforme del 1992, dell'età minima di 57 anni per utilizzare lo stesso strumento.

Una vecchiaia "relativa", che – giustamente – tiene conto della prestanza fisica necessaria ad espletare determinati lavori e del mutamento naturale che si accompagna alla maturità. Non c'è alcun dubbio – scientificamente – che oltre i cinquant'anni di età vi siano delle problematiche – almeno – muscoloscheletriche che incidono sulle capacità fisiche e che la risposta immunitaria alle patologie sia rallentata (in termini di allungamento dei tempi di morbilità)<sup>8</sup>. Sulla connessione mansioni – prestanza fisica – età biologica, si muove anche la legislazione relativa all'età di collocamento a riposo dei dipendenti della pubblica amministrazione che ha sempre individuato un'età di cessazione del servizio utile avendo riguardo al tipo di attività svolta dal dipendente, con una progressione di età evidentemente correlata al dispendio fisico necessario per espletare la mansione<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> PERO, *Esperienze pilota di invecchiamento attivo in corso nelle aziende*, in *L'importanza di essere*, cit.; per le esperienze in Italia e le relative difficoltà: CORTI, *Active ageing e autonomia collettiva*. "Non è un Paese per vecchi" ma dovrà diventarlo presto, in *LD*, 2013, p. 383 ss.

<sup>8</sup> Cfr. PALMER, GOODSON, *Ageing, musculoskeletal health and work*, in *Best Practice & Research Clinical Rheumatology*, 29 (2015), pp. 391-404. Più in generale: MORSCHAUSER, SOCHERT, *Healthy Work in an Ageing Europe*, European Network for Workplace Health Promotion, Essen, 2006.

<sup>9</sup> Per esemplificare: la l. 31 luglio 1954 n. 599 prevedeva la cessazione dal servizio per i

Se per determinate lavorazioni e mansioni è ritenuto necessario o conveniente avere del personale giovane, il problema della sostenibilità della spesa pensionistica non è risolto limitandosi ad alzare l'età pensionabile; come è già stato dimostrato con la vicenda dei c.d. "esodati" per i quali sono state inventate deroghe e rimedi non meno costosi di un pensionamento anticipato. Tra le soluzioni adottate nel passato troviamo quella già richiamata per l'impiego pubblico: qui l'età di collocamento a riposo è contenuta nella disciplina dello *status* giuridico del lavoratore ed è connessa alle mansioni. Quando l'età di cessazione dal servizio è ridotta rispetto a quella standard – fissata a 65 anni –, normalmente si prevede un passaggio ad altri ruoli che consentano il mantenimento nel servizio attivo fino al limite di età generale. Per comprendere e collocare nella giusta prospettiva questa soluzione, occorre aver chiaro il rapporto tra pensione e *status* giuridico del lavoratore pubblico fino al 1992. Infatti sino ad allora il dipendente pubblico acquisiva il diritto alla prestazione a prescindere dall'età di collocamento a riposo, essendo presa in considerazione esclusivamente l'anzianità di servizio: con il minimo di 15 anni per l'impiegata statale coniugata o con prole fino ai 25 anni previsti per l'impiegato degli enti locali. Una prestazione che potremmo legare alla "benemerenzza" acquisita piuttosto che a principi previdenziali. Tanto che il problema del cumulo di redditi e pensione, che riguardava i dipendenti privati, non si poneva. Il dipendente pubblico dimessosi, poteva anche rientrare in altro settore della P.A. mantenendo la prestazione previdenziale e cumulandola con lo stipendio. La questione dell'età di collocamento a riposo, quindi, poteva prescindere totalmente dalla questione pensionistica, dato che non vi era correlazione tra tale età ed il diritto alla prestazione previdenziale.

Sul fronte dell'impiego privato il sistema più utilizzato per risolvere il problema dei lavoratori anziani, era rappresentato dall'incentivo a fruire della pensione di anzianità. Fino alla riforma del 1992, il diritto era acquisito dal soggetto che poteva vantare almeno 35 anni di contribuzione effettiva, a prescindere dall'età biologica, purché cessasse da ogni attività di lavoro subordinato. Prestazione impropriamente avvicinata a quella prevista per i lavoratori pubblici, in quanto – oltre ad una previsione contributiva ben più onerosa –

sottufficiali ad una età variabile tra i 46 ed i 58 anni a seconda dell'arma e del grado, mentre la normativa relativa allo stato giuridico di giudici e professori universitari (fin dall'epoca preunitaria) individuava la cessazione a 70 anni e oltre.

forte era la condizionalità derivante dalla base solidaristica. Infatti non solo il soggetto doveva interrompere il rapporto di lavoro, ma neanche poteva successivamente cumulare la prestazione con redditi da lavoro dipendente. Vincolo attenuato dalla possibilità di un cumulo parziale con redditi da lavoro autonomo. L'indifferenza della prestazione rispetto all'età biologica aveva suscitato un dibattito relativo alla legittimità di tale forma di prestazione pensionistica che non sembrava potersi ricondurre direttamente ad alcuna delle fattispecie previste dall'art. 38 Cost. La legittimità costituzionale era comunque fondata nella previsione di un periodo di contribuzione effettiva più che doppio rispetto al minimo contributivo (allora) stabilito per la pensione di vecchiaia. A fronte di una partecipazione di 35 anni alla costruzione del benessere collettivo, si poteva ritenere che il soggetto avesse adempiuto a tutti i doveri di solidarietà sociale imposti dalla Costituzione. La crisi finanziaria del 1992 ha condotto ad un progressivo disfavore del legislatore nei confronti di tale prestazione rendendola sempre più gravosa e di difficile utilizzo, soprattutto in considerazione dei costi indotti da un pensionamento che sarebbe gravato sulla solidarietà generale per un periodo molto lungo.

Lo "smantellamento" di questo istituto rientrava in una politica generale non sempre lineare che datava dagli inizi degli anni '80 del novecento. Da una parte si voleva ricondurre gli istituti previdenziali nell'alveo delle proprie competenze, dall'altra occorreva fronteggiare gli andamenti economici sfavorevoli ed evitare situazioni di disoccupazione prive di tutela economica. Così, ad esempio, la riforma della pensione di invalidità, che sottrae l'istituto alle politiche di tutela del reddito<sup>10</sup>, ma non trova però una sponda efficace in altri provvedimenti coevi che risolvono la questione dei lavoratori "anziani" con il "pre-pensionamento" o con l'allungamento snaturante della CIGS (tra cui i noti casi GEPI ed INSAR)<sup>11</sup>. Ancora nel 1991, con l'introduzione della normativa sui licenziamenti collettivi si ponevano freni all'utilizzo della cassa integrazione ma si continuava ad offrire un percorso privilegiato in uscita ai lavoratori ultra cinquantenni con l'introduzione dell'indennità di mobilità

<sup>10</sup> Prima della riforma attuata con la l. 12 giugno 1984 n. 222, l'istituto era chiamato ad intervenire non a fronte della perdita della capacità lavorativa, ma a fronte della capacità di guadagno. Questo consentiva di utilizzare la prestazione come un'alternativa alle prestazioni di disoccupazione.

<sup>11</sup> Per la puntuale ricostruzione storica dell'utilizzo improprio degli "ammortizzatori sociali" e le conseguenze sul reinserimento lavorativo, si rinvia a RENGA, *Mercato del lavoro e diritto*, F. Angeli, 1996.

“lunga”. Parallelamente si sviluppava – a partire dalla l. 9 dicembre 1977 n. 903 – un opposto orientamento, che prevedeva la possibilità di procrastinare l’età di pensionamento. Neanche questa controtendenza, però, è sostenuta da una *ratio* unitaria: la legge del 1977 consentiva l’opzione alle donne per ristabilire la parità di genere; la legge 26 febbraio 1982 n. 54 consentiva la prosecuzione del rapporto ai fini del raggiungimento dei massimi di anzianità contributiva così come era previsto il mantenimento in servizio per il raggiungimento dei minimi. Così anche il d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 503 consente nel pubblico impiego di differire di due anni l’età di collocamento a riposo. Naturalmente, per l’impiego privato, l’opzione per continuare l’attività lavorativa significa solo estensione della tutela limitativa del licenziamento: dunque un provvedimento che interessa solo i dipendenti delle aziende con più di quindici dipendenti. Anche dopo le modifiche apportate dalla l. 11 maggio 1990 n. 108, il campo di interesse sostanzialmente rimane inalterato, posto che la riflessione sull’età come fattore di discriminazione era ancora in fase di gestazione e dunque un licenziamento fondato – illegittimamente – sull’età avanzata del lavoratore non sarebbe stato, per tale motivo, riconosciuto discriminatorio e la tutela sarebbe rimasta quella meramente obbligatoria.

Un reale interesse per incentivare il lavoro dei soggetti “pensionabili” non si riscontra. Anzi, il pensionamento viene caldeggiato anche argomentando dai supposti benefici di un più rapido *turn over*. Il meccanismo di calcolo della pensione retributiva, inoltre, sfavoriva decisamente qualunque modalità di uscita flessibile, visto che uno dei parametri di calcolo era la retribuzione media pensionabile dell’ultimo periodo lavorativo. Il mantenimento dei diritti pensionistici raggiunti e quindi della impossibilità di un peggioramento causato dalla prosecuzione volontaria dell’attività lavorativa è stato garantito solo con le sentenze della Corte Costituzionale<sup>12</sup>.

Con il nuovo secolo alcuni timidi cenni di interesse per l’occupabilità dei lavoratori over 50 ci sono stati. L’aumento dell’età pensionabile e la limitazione all’utilizzo della pensione di anzianità ha, infatti, avuto la conseguenza di accrescere il numero di disoccupati *agée* e di far riconsiderare la pensione di invalidità come strumento di tutela di una particolare categoria

<sup>12</sup> Vd. C. Cost. 30 giugno 1994 n. 264. Peraltro anche le posizioni più recenti della Corte mantengono una certa idea di pensione: vd. sentenza 30 aprile 2015, n. 70; AV10, *Il difficile superamento delle categorie tradizionali: il dialogo tra legislatore e Corte Costituzionale sulle pensioni di vecchiaia*, in *LD*, 2015, p. 435 ss.

di disoccupati. Se il soggetto, a causa dell'età, non ha più le caratteristiche psico-fisiche richieste per le mansioni che ha espletato fino a quel momento, potrà vedersi riconosciuta la sua condizione di perdita della capacità lavorativa specifica e, conseguentemente, richiedere l'assegno di invalidità. Questa sua condizione, tuttavia, non lo aiuterà a ricollocarsi in altro lavoro "confacente", in quanto tale tutela economica non è collegata in alcun modo a politiche attive di reingresso nel mercato del lavoro. Per la tutela rappresentata dalle liste di collocamento dei disabili, infatti, occorre una invalidità minima del 66% della capacità lavorativa generica, un livello ben più gravoso di quanto previsto per l'invalidità pensionabile che si riferisce alla capacità lavorativa specifica. Gli incentivi attuali per l'assunzione dei lavoratori over 50 non differiscono dagli altri incentivi stabiliti per i lavoratori svantaggiati – ma anche non svantaggiati. Questo rappresenta un altro tipo di problema: se è prevista una riduzione del 50% degli oneri contributivi fino a 18 mesi assumendo a tempo indeterminato un lavoratore ultracinquantenne, ma contemporaneamente è previsto l'esonero triennale dal pagamento dei contributi (come avvenuto nel 2015 e, sia pure in misura meno vantaggiosa, prosegue nel 2016) per l'assunzione a tempo indeterminato di un lavoratore senza specifici "svantaggi", il primo incentivo resta privo di effetto. Inoltre il concetto di lavoratore svantaggiato, come stabilito dal regolamento (CE) 12 dicembre 2002, n. 2204/2002 della Commissione, resta ancorato alle difficoltà di ingresso nel mercato del lavoro (è "«lavoratore svantaggiato», qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ..." recita il testo del regolamento); non si considera la peculiarità della fattispecie del lavoratore anziano che avrebbe maggiore necessità di aiuti per restare nel posto di lavoro e non essere licenziato, piuttosto che rientrarvi. Da questo punto di vista sarebbero utili previsioni specifiche di aiuti economici alle imprese per sostenere interventi di adeguamento del posto di lavoro (come insegna la richiamata esperienza alla BMW) e di formazione specifica per la riqualificazione di queste persone, in un'ottica di collocamento/utilizzo mirato del soggetto. Il progressivo abbandono da parte della contrattazione collettiva degli automatismi salariali in favore di una valutazione più marcata della produttività, se pure ha diversi profili critici in quanto radica delle tendenze discriminatorie, almeno potrebbe avere il merito di smantellare il pregiudizio dell'antieconomicità del lavoratore vecchio: più costoso e meno produttivo del giovane.

Se gli incentivi economici ai datori di lavoro per consentire un invec-

chiamamento attivo si perdono nel coacervo degli interventi simili previsti per altri lavoratori svantaggiati o non svantaggiati, la normativa sulla possibilità di concludere contratti di lavoro particolari in funzione “incentivante” presenta un altro elemento di confusione. Il nostro ordinamento ha spesso concesso di utilizzare particolari forme contrattuali per favorire l’ingresso nel mondo del lavoro di soggetti ritenuti particolarmente meritevoli di tutela. I lavoratori oggetto del nostro interesse non fanno eccezione: si possono stipulare con essi contratti a termine senza dover tener conto dei limiti numerici stabiliti da legge e contrattazione collettiva, si possono stipulare contratti di lavoro intermittente oppure ancora contratti di apprendistato. Ma per il contratto a termine si è vecchi a 50 anni, per quello intermittente a 55, per l’apprendistato il dato rilevante non è neanche l’età avanzata ma essere beneficiari di una prestazione di tutela del reddito (nel contratto di inserimento previsto dal d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 occorre essere disoccupati con più di 50 anni di età). Si delinea così una politica sull’invecchiamento attivo ondivaga che si sovrappone a proposte di flessibilità in uscita dove l’individuazione dell’età del soggetto è fatta in relazione al momento del raggiungimento dei requisiti pensionistici (... chiunque maturi il diritto entro il 31 dicembre 2018, recita il co. 284, art. 1, legge di stabilità per il 2016). Confusione che forse è indice di un accostamento al problema non sufficientemente meditato e con prospettive limitate. La sensazione è che, come spesso accade, ma particolarmente negli interventi che riguardano la protezione sociale, il legislatore cumuli interventi isolati molto condizionati dalle esigenze economiche contingenti. In questo senso merita attenzione l’ultimo tra gli interventi sopra ricordati. Con la l. 28 dicembre 2015 n. 208 si è introdotta una forma di part-time a condizioni economiche molto vantaggiose. Limitato al settore privato (come, peraltro, per il lavoro intermittente e, di fatto, per l’apprendistato), il contratto può essere stipulato da soggetti che devono avere almeno 63 anni e 7 mesi, dato che devono maturare il diritto alla pensione di vecchiaia entro la fine del 2018 e non può protrarsi oltre la data prevista di pensionamento. Il vantaggio economico ricorda da vicino interventi abbastanza recenti volti ad incentivare la permanenza al lavoro di lavoratori che avrebbero potuto godere della pensione di anzianità<sup>13</sup>: il datore di lavoro versa al lavoratore – oltre la retribuzione dovutagli per il lavoro prestato –

<sup>13</sup> Mi riferisco al c.d. *superbonus* previsto nella l. 23 agosto 2004 n. 243; AVIO, *Vecchiaia e lavoro. Tra solidarietà e corresponsività*, Ediesse, 2008.

una somma corrispondente alla contribuzione previdenziale a fini pensionistici a carico del datore di lavoro relativa alla prestazione lavorativa non effettuata; inoltre – e qui torniamo alla logica che sosteneva le disposizioni sul prepensionamento – per i periodi di riduzione della prestazione lavorativa è riconosciuta la contribuzione figurativa commisurata alla retribuzione corrispondente alla prestazione lavorativa non effettuata. Infine è da sottolineare che il provvedimento non solo è temporaneo (il riferimento ultimo è alla fine del 2018), ma anche limitato da un tetto di spesa predeterminato.

Fin qui gli interventi di incentivazione per il mantenimento al lavoro (o il re-impiego) di persone che sono considerate vecchie per svolgere determinate mansioni ma che in nessuna epoca sono state considerate – sotto il profilo dell'ordinamento generale – vecchie in assoluto: l'età per la pensione di vecchiaia è arrivata ad essere indicata, al minimo, in 55 anni per le donne e 60 per gli uomini. Ragionando in termini di invecchiamento attivo, quindi, occorre tener presente il limite generale posto dall'ordinamento sia per stabilire il periodo di “tutela” attiva da corrispondere al lavoratore sia per stabilire se il soggetto che ha raggiunto l'età di pensionamento di vecchiaia possa aspirare ad un invecchiamento attivo o no.

Il primo aspetto è incidente soprattutto sull'impegno richiesto nella revisione complessiva delle politiche del lavoro. Alzando l'età di pensionamento, ovviamente, si alza l'età media dei lavoratori e la necessità di impiegarli nella loro condizione di maturità non per 5-10 anni, ma per 20 anni. Se il numero di ultracinquantenni diventa importante e si prevede per essi un periodo operativo significativo, non è possibile collocarli in lavori marginali come è stato fatto in molti casi. Occorre innovazione in termini di tipologie di lavoro e flessibilità dell'organizzazione produttiva. Non ultimo un impegno delle attività produttive verso interventi materiali e di formazione per consentire, anche nelle mansioni classiche, la prosecuzione dell'attività lavorativa degli ultracinquantenni.

La seconda questione, relativa all'invecchiamento attivo dei pensionati, si pone da una parte come inversamente rilevante rispetto alla prima, dall'altra necessita di una riflessione relativa al significato che è stato dato alla tutela della vecchiaia nel complesso del nostro ordinamento.

### 3. *La vecchiaia assoluta: una ricognizione*

Il punto di partenza è rappresentato dalla legge 17 luglio 1898 n. 350 che fonda la Cassa Nazionale delle Pensioni. L'istituto si presenta come alternativo alle forme mutualistiche allora esistenti senza la pretesa – come invece per la coeva assicurazione contro gli infortuni – di fondare una assicurazione sociale per la vecchiaia.

La legge stabiliva come minimo assicurativo 25 anni e come età di pensionamento tra i 60 ed i 65 anni. Il passaggio ad assicurazione obbligatoria non modificherà sostanzialmente le sue caratteristiche di base, ovvero i requisiti richiesti per ottenere la tutela promessa. Il d.l.lgt. 21 aprile 1919, n. 603, infatti, prevedeva che avesse diritto alla prestazione il soggetto invalido con almeno cinque anni di contributi assicurativi oppure il soggetto che avesse raggiunto i 65 anni ed avesse almeno dieci anni di contributi versati. È importante sottolineare che il sistema portava a 65 anni l'età pensionabile al dichiarato fine di individuare un momento raggiunto il quale il soggetto non potrà essere in grado di lavorare. “Avendo portato a 65 anni il limite di età per le pensioni di vecchiaia, noi crediamo che la presunzione di invalidità sia a questa età sufficientemente attendibile nel più gran numero dei casi, così da consigliare eguale trattamento per la invalidità e la vecchiaia: d'altra parte ciò non aggrava il costo dell'assicurazione mentre accresce semplicità a tutto il nostro schema”<sup>14</sup>. Dunque per il legislatore dell'epoca la tutela della vecchiaia è fondamentalmente una tutela per l'invalidità. Visto sotto il profilo del contratto assicurativo, il sistema rientra nei canoni civilistici dei contratti aleatori proprio perché ha per oggetto il rischio dell'invalidità. Diversamente, se fosse stata prevista solo una prestazione per il caso della vecchiaia, l'aver posto un'età tanto elevata per l'epoca, avrebbe potuto presentare dei profili giuridicamente problematici. Cosa sarebbe oggi di una polizza vita che prevedesse una rendita per il periodo di vita successivo ai 95 anni?<sup>15</sup> Tra i cambiamenti operati nel 1919, un altro, importante, è la modifica del calcolo della prestazione, che segue la riorganizzazione finanziaria e che si basa sul calcolo

<sup>14</sup> Così si esprime la relazione al disegno di legge presentata il 28 novembre 1918.

<sup>15</sup> “Il limite dei 65 anni di età, che potrebbe apparire elevato in un regime di assicurazione per la vecchiaia, si ritiene adeguato quando l'assicurazione, come nel caso nostro, comprenda anche l'invalidità; perché se l'assicurato diviene invalido prima di quell'età ha egualmente il diritto alla pensione, a qualunque età divenga invalido” relazione al disegno di legge.

dei “premi medi” e non più sui “premi individuali”<sup>16</sup>. Una sorta di finanziamento a ripartizione *ante litteram* e, dunque, l'introduzione di principi solidaristici. Il passo successivo e fondamentale è quello operato dal riformatore fascista.

Già con gli interventi del 1923 e 1924<sup>17</sup> si introducono elementi spuri rispetto alla visione dell'età quale momento di invalidità presunta. Non solo si prevede un diritto alla pensione in età più basse in relazione a vicende contributive particolari (55 per le donne e 60 per gli uomini), ma anche età più alte (70) per ricevere la prestazione anche in assenza del raggiungimento del requisito contributivo minimo. Si inserisce, infine, la possibilità che l'assicurato stesso possa scegliere di anticipare volontariamente il pensionamento fino al sessantesimo anno di età, subendo una riduzione percentuale della pensione correlata all'età: dal 10% per coloro che richiedono la pensione a sessantaquattro anni fino al 37% per coloro che la richiedono a sessanta anni. Con le ulteriori modifiche apportate nel 1935 e nel 1939<sup>18</sup> il sistema si “pubblicizza” definitivamente: il rapporto tra contribuzione e prestazione si affievolisce, accentuandosi i caratteri di una solidarietà corporativa, si tutelano i superstiti e si abbassa definitivamente a 60/55 anni l'età di pensionamento, aumentando però il minimo assicurativo (15 anni). Ovviamente l'abbassamento dell'età non è decisione determinata da una nuova valutazione della relazione tra invalidità ed età, ma da necessità politiche ed economiche legate al momento storico. La conseguenza oggettiva degli interventi succedutisi nel periodo corporativo è che la vecchiaia assume un'autonoma dignità di tutela. Autonomia non necessariamente riconosciuta dall'art. 38 Cost. che nel richiamarla la lega all'invalidità<sup>19</sup>, ma che si rafforza con le successive riforme, che non terranno in alcun conto del rapporto tra vecchiaia ed invalidità. Non casualmente l'età di pensionamento rimarrà differenziata tra uomo e donna pur nella consapevolezza del legislatore della più elevata speranza di vita della donna rispetto all'uomo e, ampliando ai lavoratori autonomi la tutela per la vecchiaia, sarà prevista un'età di pensionamento differente e più elevata rispetto alla generalità dei lavoratori subordinati,

<sup>16</sup> Vd. HERNANDEZ, *Profili storici*, in *Per un sistema di sicurezza sociale in Italia*, il Mulino, 1965.

<sup>17</sup> R.d. 30 dicembre 1923 n. 3184 e regolamento di attuazione 28 agosto 1924 n. 1422.

<sup>18</sup> R.d.l. 4 ottobre 1935 n. 1827 e r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636.

<sup>19</sup> Nel testo dell'articolo i singoli eventi sono separati dal segno di interpunzione salvo che per invalidità e vecchiaia, che sono legati dalla congiunzione.

senza, evidentemente, alcuna possibile giustificazione di tale differenze relativa alle tipologie lavorative considerate. Rispetto a quest'ultimo caso occorre anche rilevare che la disciplina relativa alla pensione per i lavoratori autonomi, così come i liberi professionisti, non ha mai condizionato la prestazione alla cessazione del lavoro, considerando normale la prosecuzione dell'attività lavorativa anche successivamente al raggiungimento dell'età pensionabile. È infine da ricordare quanto già richiamato nel paragrafo precedente in relazione alle vicende dell'età pensionabile nel corso degli anni '80, durante i quali, ferma restando la linea dei 60 anni come limite generale, questo viene ampiamente derogato in tutte le direzioni, senza una indicazione legislativa univoca.

#### 4. *La determinazione dell'età pensionabile*

Superata la questione della relazione tra età pensionabile e tutela dell'invalidità, occorre ripercorrere brevemente le modifiche che hanno riguardato l'età pensionabile negli interventi riformatori che si sono succeduti dal 1992. Dato per conosciuto il succedersi degli eventi che hanno segnato l'Italia in quell'anno<sup>20</sup>, è abbastanza comprensibile che tutti gli interventi riformatori attuati dal legislatore, avessero una chiave di lettura economica marcata. Se la sospensione temporanea dell'erogazione della pensione di anzianità (d.l. 19 settembre 1992 n. 384) è palesemente un'operazione di "cassa", la legge di delega 23 ottobre 1992 n. 42 emanata il mese successivo individua nel sistema pensionistico uno dei fattori chiavi dello squilibrio economico del paese. In questa ottica, dunque, prevede l'aumento dell'età pensionabile "con lo scopo di stabilizzare al livello attuale il rapporto tra spesa previdenziale e prodotto interno lordo". Il d.lgs. 503/1992 porterà, quindi, a 65 anni l'età pensionabile. Nel sistema pensionistico con il calcolo della pensione retributiva, questa misura ha sicuramente effetti economici: teoricamente con tale misura viene aumentato il flusso contributivo per cinque anni e contestualmente sono ridotti gli anni di erogazione della pensione. Ma non può trattarsi di misura risolutiva, in quanto il sistema di finanziamento a ripartizione, basandosi su più variabili, per poter essere in equilibrio necessita di un meccanismo dinamico complesso.

<sup>20</sup> Da "tangentopoli" alle dimissioni del Presidente Cossiga, dagli omicidi di Falcone e Borsellino alla speculazione sulla lira effettuata da Soros.

La soluzione teorica del problema è offerta con la legge 8 agosto 1995 n. 335. Che si tratti anche in questo caso di un modello pensionistico principalmente rivolto alla soluzione economica, non può esservi dubbio. Nell'articolo 1, co. 1 si fa riferimento alla “stabilizzazione della spesa pensionistica nel rapporto con il prodotto interno lordo”; nel comma successivo solennemente si enuncia che “le disposizioni della presente legge costituiscono principi fondamentali di riforma economico sociale della Repubblica” ed infine, nel terzo comma, ulteriormente si sottolinea che la riforma “costituisce parte integrante della manovra di finanza pubblica”.

Indubbiamente il nuovo sistema di calcolo contributivo della pensione risponde alle richieste di equità e proporzionalità della prestazione in rapporto alla contribuzione individuale versata e, contestualmente, prevede un equilibrio dinamico della spesa pensionistica semi automatico, anche se tutto questo al costo di una incertezza per il lavoratore relativa al *quantum* della propria futura pensione.

La proporzionalità è garantita dall'attribuzione ad ogni singolo lavoratore di una somma nominale che rispecchia quanto è stato versato durante tutta la vita lavorativa (il “montante contributivo”); tale somma, moltiplicata per un coefficiente determinato dalla legge, determina l'ammontare annuo lordo della prestazione pensionistica. L'equità è data dalla connessione tra coefficiente di trasformazione ed età di pensionamento: il coefficiente aumenta con l'età, in quanto, nella sua determinazione, si tiene conto anche della speranza di vita al pensionamento. Questo aspetto, nell'ambito di quanto ci interessa, è fondamentale perché stabilisce il principio secondo il quale – a parità di contributi versati – ognuno avrà complessivamente un ammontare di prestazioni uguale a prescindere dall'età di pensionamento. Per esemplificare, ponendo che “A” e “B” abbiano uno stesso montante contributivo pari a 1.000 ed “A” vada in pensione a 60 anni, con una speranza di vita di altri 20 anni mentre “B” vada in pensione a 70 anni, con una speranza di vita di altri 13 anni<sup>21</sup>; “A” avrà una pensione di 50 (coefficiente 5%) e “B” avrà 77 (coeff. 7,7%). La pensione di “A” sarà più bassa perché pagata per un periodo di tempo maggiore, mentre “B” avrà una pensione più alta per il motivo opposto. In entrambi i casi lo Stato avrà pagato complessivamente sia ad “A” che a “B”, 1.000 (per la pensione contributiva non si prevede una prestazione minima)<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> La speranza di vita complessiva di B risulta più alta (83 anni anziché 80) perché tiene conto di una coorte diversa.

<sup>22</sup> Nella realtà oggi non è esattamente così: se si considera la speranza di vita al pensiona-

L'equilibrio dinamico del sistema è ottenuto con il ricalcolo periodico dei coefficienti di trasformazione che tiene conto, oltre che dell'andamento della speranza di vita, anche dell'andamento demografico e di quello del PIL.

Con la prestazione pensionistica determinata in tale modo i requisiti possono prescindere da valutazioni attinenti al costo economico, così, nell'originaria formulazione della legge, l'età di pensionamento era disponibile dal lavoratore tra i 57 ed i 65 anni e l'anzianità contributiva minima limitata a 5 anni. Poiché comunque la prestazione di cui trattasi rimane fondata sulla solidarietà dei consociati, la possibilità di riceverla prima del sessantacinquesimo anno di età era condizionata al fatto che il calcolo della prestazione non fosse inferiore a 1,2 volte l'assegno sociale. Se l'assegno sociale rappresenta la *poverty line*, si poteva supporre che il lavoratore che cessasse di lavorare prima dei 65 anni nonostante un prospetto di liquidazione vicino alla *poverty line*, non avesse necessità della solidarietà dei lavoratori attivi.

Tralasciando le criticità che comunque sono presenti nella legge e che fundamentalmente riguardano le incertezze legate al ricalcolo periodico dei coefficienti, in quanto non consentono alcuna previsione sul medio periodo relativo al tasso di sostituzione che può essere atteso dal lavoratore<sup>23</sup>, la riforma consentiva di guardare alla tutela della vecchiaia in chiave del tutto diversa rispetto al passato. Infatti si superava definitivamente la tutela in chiave di presunzione di invalidità mentre si poteva considerare il periodo dell'invecchiamento come un momento di tutela a richiesta dell'interessato. Una protezione dovuta nell'ambito della solidarietà intergenerazionale, a prescindere da altro. Un istituto così strutturato sarebbe stato molto utile e di supporto a politiche di invecchiamento attivo molto ampie. L'estensione poteva essere determinata semplicemente ampliando gli anni di riferimento dei coefficienti di trasformazione: invece che fermarsi a 65 anni, si sarebbe potuti arrivare a 75 ed oltre.

Come è noto la normativa del 1995 ha trovato un primo freno nella forte tutela delle aspettative prevista già nella normativa del 1992 e riconfermata in quella del 1995 che mantenendo ad un'ampia platea di soggetti

mento al 2014 e il relativo coefficiente di trasformazione (2013-2015), si vedrà che a fronte di un montante contributivo di 100.000, lo Stato spenderà complessivamente 107.200 per il pensionato di 60 anni (23 anni di speranza di vita) e 98.507 per quello di 70 anni (15 anni di speranza di vita).

<sup>23</sup> Tra l'altro l'andamento del PIL pesa sia sul calcolo del coefficiente che sulla rivalutazione del montante contributivo.

l'applicazione della vecchia normativa, ha impedito uno sviluppo virtuoso del sistema nel senso prospettato. In modo del tutto incomprensibile, poi, il legislatore modificherà la disciplina dell'età pensionabile – per la pensione contributiva – riportando la rigidità dell'età 60 – 65 (l. 243/2004); rigidità che non verrà modificata nei numerosi interventi successivi, ma che anzi farà da presupposto per veicolare un altro concetto che, a sua volta ripropone il vecchio principio della presunzione di invalidità.

Nella legge di conversione del d.l. 1 luglio 2009 n. 78 e poi nel d.l. 31 maggio 2010 n. 78 si prevede, infatti, l'adeguamento automatico dell'età pensionabile all'incremento della speranza di vita. Alla base di questo automatismo è la supposta ma non dimostrata connessione tra l'aumento della speranza di vita (spesso richiamando quella determinata alla nascita) e un meccanico coevo allungamento della vita "curriculare". Certamente l'aumento della speranza di vita alla nascita dal secondo dopoguerra ad oggi è un dato importante essendosi registrato, come è noto, un incremento di oltre ventidue anni, passando da circa 60 anni agli attuali 82 anni<sup>24</sup>. Peraltro niente di strepitoso se si considera che nei 70 anni precedenti si era passati dai 33 anni del 1876 ai 60 del 1946. L'aumento della speranza di vita alla nascita ci indica un abbattimento della mortalità infantile, un miglioramento delle condizioni igienico sanitarie generali e l'importanza che ha avuto sull'umanità la scoperta degli antibiotici. Ma non ci consente di presumere direttamente che il sessantenne di oggi sia in migliori condizioni di salute rispetto al sessantenne del secolo scorso, anche se oggi arrivare a sessant'anni è, statisticamente, la normalità e non l'eccezione. Con la conseguenza che il numero di soggetti che arrivano all'età di pensionamento è molto più elevata di una volta ed usufruiscono della prestazione per un periodo maggiore. Se il legislatore vuole tornare ad utilizzare la pensione di vecchiaia come tutela di un'invalidità presunta si dovrebbe – per spostare in avanti il limite – verificare il miglioramento delle condizioni fisiche delle persone rispetto all'età di pensionamento<sup>25</sup>. Ammesso che si possa evincere tale ultimo dato dall'aumento della speranza di vita o dal tasso di mortalità ad una data età, il parametro da

<sup>24</sup> Dati tratti da *Human Mortality Database*. University of California, Berkeley (USA), e Max Planck Institute for Demographic Research (Germany), [www.mortality.org](http://www.mortality.org), maggio 2016.

<sup>25</sup> Sul punto, diffusamente, CASILLO, *L'innalzamento dell'età di pensione: profili problematici*, in ESPOSITO, DELLA PIETRA (a cura di), *L'accesso alla sicurezza sociale*, Giappichelli, 2015. L'autrice, inoltre, rimanendo nell'ambito della lettura classica della tutela della vecchiaia, mostra ulteriori criticità connesse a tale interpretazione.

prendere a riferimento dovrebbe essere l'età di pensionamento e non il momento della nascita (come, infatti, viene fatto per il calcolo del coefficiente di trasformazione). Assumendo, quindi, l'età di pensionamento come parametro per verificare il miglioramento della condizione fisica nelle età più avanzate, si può notare come tra il 1974 (ultimo anno del regime transitorio per la pensione retributiva) e il 2010 (quando il legislatore pone in essere l'equazione speranza di vita-miglioramento attivo) l'allungamento della speranza di vita alla nascita sia piuttosto importante: circa 10 anni, da 69,6 a 79,4<sup>26</sup>, ma tale dato si riduce della metà quando lo si verifichi a 65 anni (circa 5 anni: da 78,5 a 83,3) ed ancor meno a 70 anni (circa 4 anni: da 80,5 a 84,5). In ogni caso tali incrementi dovrebbero essere incrociati con i dati relativi all'andamento delle invalidità e delle cause di invalidità, nonché, in generale con l'andamento delle patologie connesse alla degenerazione cellulare. Su tutto questo non vi è alcuna riflessione da parte del legislatore<sup>27</sup> e l'ulteriore riforma del 2011 attuata per "garantire il rispetto, degli impegni internazionali e con l'Unione europea, dei vincoli di bilancio, la stabilità economico-finanziaria e a rafforzare la sostenibilità di lungo periodo del sistema pensionistico in termini di incidenza della spesa previdenziale sul prodotto interno lordo" nel mantenersi nell'ambito della linea tracciata dai provvedimenti del 2009 e 2010 e portando a 70 anni l'età di pensionamento sembra non considerare minimamente quanto rilevato e che, dal punto di vista economico, come si è già illustrato, l'aumento dell'età pensionabile per i soggetti sottoposti al regime contributivo non ha alcun rilievo ai fini del risparmio previdenziale. In compenso crea altri problemi, a cominciare dall'ostacolare l'uscita dal lavoro di soggetti difficilmente ricollocabili<sup>28</sup> per finire alla valenza disincentivante l'interesse dei lavoratori ad aderire ai fondi di previdenza complementare. Apparentemente la disciplina aumenta gradualmente l'età

<sup>26</sup> Popolazione maschile, dati ISTAT 2013, tabelle di mortalità.

<sup>27</sup> Per la dottrina in argomento vd. la bibliografia riportata da CASILLO, *L'innalzamento dell'età di pensione*, cit.

<sup>28</sup> Vd. Anche GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito*, relazione al Convegno AIDLASS di Pisa 2012, in atti del convegno, p. 311. È anche da ricordare che l'aumento dell'età pensionabile ha contestualmente creato il problema degli "esodati" la cui soluzione, alla fine, non è stata diversa rispetto al passato. Rimangono tutelati i soggetti con le retribuzioni più performanti: i lavoratori in regime contributivo con almeno 20 anni di contribuzione possono andare in pensione a 63 anni se la loro prestazione pensionistica è 2,8 volte l'assegno sociale. Si tratta quindi di lavoratori che hanno percepito (calcolando i 20 anni di contribuzione) una retribuzione media di circa € 50.000 lordi annui.

pensionabile, ma, con riferimento ai soggetti ai quali si applichi interamente la pensione contributiva l'innalzamento è assai più rilevante. Infatti se pure è consentito il pensionamento a partire dai 66 anni, esso è tuttavia condizionato al raggiungimento di una prestazione pari a 1,5 volte l'assegno sociale. Tale condizione non è richiesta solo quando si raggiungano i 70 anni. Dunque lo stesso meccanismo – ma con una condizione più stringente – di quello già visto nella legge del 1995 ma con riferimento, allora, ai 65 anni.

Questo innalzamento – che non servirà a calmierare i costi della pensione per il sistema contributivo – non è neanche indice della volontà di sostenere una politica di invecchiamento attivo. Basti pensare alla circolare 2/2012 del dipartimento della funzione pubblica, cui è seguita l'interpretazione autentica data con d.l. 31 agosto 2013 n. 101, art. 2, co. 5, con la quale si nega l'applicabilità al personale della PA della facoltà di procrastinare ai 70 anni l'uscita dal servizio<sup>29</sup>.

##### 5. *Invecchiamento attivo ed età pensionabile*

Portare l'età di pensionamento a 70 anni senza ulteriori e specifici interventi non può che estremizzare i problemi che si sono già evidenziati rispetto ai lavoratori ultracinquantenni. L'aumento della vita lavorativa pur nei limiti e nei termini delle possibilità dei singoli soggetti non è ottenibile con il semplice spostamento in avanti dell'età pensionabile e conseguente estensione della normativa limitativa del licenziamento, soprattutto con la nuova disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi: ogni licenziamento intimato oltre una certa età porterebbe ad incardinare una vertenza per licenziamento discriminatorio<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> “...per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d'ufficio e vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso, non è modificato dall'elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile...”, sul punto vd. anche CASALE, *Il collocamento a riposo dall'impiego pubblico per limite massimo d'età, dopo la riforma pensionistica di cui all'art. 24 d.l. n. 201/2011 conv. con l. 214/2011*, in *LPA*, 2011, p. 903 e CASALE, *Riforma previdenziale ex d.l. n. 201/2011: innalzamento del requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia ed età massima di servizio nel pubblico impiego*, in *MGL*, 2012, p. 881. Alla disposizione segue, per logica conseguenza, la soppressione del trattenimento in servizio operato dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

<sup>30</sup> Per i limiti di utilizzo di questo strumento nel caso specifico e, più in generale, i pro-

Si deve, invece, tornare sulla possibilità di scollegare definitivamente l'età pensionabile dall'arcaica connessione con la capacità lavorativa.

Dal quadro tracciato nei paragrafi precedenti emerge una disomogeneità del concetto di invecchiamento attivo: quella utilizzata dalle istituzioni internazionali, proiettate verso un obiettivo primario di benessere psicofisico dell'anziano, verte attorno al soggetto di età avanzata e fa riferimento ad attività "unpaid". Al centro è, dunque, il soggetto al di fuori della sua vita "curriculare". Invece il concetto di invecchiamento attivo presente nelle istituzioni statali è principalmente orientato ad un prolungamento dell'età produttiva ai fini di una riduzione della spesa pensionistica. Al centro, quindi, non c'è tanto un vero e proprio invecchiamento attivo, quanto piuttosto un supposto spostamento in avanti dell'invecchiamento e, di conseguenza, un semplice aggiornamento della disciplina pensionistica. I due percorsi, in tale lettura, risultano diversi ed autonomi. Ma le criticità già evidenziate rispetto all'allungamento della vita lavorativa, ci riportano a considerare, per una lettura unitaria e non contraddittoria dell'invecchiamento attivo, il concetto di vecchiaia relativa. Non un'età predeterminata dalla normativa uguale per tutti, ma una fascia ampia all'interno della quale, in considerazione della tipologia lavorativa svolta dall'individuo e delle sue condizioni personali di salute, avendo un passato di solidarietà attiva, la persona possa autovalutare la sua condizione di vecchiaia e determinare le scelte conseguenti: smettere di lavorare parzialmente percependo in parte la prestazione pensionistica; utilizzare strumenti di formazione e collocamento mirato per svolgere un'attività produttiva consona al suo nuovo stato; cessare da ogni attività retribuita e percepire la prestazione pensionistica con la possibilità di svolgere attività non retribuite, se vuole.

In questo contesto avremmo alcuni soggetti che anticiperebbero l'età di pensionamento rispetto a quella ora stabilita e forse non moltissimi andrebbero oltre quel limite. Ma, con il meccanismo di calcolo contributivo, questo non peserebbe economicamente, mentre risolverebbe le disegualianze oggi esistenti con i meccanismi delle deroghe alla legge.

Dal punto di vista costituzionale tale lettura non si troverebbe in contrasto con la tutela della vecchiaia prevista dall'art. 38 Cost.: nell'attuale legge

blemi relativi alla discriminazione per età v. IZZI, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, cit.; CANAVESI, *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *DRI*, 2013, p. 665 ss.; PICCININNO, *Età pensionabile flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, in *ADL*, 2014, p. 32 ss.

ordinaria di tutela pensionistica non c'è alcuna relazione tra la vecchiaia e la perdita della capacità lavorativa. Se così fosse non dovrebbe essere possibile cumulare la prestazione con reddito da lavoro. In effetti l'inabilità al lavoro è richiamata esplicitamente solo quale condizione per la tutela dei cittadini. Mentre per i lavoratori la tutela – che ugualmente si basa sulla condizione di bisogno – si fonda, però su un dato parzialmente diverso. Con l'utilizzo del concetto di vecchiaia relativa, infatti, lo stato di bisogno non sarebbe più oggettivo, ma dipenderebbe da una valutazione personale. Infortunio, invalidità, disoccupazione, malattia e genitorialità sono tutti eventi temporanei, oggettivi, che comportano interruzione dell'attività lavorativa con conseguente presunzione dello stato di bisogno. La vecchiaia è un evento irreversibile ma relativamente soggettivo che non comporta necessariamente l'interruzione dell'attività lavorativa. Collegare la prestazione ad un atto volontario del soggetto sembrerebbe in contrasto con quell'involontarietà dell'avverarsi della condizione che sembra essere alla base di tutti i casi in cui si tutela il soggetto. Non esplicitata – per ovvi motivi – quando la tutela interviene a fronte della perdita dell'integrità psico-fisica; espressamente richiamata per la tutela della disoccupazione. Ma lo stesso non vale nel caso della tutela della genitorialità e della famiglia, dove si riconosce la tutela dell'evento a fronte dell'oggettiva situazione e si prescinde da ogni altra valutazione.

Così può essere anche per la vecchiaia, evento certo involontario ma dove può essere volontaria e personale la determinazione del momento di cessazione dal lavoro o di variazione della prestazione lavorativa (sia nel *quantum*, che nel *come*). Come, peraltro, già avviene per la normativa attuale. Posto che negli altri casi si tutela una situazione di bisogno accertata o presunta, si potrebbe porre in dubbio che la vecchiaia sia una situazione necessariamente di bisogno. Ma si è già ricordato che neanche adesso corrisponde al vero che la pensione di vecchiaia sia erogata in una situazione di bisogno presunto: è, infatti, pienamente possibile cumulare redditi da lavoro con la prestazione pensionistica, contraddicendo la presunzione di invalidità del soggetto. Niente, al contrario, impedisce di soggettivizzare la richiesta di solidarietà: riconoscere all'individuo la possibilità di cessare dal lavoro retribuito e vivere serenamente l'ultima parte della propria esistenza avendo comunque apportato alla società il proprio contributo per il progresso della società ed avendo adempiuto ai doveri di solidarietà.

Tale lettura non è, quindi, in contrasto con la Costituzione ed è in linea con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 25, diritti

degli anziani). In entrambi i casi, inoltre, non è inutile sottolineare che è riconosciuta la tutela della vecchiaia non altrimenti qualificata.

Certamente volendo dar corso a questa interpretazione si dovrebbero rivedere alcuni istituti oggi importanti: reintrodurre il divieto di cumulo tra prestazione e redditi – totale o parziale – che, comunque, è più coerente con il fondamento giuridico della prestazione pensionistica che è e resta basata sul principio di solidarietà; verificare l'adeguatezza delle prestazioni<sup>31</sup>; ridefinire il *range* di età pensionabile.

La diversa soluzione prospettata dalla legge del 2011<sup>32</sup> e le diverse proposte che vengono proposte da ultimo non sembrano tener conto né delle questioni relative all'invecchiamento attivo, né del patto intergenerazionale di solidarietà che, pesantemente condizionato con la salvaguardia delle aspettative voluta nelle riforme del 1992 e 1995, rischia di lacerarsi definitivamente con queste ultime determinazioni. La generazione del *baby boom*, infatti, è stata dapprima chiamata a pagare altissimi contributi per permettere alle generazioni passate di mantenere le proprie aspettative e adesso è chiamata a rinunciare all'aspettativa di un pensionamento decoroso per permettere alle generazioni future di avere aspettative. Senza tener conto che le future generazioni, non dovendo pagare le prestazioni calcolate con il metodo retributivo, dovrebbero avere un peso contributivo diverso e più leggero, visto che le pensioni contributive sono meno generose ed hanno comunque un tetto massimo di erogazione.

L'invecchiamento attivo diventa, in questa ottica, non solo un'opportunità per migliorare la qualità della vita nel senso prospettato dall'OMS, ma può essere una soluzione per rinsaldare il patto intergenerazionale. Naturalmente sul presupposto che si voglia rimanere all'interno del sistema di Stato sociale delineato dalla Costituzione attuale e declinato dalla legislazione dell'ultimo mezzo secolo<sup>33</sup>.

Rimane la necessità di vedere la questione nel suo complesso: la modifica del sistema pensionistico nel senso prospettato non è utile se contestual-

<sup>31</sup> SANDULLI, *L'adeguatezza delle prestazioni fra parametro retributivo e compatibilità economica*, in *RDSS*, 2015, p. 687 ss. Il problema, peraltro, è più generale: vd. RENGA, *La tutela sociale dei lavori*, Giappichelli, 2006.

<sup>32</sup> CINELLI, *La riforma delle pensioni del "governo tecnico". Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011*, in *RIDL*, 2012, I, p. 385 ss.; SANDULLI, *Il settore pensionistico tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *RDSS*, 2012, I.

<sup>33</sup> Vd. GALLINO, *L'attacco allo stato sociale*, Einaudi, 2013.

mente non si sviluppano politiche attive dell'occupazione per queste diverse fasce di lavoratori, non si propongono incentivi per la creazione di lavori adatti, non si prevedono finanziamenti adeguati per politiche sanitarie di prevenzione, non si immaginano contratti flessibili che consentano l'equilibrio tra le esigenze dei lavoratori vecchi e quelle dei datori di lavoro. Certamente non si creano occasioni di lavoro modificando il diritto del lavoro così come non si può restare giovani o diventare vecchi per decreto. E se la vecchiaia non avesse età?

### **Abstract**

Dopo aver messo in luce i diversi modi di intendere l'invecchiamento attivo, si esamina il problema della determinazione dell'età pensionabile come momento di impossibilità di proseguire un'attività lavorativa. Valutata la normativa attuale e i problemi che conseguono alla determinazione di una determinata età, si propone l'utilizzo di una determinazione flessibile dando conto dell'ininfluenza sul piano economico di una simile scelta legislativa.

After having highlighted the different approaches to active aging, the author examines the issue of determination of pensionable age as a time of impossibility to carry on working. Given the current legislation and the problems of determination of the pensionable age, the author proposes the use of a flexible pensionable age. The economical aspects of this choice are then analysed and its feasibility is finally assessed.

### **Key words**

Sicurezza sociale, invecchiamento attivo, età pensionabile, opzione, calcolo prestazione.

Social Security, Active aging, retirement age, option, benefit.

## Pasquale Passalacqua

### L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015

**Sommario:** **1.** Il nuovo modello di contratto collettivo “delegato” nel multiforme contesto della contrattazione collettiva di diritto comune. **2.** I profili interpretativi dell'art. 51. La doppia ipotesi nella formula utilizzata: *a)* i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. **3.** (*Segue*) *b)* i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali. **4.** (*Segue*) *c)* i contratti collettivi aziendali stipulati (...) dalla rappresentanza sindacale unitaria. **5.** Possibili conseguenze di sistema del nuovo modello: *a)* il raffronto con l'art. 8, d.l. 138/2011 e la sua sostanziale “evaporazione” per assorbimento nelle deleghe legali alla contrattazione collettiva “diffuse” nelle singole normative. **6.** (*Segue*) *b)* gli effetti attendibili sui contenuti della contrattazione collettiva.

#### *1. Il nuovo modello di contratto collettivo “delegato” nel multiforme contesto della contrattazione collettiva di diritto comune*

L'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, fissa il modello di contratto collettivo “delegato” da utilizzare nell'ambito dello stesso d.lgs. 81/2015, abilitando anche direttamente la contrattazione territoriale o aziendale al possibile ruolo di terminale diretto della legge.

La disposizione menzionata, rubricata “Norme di rinvio ai contratti collettivi”, così recita: “Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”.

Una precisazione preliminare s'impone. Come si può immediatamente notare, nella legge non vi è alcun riferimento alla “categoria”, nel senso che si parla *tout court* di contratti collettivi “nazionali, territoriali o aziendali”. La formula, apparentemente difettiva, a ben vedere, risulta, invece, più consona e coerente alla realtà invernata nel nostro sistema sindacale di fatto, privo come tale di una legge che, almeno nel settore privato, imponga e delimiti, appunto, i “livelli” della contrattazione collettiva, di permanente individuazione solo endosindacale.

Ne deriva che per contrattazione cd. di primo livello non si possa intendere solo la contrattazione di livello nazionale di categoria, ma anche quella di livello sempre nazionale, però, al contempo, di per sé aziendale, che, come il caso Fiat ci ha mostrato, può assumere le vesti di contrattazione collettiva di primo, ma anche di unico livello. Peraltro, il sistema attuale consente, inoltre, sia che quella contrattazione aziendale nazionale possa produrre, a sua volta, a valle, un proprio secondo livello di contrattazione sempre aziendale, ma di ambito territoriale delimitato, sia una contrattazione di primo e unico livello aziendale, riferita a una singola azienda, anche organizzata in una sola sede territorialmente individuata. I medesimi assetti, almeno su un piano ipotetico, possono delinarsi in relazione alla contrattazione territoriale.

Quindi, più che di apertura verso la contrattazione di secondo livello, pare più corretto doversi parlare dell'art. 51, d.lgs. 81/2015 alla stregua di uno strumento volto alla equiordinazione tra le varie manifestazioni “organizzativo-territoriali” della contrattazione collettiva, con il conseguente superamento, nell'ambito del rinvio legale all'autonomia collettiva, di ogni preferenza (sulla base di una sua implicita sovra-ordinazione) per l'“indefinita” (dalla legge) contrattazione collettiva di livello nazionale<sup>1</sup>.

Date le premesse, passiamo a notare che, sebbene formalmente predisposto nell'alveo del d.lgs. 81/2015 sul riordino delle tipologie contrattuali (“ai fini del presente decreto”), l'istituto pare assurgere a nuovo prototipo ge-

<sup>1</sup> Cfr. PERSIANI, *Osservazioni sulla revisione della dottrina del diritto sindacale*, in *ADL*, 2011, p. 8 ss., il quale, nella prospettiva di rimeditare il ruolo della contrattazione aziendale, sottolinea che “L'idea di una centralità del contratto collettivo nazionale non è propria dell'ordinamento sindacale repubblicano. Questo, infatti, è caratterizzato dal principio della libertà sindacale e, quindi, dall'esclusione, quando non si tratti del contratto collettivo con efficacia generale previsto dalle disposizioni costituzionali non ancora attuate, di una qualsiasi gerarchia tra gli atti di autonomia sindacale”.

nerale di rinvio legale alla contrattazione collettiva, giacché lo stesso legislatore del *Jobs Act* prontamente fa di nuovo riferimento ad esso nel successivo d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148, in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro<sup>2</sup>. Inoltre, anche al di fuori del *Jobs Act*, ancor più di recente il modello viene richiamato in tema di premi di produttività nella legge di stabilità per il 2016<sup>3</sup>, nonché nel progetto di legge sul cd. “lavoro agile”<sup>4</sup>.

La *ratio* di un tale intervento sembra risiedere nell'eventuale maggiore adeguatezza del contratto collettivo di secondo livello “a risolvere direttamente assetti e crisi aziendali senza essere obbligato a osservare modalità e procedure dettate dal contratto nazionale”<sup>5</sup>, in coerenza con una linea di sviluppo del sistema già emersa in occasione della nota vicenda Fiat<sup>6</sup> e poi emersa, in tutto il suo stridore sistemico, con il modello della contrattazione collettiva derogatoria “di prossimità” di cui all'art. 8, d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148<sup>7</sup>. Tale soluzione, come si è notato, appare rispettosa dell'autonomia collettiva, giacché lascia alle parti sociali, nelle peculiarità dei diversi contesti, la scelta del livello contrattuale nel quale declinare la delega legale<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Artt. 21, co. 5, e 41, co. 1, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 148.

<sup>3</sup> Art. 1, co. 187, l. 28 dicembre 2015 n. 208, per cui “Ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 182 a 191, le somme e i valori di cui ai commi 182 e 184 devono essere erogati in esecuzione dei contratti aziendali o territoriali di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81”.

<sup>4</sup> D.d.l. del 27 gennaio 2016, in cui, in merito al ruolo della contrattazione collettiva, si prevede che “I contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, possono introdurre ulteriori previsioni finalizzate ad agevolare i lavoratori o le imprese che intendono utilizzare la modalità di lavoro agile”.

<sup>5</sup> Così SANTORO PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*. IT - 290/2016, p. 22.

<sup>6</sup> V., dalle pagine di questa rivista, DE LUCA TAMAJO, *Riforme (im)possibili nel diritto sindacale*, in questa rivista, 2011, p. 3, favorevole a un superamento dell’“ideologia che vede la contrattazione aziendale come una mera appendice “delegata” della contrattazione nazionale”, e PERONE, *Guardare all'attuale crisi e al futuro del sindacato con equilibrio e lungimiranza*, in questa rivista, 2012, p. 19 ss., il quale (pp. 25 e 26) vedeva l'auspicato intervento legislativo posto “al servizio di una potestà derogatoria devoluta al livello aziendale dell'autonomia collettiva con forza sconosciuta in passato”, quale “presupposto per una canalizzazione, in chiave produttivistica, del conflitto medesimo”.

<sup>7</sup> Cfr. PIZZOFRERATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2015, p. 431 ss. Sulla contrattazione cd. “di prossimità”, v. *infra* nel testo, § 5, anche per i dovuti riferimenti.

<sup>8</sup> TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in MAGNANI, PANDOLFO,

Comunque, a ben vedere, la possibilità che il rinvio legale sia coniugato anche a livello di contrattazione territoriale o aziendale non rappresenta una novità, giacché è stata in passato prefigurata dal legislatore in molte occasioni, come, ad es., in materia di contratto di lavoro a tempo parziale<sup>9</sup>, di orario di lavoro<sup>10</sup>, di contratto di lavoro a termine<sup>11</sup>, nonché di somministrazione di lavoro<sup>12</sup>. Oggi, quindi, la novità risiede nel carattere generale della previsione, operante in mancanza di diversa espressa indicazione da parte della legge<sup>13</sup>, nonché nella formula innovativa utilizzata in relazione all'intervento della contrattazione aziendale.

Con queste precisazioni, il nuovo modello pone diversi interrogativi di ordine esegetico nonché di prospettiva sistemica, con notevoli implicazioni, sia in relazione al quadro legislativo vigente, sia sul piano delle regole sugli assetti della contrattazione collettiva poste dalle stesse parti sociali.

E invero, nell'attesa di conoscere l'esatta configurazione e, poi, la sorte degli ultimi disegni di legge in materia di rappresentatività sindacale – che potrebbero anche toccare l'ancor più spinoso tema della misurazione della rappresentatività dei datori di lavoro, neanche sfiorato sinora dal legislatore, nemmeno dall'art. 51, d.lgs. 81/2015 qui in esame, che si riferisce alle “associazioni sindacati”, nonché alle “loro” rsa –, il quadro attuale si rivela alquanto polimorfico.

Ci limitiamo soltanto a osservare, cioè, che, al momento, nel sistema italiano convivono ben quattro “modulazioni”, diremmo, del medesimo contratto collettivo di diritto comune, tutte da ritenere pienamente legittime e conformi all'ordinamento. Si tratta del contratto collettivo stipulato *inter volentes*, ex art. 39, co. 1, Cost., senza alcun filtro di rappresentatività; poi, incamminandoci nell'impervia strada lastricata da filtri sulla rappresentatività

VARESI (a cura di), *Il codice dei contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Giappichelli, 2016, p. 250.

<sup>9</sup> Art. 1, co. 3, d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61.

<sup>10</sup> Art. 1, co. 2, lett. m), nonché art. 17, co. 1, d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66.

<sup>11</sup> Art. 5, commi 4-bis e 4-quater, d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368.

<sup>12</sup> Art. 20, co. 5-quater, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

<sup>13</sup> Nello stesso d.lgs. 81/2015 non mancano casi in cui la legge rinvia alla sola contrattazione collettiva “selezionata” di livello nazionale, come in tema di accordi sulle collaborazioni continuative (art. 2, co. 2, lett. a), oppure, per alcuni aspetti, in tema di apprendistato (artt. 42, co. 5 e 44, co. 2, insieme agli accordi interconfederali e artt. 42, co. 8 e 44, co. 5), nonché in tema di lavoro accessorio (art. 49, co. 2).

degli agenti negoziali, del contratto “di prossimità”, stipulato ai sensi dell’art. 8, d.l. 138/2011; inoltre, del contratto collettivo stipulato ai sensi del t.u. del 2014; e, infine, del contratto collettivo che qui ci occupa, delegato dalla legge *ex art.* 51, d.lgs. 81/2015<sup>14</sup>. Il pluralismo sindacale che si traduce in un esteso pluralismo delle regole.

Ne deriva la necessità di calare la recente declinazione del modello del rinvio legale dettata dall’art. 51, d.lgs. 81/2015 in un tale contesto generale dove, come vedremo, se, *prima facie*, le descritte manifestazioni o forme della contrattazione collettiva sembrano scorrere parallele, a un’analisi più stringente non poche sono le relazioni, le sovrapposizioni o, anche, le interferenze che possono emergere.

E invero, un’ulteriore scontata, ma allo stesso tempo necessaria constatazione, attiene al fatto che le deleghe della legge possono di certo formare oggetto di appositi accordi sindacali ad esse specificatamente dedicati, come avviene di frequente per adeguare la contrattazione collettiva alle mutate regole legali, anche al di fuori della tempistica dei rinnovi contrattuali. Allo stesso tempo, tuttavia, accade anche qui normalmente che i contenuti contrattuali frutto di deleghe legali facciano parte di accordi di più vasta portata, che questi includono insieme ad altri, anche in sede di rinnovo complessivo del contratto. Ciò acquista rilievo ai fini della presente analisi, in quanto in questi casi le regole endosindacali sulla stipula dei contratti collettivi vengono a fondersi con quelle legali sulla contrattazione delegata dalla legge.

Ora, che la formula del rinvio legale al sindacato comparativamente più rappresentativo, pur considerata da Gino Giugni “escogitazione linguistica intelligente e feconda”<sup>15</sup>, rappresenti un modello non del tutto risolto, anche per il fatto di avere assunto un evidente e permanente ruolo di supplenza nella zona “sismica” della rappresentanza sindacale, in un quadro generale ancora privo di una legge organica sulla contrattazione collettiva, costituisce un dato, diremmo, scontato. Su queste basi, plausibili risultano anche le recenti obiezioni di chi ritiene che tale modello appaia ormai inadeguato, in particolare proprio in quanto divergente e non conforme al sistema delineato

<sup>14</sup> A questi si può poi, se si vuole, con i dovuti distinguo, giungere a cinque, considerando anche il contratto collettivo “normato” nell’ambito dell’impiego pubblico privatizzato, il quale, in ogni caso, esula dal raggio della presente analisi.

<sup>15</sup> GIUGNI, *Intervento*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Atti del XII Congresso Nazionale A.I.D.La.S.S. di diritto del lavoro, Milano, 23-25 maggio 1997, Giuffrè, 1998, p. 240.

dalle parti sociali sulla contrattazione collettiva nei recenti accordi interconfederali<sup>16</sup>.

Tuttavia, a nostro avviso, pur nella consapevolezza di muoversi nel campo dei raccordi legali tra eteronomia e autonomia con potestà derogatoria, caratterizzato da un “elevatissimo grado di complessità”<sup>17</sup>, pare possibile una lettura *construens* della nuova articolazione del modello del rinvio legale alla contrattazione collettiva.

A questi fini, elementi di tenuta del modello sembrano poter essere desumibili proprio dal suo riscontro con le regole poste dalle parti sociali attraverso il t.u. sulla rappresentanza del gennaio 2014, anche nel raffronto con il problematico modello della contrattazione collettiva “di prossimità” *ex art.* 8, d.l. 138/2011.

Calandoci allora nel quadro normativo attuale occorre osservare *in primis* che in ordine al raggio d’incidenza delle deleghe legislative alla contrattazione si è parlato diffusamente di un chiaro arretramento della regolamentazione di fonte collettiva nella stagione del cd. *Jobs Act*, sintomo di una ritenuta perdita di fiducia del legislatore nella mediazione collettiva, quale veicolo per implementare il dettato di fonte legale<sup>18</sup>.

A nostro avviso, invece, la situazione appare diversa, in quanto è facile notare che nei decreti legislativi attuativi del *Jobs Act* sia possibile tracciare una chiara linea di continuità con il passato quanto al ruolo espressamente attribuito dal legislatore alla contrattazione collettiva. Ne offre un riscontro evidente proprio il d.lgs. 81/2015, dedicato alle tipologie contrattuali, come noto terreno elettivo e storicamente primario di intervento della contratta-

<sup>16</sup> ZOPPOLI A., *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. Collective Volumes - 3/2014*, p. 36, per il quale “Insomma, delega e nuove regole seguono logiche diverse”. Nell’impossibilità di decifrarlo, considerava giunto al capolinea l’impiego del modello già ROCCELLA, *Le regole del gioco sindacale. Appunti per un dibattito*, in ANDREONI (a cura di), *Nuove regole per la rappresentanza sindacale*, Ediesse, 2010, pp. 255 e 258.

<sup>17</sup> Così ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 284/2015*, p. 19.

<sup>18</sup> Cfr. LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *QG*, 2015, 3, p. 47 ss.; MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *LD*, 2015, p. 34 ss., nonché SCARANO, *Legge e autonomia collettiva ai tempi del Jobs Act*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 96 ss.; RECCHIA, *Il ruolo dell’autonomia collettiva*, *ivi*, p. 117 ss.

zione collettiva “delegata”, dove possiamo ritrovare tutte le declinazioni del modello, già ampiamente utilizzate fino ad oggi<sup>19</sup>.

2. *I profili interpretativi dell'art. 51. La doppia ipotesi nella formula utilizzata:*  
 a) *i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*

Nel descritto contesto, vanno innanzitutto affrontate le questioni interpretative poste dalla nuova formula utilizzata dal legislatore sul piano esecutivo, da cui si evincono ricadute anche di sistema.

La disposizione prevede una doppia ipotesi; *in primis* per contratti collettivi si intendono: a) “i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

Qui, se la contrattazione nazionale, territoriale o aziendale viene posta sul medesimo piano quanto a capacità di integrare il precetto di fonte legale, al contempo l'indispensabile qualità della rappresentatività comparata viene declinata, come vedremo opportunamente<sup>20</sup>, solo a livello nazionale.

Ne deriva la necessità di analizzare le possibili relazioni tra questi due aspetti, nel confronto con gli approdi della dottrina sulla nozione e sulle evoluzioni del paradigma della rappresentatività comparata<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> In questa prospettiva, cfr., anche, PANDOLFO, *Flessibilità e contrattazione collettiva dopo il Jobs Act*, relazione al Convegno *Jobs Act: questioni di merito e di legittimità*, Roma, 9 febbraio 2015, datt., nonché TOMASSETTI, *Riordino delle tipologie contrattuali e contrattazione collettiva*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 342 ss. e FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2016.

<sup>20</sup> V. di seguito in questo paragrafo, nonché anche *infra*, § 5, per il confronto anche su tale aspetto tra questo modello e quello di cui all'art. 8, d.l. 138/2011.

<sup>21</sup> Esula dall'economia del presente contributo il sottoporre *funditus* a nuova analisi il modello del rinvio legale all'autonomia collettiva, sul quale, a partire dalla fine degli anni '70 del secolo scorso si è sviluppata una bibliografia sterminata, nella quale, cfr., da ultimi, FERRARO G., *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *RGL*, 2011, I, p. 742 ss.; GAROFALO M.G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo: qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, p. 531 ss.; GHERA, *Il contratto collettivo fonte nella dottrina*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, 2011, I, p. 295 ss.; LAMBERTUCCI, *Contratto collettivo, rappresentanza e rappresentatività sindacale: spunti per il dibattito*, in *DLRI*, 2009, p. 576 ss.; ROMEI, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavoristica: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *DLRI*, 2011, p. 195 ss.; SCARPONI, *I rinvii della legge alla contrattazione collettiva nel prisma del pluralismo sindacale*, in BARBERA, PERULLI (a cura di),

Allo stesso tempo l'analisi, tesa anche a verificare l'attuale tenuta del modello, non può prescindere dai recenti sviluppi delle relazioni sindacali, che inducono, a nostro avviso, a un necessario raffronto anche con le regole sulla contrattazione collettiva ora delineate nel t.u. sulla rappresentanza del 2014.

Descritto il piano di indagine, per quanto attiene ai contratti collettivi nazionali, il livello di accertamento della rappresentatività comparata richiesta agli agenti negoziali viene a coincidere, declinandosi anch'essa a livello, appunto, nazionale.

Peraltro, la coincidenza pare potersi spingere più in là, in relazione alle caratteristiche dei soggetti stipulanti, come delineate dal t.u. sulla rappresentanza del 2014.

Si può infatti ritenere, come già proposto in dottrina, che i requisiti di rappresentatività sindacale richiesti dal t.u. per l'ammissione alla contrattazione collettiva nazionale (il 5% di media tra dato associativo e dato elettorale)<sup>22</sup>, o il dato solo associativo se non vi siano rsu<sup>23</sup>, possano valere, al contempo, a individuare i sindacati ascrivibili a quelli comparativamente più rappresentativi e, attraverso questi, il contratto collettivo abilitato a integrare il precetto legale, se siglato dalle organizzazioni sindacali che, nel loro complesso, rappresentino almeno il 50% +1 della rappresentanza<sup>24</sup>.

*Consenso, Dissenso e rappresentanza: le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, p. 3 ss.; TURSI, "Codice dei contratti" e autonomia collettiva, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *op. cit.* p. 324 ss.; TULLINI, *Legge e legislazione lavoristica*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2010, p. 476 ss.; ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, *ivi*, p. 493 ss.

<sup>22</sup> V. t.u. sulla rappresentanza del gennaio 2014, Parte terza: Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale.

<sup>23</sup> Invero, sul punto il Protocollo del maggio 2013 ha l'accortezza di precisare che «Laddove siano presenti RSA, ovvero non vi sia alcuna forma di rappresentanza, sarà rilevato il solo dato degli iscritti (deleghe certificate) per ogni singola organizzazione sindacale» (*Misurazione della rappresentatività*, punto 3, ultimo periodo).

<sup>24</sup> Cfr., sul punto, si consenta, PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *DRI*, 2014, p. 387 ss., e, in analogia prospettiva, ma in un contesto più ampio di analisi, cfr. BELLAVISTA, *Il sindacato confederale: un centauro del terzo millennio*, in *WP C.S.L.D.E. "Massimo D'Antona".IT - 208/2014*, p. 8; FERRARO G., *Sul rinnovato "sistema" di relazioni industriali*, in *ADL*, 2014, p. 562; LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale e gli assetti della contrattazione collettiva dopo il testo unico sulla rappresentanza del 2014: spunti di riflessione*, in *RIDL*, 2014, I, p. 241; SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *DRI*, 2014, p. 698.

Il punto merita di essere sviluppato, per rispondere ancora una volta a plausibili obiezioni, mosse dalla constatazione che il t.u. non disponga espressamente l'applicazione dei suddetti criteri anche al fine di selezionare i soggetti sindacali comparativamente più rappresentativi stipulanti il contratto collettivo atto a integrare il precetto legale.

Va intanto considerato che anche in ordine alla precedente formula del rinvio al contratto collettivo stipulato dai sindacati (solo) maggiormente rappresentativi, non vi fossero indicazioni da parte del legislatore sui criteri di selezione. Eppure la giurisprudenza, dietro indicazioni della dottrina, enucleò i noti "indici" della consistenza numerica, dell'equilibrata presenza in un ampio arco di settori produttivi, della diffusione su tutto il territorio nazionale e dello svolgimento di un'attività di contrattazione e, in genere, di autotutela, con caratteri di continuità e di sistematicità, che diedero "corpo" al modello, contribuendo a definirne i confini<sup>25</sup>.

Allo stesso modo, si tratta, ora, di ricercare indicazioni utili al fine di decifrare il criterio della rappresentatività comparata, in mancanza di criteri dettati dal legislatore.

Pertanto, se gli indici della maggiore rappresentatività erano frutto di elaborazione dottrinale e poi hanno trovato applicazione da parte della giurisprudenza, il consenso espresso dalle "maggiori" parti sociali sulla definizione di tali indici a fini contrattuali, prima nel Protocollo del 31 maggio 2013 e, poi, nel t.u. del gennaio 2014, ben può valere, a nostro avviso, a fornire alla stessa giurisprudenza quei criteri numerici, da ritenere, anzi, "maggiormente" rispettosi dell'autonomia collettiva, proprio perché non eteroprodotti, ma autodefiniti. Si può, quindi, giungere a ritenerli utilizzabili anche laddove nella formula declinata dall'art. 51 d.lgs. 81/2015 non vi sia espresso riferimento, come già notato, alla "categoria" (ovvero, come indicato nel t.u. del 2014, all'"ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro"), che si può ritenere, pur con qualche forzatura, implicitamente richiamata in via di interpretazione dell'indice di rappresentatività.

I criteri fissati dal t.u. del 2014 si prestano, peraltro, a un tale fine, in quanto sposano quella logica maggioritaria, da potersi ritenere implicita nel criterio della rappresentatività comparata<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Sul punto cfr., da ultimo, BALLESTRERO, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2014, p. 122 ss.

<sup>26</sup> Cfr. spunti in tal senso anche in LISO, *Brevi note sul Protocollo Confindustria, CGIL, CISL e UIL del maggio 2013*, in *RGL*, 2013, I, p. 848, il quale osserva che a seguito del Protocollo del 2013 "è difficilmente sostenibile che gli spazi di regolazione aperti dalla legge al contratto col-

Inoltre, occorre considerare, a nostro avviso, che a livello sistemico l'equilibrio ragionevole si tiene sul presupposto per cui la legge, laddove individui determinati soggetti sindacali, o, *rectius*, determinati contratti collettivi abilitati a integrare il precetto legale, debba porre requisiti di rappresentatività, se non rafforzati o aggravati, almeno non meno stringenti rispetto a quanto richiesto, seppur in base ad accordi endosindacali, per stipulare i “comuni” contratti collettivi. Pena, in caso contrario, il dissolvimento della propria *ratio* selettiva, funzionale all'interesse da qualificare come meta-collettivo o meta-professionale<sup>27</sup>, ovvero anche come pubblico<sup>28</sup>, sotteso alle ipotesi di delega legale alla contrattazione collettiva, che viene ad assumere funzioni paralingislativa<sup>29</sup>. Ciò, beninteso, avviene sempre nel prisma della libertà sindacale garantita e diremmo “imposta” dall'art. 39 Cost., sicché l'interesse pubblico si realizza, appunto, attraverso i suddetti criteri selettivi, senza giungere a imporre alcun “vincolo di scopo” ai prodotti sempre liberi della contrattazione collettiva<sup>30</sup>.

Su tali basi è possibile, dunque, precisare, come già notato<sup>31</sup>, che con riguardo all'esaminato criterio della rappresentatività comparata, quei dati possono e, nella nostra lettura, debbano essere estesi anche ai soggetti sindacali

lettivo possano essere validamente occupati da contratti che non siano maggioritari”; PROIA, *Protocollo di intesa e efficacia*, in CARINCI F. (a cura di), *Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013*, Adapt University press, 2014, e-book series, n. 20, p. 80; inoltre, in riferimento all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, già SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT - 127/2011, p. 10.

<sup>27</sup> Cfr. PROSPERETTI, *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, F. Angeli, 1989, pp. 116 e 117, per il quale “il rinvio della legge alla contrattazione collettiva viene ad essere pur sempre un rinvio operato nella sfera di competenza della fonte rinviante, la legge, sicché questo può configurarsi solo per la tutela di un interesse generale” ovvero “meta-professionale”.

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, D'ANTONA, *Diritto sindacale in trasformazione*, in D'ANTONA (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene, 1990, pp. XXXVII e XXXVIII; NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle Giornate di studio A.I.D.La.S.S., Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, 2002, p. 487.

<sup>29</sup> Cfr. anche GRANDI, *Normatività privata e contratto collettivo*, in *Il sistema delle fonti*, cit., p. 217 ss.

<sup>30</sup> Cfr., per tutti, GAROFALO M.G., *op cit.*, p. 533, per il quale “I soggetti legittimati stipulano il contratto collettivo alla luce ciascuno di un proprio interesse e non alla luce di un interesse pubblico, anche se il legislatore – nel consentire che lo standard legale sia derogato od integrato dal contratto collettivo stipulato da quei soggetti sindacali e non da altri – assume che in questo modo sarà soddisfatto anche l'interesse pubblico”.

<sup>31</sup> PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 389.

non firmatari o non aderenti al t.u., giacché i criteri del t.u. vanno qui considerati alla stregua di parametri generali, non circoscritti al naturale ambito di operatività dell'accordo contrattuale, come tale con efficacia limitata ai soggetti stipulanti o a quelli che allo stesso aderiscano successivamente<sup>32</sup>.

In questa prospettiva di lettura, il fatto che, da un lato, le previsioni del t.u. non siano state ancora integralmente recepite in tutti i settori, nonché, dall'altro, che la sua vincolatività sul piano "obbligatorio" valga per le sole confederazioni firmatarie<sup>33</sup>, non rappresenta un ostacolo, ma, al contrario, aiuta. Invero, se i filtri selettivi ivi prefigurati non risultano di applicazione generalizzata, ciò vale a poter ritenere che si tratti, appunto, di filtri non generali, ma, nei fatti, dei filtri "massimi" oggi comunque presenti, tanto da poter con "maggior" plausibilità essere trasposti sul piano dell'accertamento della rappresentatività comparata, prima dei soggetti sindacali e, poi, dei contratti collettivi "delegati" validamente sottoscritti, per i quali, come abbiamo notato, devono imporsi filtri "aggravati" rispetto alla contrattazione collettiva "spontanea", ovvero non oggetto di rinvio da parte della legge.

Affrontata la questione in relazione alla contrattazione collettiva nazionale, osserviamo a questo punto che anche per integrare la delega legale a livello territoriale restino abilitati i soggetti sindacali dotati della rappresentatività comparata a livello nazionale (e, di conseguenza, i contratti collettivi stipulati dalla loro maggioranza), secondo il dettato dell'art. 51 d.lgs. 81/2015. Peraltro, nessuna ulteriore indicazione può trarsi dal t.u., che di contrattazione di secondo livello territoriale non fa menzione, anche perché di scarso rilievo nel settore industriale<sup>34</sup>.

Passando, a questo punto, alla contrattazione collettiva aziendale, nella prima declinazione del modello sviluppato nell'art. 51, d.lgs. 81/2015, volto a consentire la stipula del contratto aziendale delegato da parte della compagine di sindacati esterni all'azienda, vale a dire i contratti collettivi aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul

<sup>32</sup> Cfr., di recente, in giurisprudenza, Trib. Torino 3 novembre 2015 *Associazione lavoratori pinerolesi c. TEKFOR S.p.A.*

<sup>33</sup> Cfr. PROIA, *Protocollo di intesa e efficacia*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. II, Cacucci, 2015, p. 799 ss.

<sup>34</sup> Cfr. DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, 2014, p. 684. Per una recente analisi delle peculiarità e degli spazi occupati dalla contrattazione collettiva di livello territoriale, v. CATAUDELLA M.C., *La contrattazione collettiva territoriale decentrata*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale*, cit., p. 671 ss.

piano nazionale, non si registra alcuna interferenza possibile con le regole fissate nel t.u., in quanto il criterio selettivo della rappresentatività comparata si declina anche in questo caso in relazione al piano nazionale.

Accumunate allora, in ordine a tale aspetto, le due ipotesi della contrattazione delegata di livello territoriale o aziendale, pare esservi spazio per replicare alle comprensibili obiezioni palesate sul punto, attinenti all'eventualità che sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale posseggano, invece, una rappresentatività periferica nel territorio o nell'azienda evanescente<sup>35</sup>.

Occorre, intanto, partire dalla considerazione per la quale, di fronte alla difficoltà, già stigmatizzata in passato, di declinare un criterio (quello della rappresentatività comparata) a un livello di difficile determinazione, come quello territoriale<sup>36</sup>, sia comunque preferibile restare al suo riferimento nazionale.

In ogni caso, lo si deve ribadire, si consente l'integrazione della regola legale, non a singole sigle sindacali, ma a compagini qualificate di questi, giacché, nella ricostruzione qui seguita, come sopra ricordato, per la validità del contratto si richiede la non poco impegnativa maggioranza tra tutti i sindacati "abilitati".

In una tale prospettiva, risulta superabile, dunque, l'obiezione mossa in ordine alla possibilità che un contratto collettivo stipulato da una sola sigla sindacale, per quanto comparativamente più rappresentativa a livello nazionale, possa derogare alla legge, anche nel caso questa non avesse alcun iscritto nell'azienda o, comunque, rappresentasse una percentuale minima dei lavoratori di quel territorio o di quell'azienda<sup>37</sup>. Quel contratto, infatti, nella nostra lettura, sarebbe abilitato a integrare validamente la delega legale, soltanto nel caso – assai raro – in cui quella sigla sindacale, carente di seguito a livello territoriale o aziendale, avesse, invece, "da sola" il 50% più uno di rappresentatività a livello nazionale come declinata dal t.u.

Assumendo, quindi, per individuare il contratto collettivo abilitato a integrare la delega legale, quella regola della maggioranza dei soggetti sindacali stipulanti (50% più uno), riferita all'ambito nazionale di categoria, desumibile

<sup>35</sup> Cfr. FONTANA G., *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 276/2015*, p. 34; ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act)*, cit., p. 18.

<sup>36</sup> V. *infra*, § 5.

<sup>37</sup> Cfr. così ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act)*, cit., p. 18.

dal t.u., ben difficilmente nell'ambito di un determinato territorio o di un'azienda, quelle sigle sindacali avrebbero, insieme considerate, quella paventata rappresentatività solo evanescente.

Peraltro, anche rispetto a ipotesi di scarsa rappresentatività di quei soggetti in quelle determinate realtà aziendali, possiamo osservare che, a ben vedere, nel modello del rinvio legale la legge delega un potere di integrazione a se stessa, anche derogatorio, a soggetti considerati affidabili prima di tutto sul piano nazionale, presupponendo, come già notato, una funzione di gestione del mercato del lavoro complessiva, una sorta di *munus* pubblico delegato dalla legge, da poter esercitare anche rispetto a realtà dove sia debole la presenza sindacale o, addirittura, manchi. Quindi, anche in questi residui possibili casi, il criterio mantiene una sua razionalità, un suo *ubi consistam*.

3. (Segue) *b) i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali*

Da maggiore complessità, anche primariamente esegetica, appare connotata la seconda ipotesi delineata dall'art. 51, d.lgs. 81/2015, a mente della quale, con formula questa volta del tutto nuova, per contratti collettivi si intendono anche: *b) "i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria"*.

Si tratta di un modello alternativo in relazione alla sola contrattazione di livello aziendale di cui va verificato, innanzitutto, il rapporto con la prima ipotesi. Invero, in quel caso si fa riferimento ai contratti collettivi aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, mentre qui i contratti aziendali considerati sono quelli stipulati, in prima battuta, dalle "loro" rsa.

Occorre subito precisare che il riferimento espresso dalla legge *tout court* alle "loro" rsa, ripreso dalla formula sul punto in parte analoga dettata dall'art. 8, d.l. 138/2011<sup>38</sup>, risulti, ancor più che in quel caso, per certi versi improprio.

<sup>38</sup> Nell'art. 8, co. 1, d.l. 138/2011 si fa, a quei fini, riferimento a "I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda". Quella disposizione, tuttavia, prosegue precisando "ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti (...)", che nella formula dell'art. 51 d.lgs. 81/2015 manca.

Invero, come si è notato in relazione a quella ipotesi<sup>39</sup>, le associazioni comparativamente più rappresentative non possono, solo in quanto tali, essere chiamate dai lavoratori a costituire “loro” rappresentanze sindacali aziendali, giacché tale possibilità resta riservata, *ex art.* 19, lett. b, l. 20 maggio 1970 n. 300, alle associazioni già firmatarie di contratti collettivi applicati nelle unità produttive di riferimento.

Tuttavia, se questo è vero sul piano letterale, a ben vedere, se si segue l’interpretazione qui proposta, per cui i criteri di identificazione dei soggetti sindacali comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale sono mutuabili da quelli dettati dal t.u. del 2014 per i sindacati ammessi alla contrattazione collettiva nazionale, allora, sul piano sostanziale, si può assistere a una parziale convergenza tra “loro” rsa e rsa costituite, ai sensi di quanto disposto dall’art. 19 St. lav., nell’ambito delle compagini sindacali individuate a tal fine dallo stesso t.u.

Invero, ai sensi (dell’art. 19 St. lav. e poi) del t.u. i soggetti sindacali legittimati, dietro iniziativa dei lavoratori, a costituire rsa sono quelli che hanno siglato il contratto collettivo applicato nell’azienda o, quantomeno, siano stati partecipanti alle trattative, in virtù della sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013<sup>40</sup>, sempre selezionati attraverso il criterio del 5% di accertata rappresentatività (su base associativa)<sup>41</sup>.

E allora, seguendo una tale lettura, in un percorso “deduttivo”, le rsa presenti in azienda risultano essere sempre “loro” rsa, in quanto in ogni caso costituite da soggetti sindacali comparativamente più rappresentativi.

Resta, allora, in via, invece, “induttiva”, da vagliare il percorso inverso, concernente la possibilità che un sindacato considerato *solo* comparativamente più rappresentativo possa coincidere con quello che in azienda è stato chiamato dai lavoratori a costituire la rsa.

<sup>39</sup> Cfr. CARINCI F, *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del “nostro diritto sindacale*, in *DLRI*, 2013, p. 676.

<sup>40</sup> In *FI*, 2013, 12, c. 3368.

<sup>41</sup> Il t.u. del gennaio 2014 prevede che “(...) si intendono partecipanti alla negoziazione le organizzazioni che abbiano raggiunto il 5% di rappresentanza, secondo i criteri concordati nel presente accordo, e che abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l’ultimo rinnovo del c.c.n.l. definito secondo le regole del presente accordo”. Tale precisazione del t.u. è definita restrittiva rispetto alle indicazioni della C. Cost. da BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 148; parla di intervento inappropriato e ambiguo LISO, *Libertà sindacale, rappresentanza e conflitto nel “trittico” degli accordi*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. I, cit., p. 551, nota 39; di diverso avviso LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale*, cit., p. 249 ss.

In questo caso, ai sensi dell'art. 19 St. lav., l'elemento di differenziazione è dato non da diverse "qualità" del soggetto sindacale, ma dal fatto che questo abbia in precedenza già siglato un contratto collettivo applicato in azienda o abbia partecipato attivamente alle relative trattative. Il dato è di certo rilevante, ma in pratica, escluso il caso del primo contratto collettivo applicato nell'azienda, quando si sia successivamente innescato il meccanismo dei rinnovi contrattuali quel sindacato comparativamente più rappresentativo, avendo poi avuto la possibilità di partecipare alla contrattazione collettiva applicata in azienda, viene, normalmente, a coincidere con il sindacato legittimato a costituire la rsa.

Rimarcate le suddette possibili coincidenze, la prima declinazione dell'ipotesi delineata dall'art. 51, lett. b), d.lgs. 81/2015 richiede un ulteriore approfondimento in relazione a quale grado di rappresentatività le rsa debbano esprimere per soddisfare i requisiti di legge, al fine di poter stipulare il contratto collettivo "delegato".

Invero, non sembra sufficiente che i rispettivi "relativi" sindacati esterni rappresentino insieme la maggioranza tra i sindacati al fine della valida stipula del contratto collettivo "delegato" (50% + 1), come proposto, invece, in relazione alla prima ipotesi delineata dall'art. 51, lett. a), d.lgs. 81/2015, quella del rinvio legale realizzato attraverso la contrattazione nazionale, dove il livello di misurazione del grado di rappresentatività necessariamente viene a coincidere con il livello della contrattazione (nazionale-nazionale)<sup>42</sup>.

Infatti, in questo caso, potrebbe non esservi, invece, coincidenza tra il grado di rappresentatività espresso dai "relativi" sindacati e quello espresso in azienda dalle "loro" rsa, in ipotesi ivi minoritarie<sup>43</sup>.

A questo punto, a nostro avviso, la proposta è quella di declinare la regola della maggioranza, desumendola dalle disposizioni relative alle rsa fissate sempre dal t.u. sulla rappresentanza del 2014, il quale, in relazione alla validazione del contratto collettivo di livello aziendale, in caso di presenza di sole rsa, fa

<sup>42</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>43</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act)*, cit., p. 18, il quale, comprensibilmente, palesa il rischio che si possa "derogare a vincoli legali anche stipulando un accordo aziendale con una Rsa del tutto minoritaria", ciò che, nel pensiero dell'autore potrebbe condurre (p. 22) a ritenere l'art. 51, d.lgs. 81/2015, affetto da una grave violazione dell'art. 39 Cost., e, pertanto, incostituzionale; nella medesima prospettiva cfr. GARGIULO, *L'azienda come luogo "preferenziale" delle relazioni sindacali. Prime considerazioni sulla recente legislazione di riforma del diritto del lavoro*, § 3, *datt.*, in corso di pubblicazione.

riferimento al necessario possesso da parte di queste, singolarmente o insieme ad altre, della “maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell’azienda nell’anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione, rilevati e comunicati ai sensi della presente intesa”<sup>44</sup>. Al contempo, non appare necessitata l’applicazione dell’istituto ivi previsto del *referendum*, funzionale a validazioni degli accordi da parte dei singoli lavoratori, che potremmo ritenere superfluo, anzi eccentrico, in caso di ipotesi regolative delegate direttamente dalla legge, che già di per sé esprimono *ab origine* interessi anche superindividuali<sup>45</sup>.

Tale verifica del possesso della rappresentatività comparata anche a livello di rsa costituite in azienda vale a rafforzare quello, comunque ritenuto necessario, del 50% + 1 di rappresentatività a livello nazionale. Il suo utilizzo consente, dunque, di evitare la possibilità di una delega legale legittimamente espressa e declinata da un contratto collettivo aziendale che, invece, in quanto tale, non potrebbe essere “validato” dalle relative rsa, le quali nel loro insieme non risultino maggioritarie nell’azienda.

Si tratterebbe di un risultato perverso e non sostenibile, giacché, come abbiamo già notato in precedenza<sup>46</sup>, i criteri atti a identificare i contratti collettivi stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi non possono risultare meno selettivi di quelli richiesti per stipulare i “comuni” contratti collettivi, pena, in caso contrario, il dissolvimento della *ratio* selettiva della formula, funzionale all’interesse sotteso alle ipotesi di delega legale alla contrattazione collettiva.

<sup>44</sup> Cfr. BAVARO, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. I, cit., p. 94 ss., il quale parla a riguardo di principio maggioritario “deliberativo”, rispetto al principio maggioritario “funzionale” riferito ai sindacati che siglano l’accordo collettivo. L’autore tende a valorizzare l’aspetto deliberativo, giacché nella sua ricostruzione (p. 96) “l’efficacia del contratto deriva dalla maggiore rappresentatività dei soggetti, mentre l’esigibilità deriva dalla procedura deliberativa maggioritaria”.

<sup>45</sup> Cfr. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 390, dove si osserva, inoltre, che in questo caso la fase discendente dalla legge alla contrattazione collettiva si arresta ad essa, non abilitata a delegare a livello individuale la propria efficacia (*delegata potestas delegari non potest*).

<sup>46</sup> V. *supra*, § 2.

4. (Segue) c) *i contratti collettivi aziendali stipulati (...) dalla rappresentanza sindacale unitaria*

Indagata la prima declinazione della seconda ipotesi, peculiare attenzione, richiede, altresì, anche l'altra sua variante, quella che affida l'integrazione della regola legale direttamente ai contratti collettivi stipulati a livello aziendale dalla rappresentanza sindacale unitaria<sup>47</sup>, per la cui composizione elettiva occorre far riferimento ora sempre al dettato del t.u. del gennaio 2014.

Occorre, pertanto, considerare che per l'elezione della rsu l'accordo prevede possano presentare liste non solo le organizzazioni sindacali firmatarie del medesimo t.u. o del ccnl applicato in azienda, ma anche associazioni sindacali, la cui lista "sia corredata da un numero di firme di lavoratori dipendenti dall'unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle aziende con oltre 60 dipendenti. Nelle aziende di dimensione compresa fra 16 e 59 dipendenti la lista dovrà essere corredata da almeno tre firme di lavoratori"<sup>48</sup>.

L'interesse, dunque, è riposto qui nel fatto che la legge considera la stessa composizione elettiva della rsu garanzia della presenza al suo interno delle sigle sindacali comparativamente più rappresentative, anche se questo, a ben vedere, non risulta affatto scontato, in quanto la rappresentatività comparata del sindacato di riferimento dei soggetti eletti resta, ai sensi del dettato dell'art. 51, d.lgs. 81/2015, da apprezzare sempre a livello nazionale<sup>49</sup>.

Pare trattarsi, allora, di una peculiare modulazione del criterio della rappresentatività comparata, qui declinata implicitamente non a livello nazionale, ma a livello aziendale, attraverso il recepimento del risultato elettorale che ha dato vita alla rsu in azienda. La peculiarità, inoltre, si apprezza anche in quanto non è possibile, né necessario, attribuire alcuna rilevanza, da un lato, al dato delle deleghe individuali dei lavoratori alle sigle sindacali, e dall'altro, al fatto che non risulta necessario, come nelle altre ipotesi, selezionare prima i soggetti sindacali e, poi, il contratto collettivo da quelli siglato, abilitato a integrare va-

<sup>47</sup> L'art. 51, d.lgs. 81/2015 fa qui riferimento ai "contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria", laddove l'*ovvero* assume evidentemente significato propriamente disgiuntivo-alternativo e non, invece, esplicativo, come spesso avviene nel lessico giuridico.

<sup>48</sup> Parte seconda, sezione terza, punto 4), t.u. del 2014.

<sup>49</sup> Cf. CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentatività sindacale (dal titolo III Stat. lav. al TU sulla rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*. Commento a cura di Franco Carinci, Adapt University press, 2014, e-book series, n. 26, pp. XLII e XLIII.

lidamente la delega legale. In questo caso, infatti, il criterio di maggioranza viene a realizzarsi direttamente attraverso la stipula di quel determinato contratto collettivo aziendale integrativo della legge da parte della rsu (ovvero, si deve intendere, della maggioranza dei suoi componenti), come tale espressione diretta della maggioranza dei sindacati in azienda.

Una volta fatta luce sugli attori presenti in questo scenario sul piano della contrattazione collettiva aziendale, dobbiamo, inoltre, rilevare che si possano creare interferenze “circolari” tra le due ipotesi delineate dall’art. 51, d.lgs. 81/2015, una volta messe a raffronto.

Invero, in base agli accordi interconfederali vigenti, i contratti collettivi aziendali vedono tra i possibili sottoscrittori anche i sindacati esterni all’azienda. Sul punto il t.u. (parte terza) dispone che: “La contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge”. La presenza del sindacato esterno diviene, invece, necessaria nel caso di contrattazione derogatoria per gestire situazioni di crisi o per finalità di rilancio economico e occupazionale dell’impresa, nell’attesa che i ccnl ridefiniscano gli spazi riconosciuti alla contrattazione di secondo livello<sup>50</sup>.

In ogni caso, la “validazione” dei contratti collettivi aziendali passa sempre attraverso il consenso espresso in sede aziendale dalla maggioranza dei componenti della rsu o dalla maggioranza delle rsa, la cui partecipazione sembra dunque “necessitata”, se non sul piano della validità “di diritto civile” del contratto collettivo stipulato, quantomeno sul piano della conformità alle regole prodotte dalle parti sociali.

Da ciò pare derivare una possibile sovrapposizione tra le due ipotesi, nel senso che laddove si rispetti il dettato del t.u. sulla rappresentanza del 2014, i contratti collettivi aziendali menzionati nel primo caso dall’art. 51, d.lgs. 81/2015<sup>51</sup> vengono a essere *comunque* quelli siglati, ovvero validati *anche* dalle rsa o rsu, mentre, al contempo e in via parzialmente speculare, quelli menzionati nella seconda ipotesi<sup>52</sup> potrebbero risultare siglati anche dai sin-

<sup>50</sup> Cfr. LAMBERTUCCI, *La rappresentanza sindacale*, cit., p. 266 ss., il quale segnala che i più recenti rinnovi contrattuali si sono orientati nel senso della legittimazione congiunta alla contrattazione aziendale, con inclusione delle organizzazioni sindacali territoriali.

<sup>51</sup> Cioè, lo si ricorda, i contratti collettivi aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

<sup>52</sup> Cioè, ancora, i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

dacati esterni firmatari dei ccnl<sup>53</sup>, e, dunque, nel rispetto dei requisiti del t.u. (media 5% e 50% + 1), come tali dotati di rappresentatività comparata.

5. *Possibili conseguenze di sistema del nuovo modello: a) il raffronto con l'art. 8, d.l. 138/2011 e la sua sostanziale "evaporazione" per assorbimento nelle deleghe legali alla contrattazione collettiva "diffuse" nelle singole normative*

Se la nuova formula utilizzata dal legislatore appare avere le carte in regola per assicurare a nuovo modello generale in tema di rinvio legale alla contrattazione collettiva, si impone a questo punto un suo complessivo raffronto con il contestato modello delineato dall'art. 8, d.l. 138/2011, sugli accordi "di prossimità" in deroga<sup>54</sup>, che aveva, in maniera forse meno evidente, la medesima ambizione, poi risultata sensibilmente ridotta alla prova dei fatti, tanto, come si è detto in dottrina, da finire "in un singolare cono d'ombra"<sup>55</sup>.

Volendo, in questa sede, esaltare le differenze tra i due modelli, innanzitutto opportuna appare la mancata riproposizione, nella formula dettata dall'art. 51, d.lgs. 81/2015, della rappresentatività degli attori negoziali apprezzabile anche a livello territoriale<sup>56</sup>, non nuova per la verità, in quanto

<sup>53</sup> Cfr. BELLOCCHI, *Divisione e unità sindacale nel Testo Unico sulla rappresentanza: le regole per la contrattazione*, in *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, cit., p. 191, la quale osserva come sia "rimesso all'interesse contrattuale dei sindacati di categoria reintrodurre, in sede di CCNL, clausole di co-titolarità in funzione di controllo sull'esercizio del mandato negoziale, da più parti auspiccate specie per le deroghe *in peius*, con decisioni che verosimilmente dipenderanno anche dall'ampiezza dei demandi al secondo livello e dalla necessità di un più o meno stringente coordinamento con la politica extra-aziendale".

<sup>54</sup> Sul tema la letteratura può già dirsi sconfinata, v., da ultimi, CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Giuffrè, 2012; DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *DLRI*, 2013, p. 726 ss.; LASSANDARI, *Il contratto aziendale*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2014, spec. pp. 761 ss. e 786 ss.; MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, 2013, spec. p. 81 ss.; PERULLI, *La contrattazione collettiva "di prossimità": teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, 2013, I, p. 919 ss.; ROMEO, *Il processo di "aziendalizzazione" della contrattazione collettiva: tra prossimità e crisi di rappresentatività sindacale*, in *ADL*, 2014, p. 857 ss.; ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità?*, in questa rivista, 2013, p. 77 ss.

<sup>55</sup> DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2015, VII Ed., p. 92.

<sup>56</sup> L'art. 8, co. I, d.l. 138/2011, individua ai propri fini "I contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più

già così declinata dal legislatore in passato nell'alveo del d.lgs. 276/2003, in relazione alla regolamentazione di determinati istituti da parte della contrattazione collettiva delegata<sup>57</sup>.

E invero, mentre il livello nazionale ha in sé una sua connotazione “ontologica”, dato il necessario riferimento all'intero territorio nazionale, quello territoriale ne risulta privo, mancando peraltro, come già notato, di sicuri riferimenti in merito anche negli Accordi interconfederali dedicati alla regole pattizie sulla contrattazione collettiva. Ne deriva una sua “ontologica” indeterminatazza<sup>58</sup>, che rende il riferimento anodino e vacuo, fino alla sua difficile utilizzabilità in chiave selettiva<sup>59</sup>.

Inoltre, il contratto “di prossimità” è sottoposto a vari limiti, di perdurante incerta definizione e valenza. Si tratta dei vincoli “di scopo” delle intese derogatorie ivi determinate<sup>60</sup>, del limite delle materie, i cui confini a volte

rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda (...).”

<sup>57</sup> Cfr. CARINCI F., *Una svolta ideologica e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da CARINCI F., vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE M. e RICCI M., Ipsoa, 2004, p. XXIX ss.; BELLARDI, *La struttura della contrattazione collettiva e il d.lgs. n. 276 del 2003*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, I, p. 339 ss.; TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 137 ss.; nonché, si consenta, PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro*, Giappichelli, 2005, p. 89 ss.

<sup>58</sup> Cfr., per rilievi del genere, già con riguardo alle norme del d.lgs. n. 276 del 2003 che declinavano il criterio selettivo della rappresentatività comparata anche a livello territoriale, BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *RGL*, 2004, I, p. 193 ss.; CARINCI F., *Una svolta ideologica*, cit., p. LXVIII; PASSALACQUA, *Autonomia collettiva*, cit., *ibidem*.

<sup>59</sup> Cfr., più di recente, TREU, *L'accordo 28 giugno 2011 e oltre*, in *DRI*, 2011, p. 636, il quale sul punto osserva come “questa rappresentatività può essere espressione di ambiti territoriali variabili, anche molto circoscritti (provincia, comune, oppure ambiti più ristretti), senza nessun ancoraggio a dimensioni significative alla stregua di parametri riconoscibili e accettati”. Esprimono perplessità sul riferimento al territorio anche, *ex plurimis*, ALES, *Dal “caso FIAT” al “caso Italia”. Il diritto del lavoro “di prossimità”, le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *DRI*, 2011, p. 1080; GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* – 139/2012, pp. 6 e 7; LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso Nazionale A.I.D.La.S.S. di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013, p. 38 ss.; PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* – 132/2011, p. 33; SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in *RIDL*, 2012, I, p. 91; SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione*, cit., p. 11.

<sup>60</sup> Art. 8, co. 1, d.l. 138/2011, che parla di intese necessariamente finalizzate “alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei la-

restano di difficile identificazione<sup>61</sup>, nonché del filtro del rispetto dei vincoli costituzionali, comunitari e internazionali<sup>62</sup>.

Non sembra, invece, che vi siano differenze con riguardo ai soggetti selezionati, giacché, anche se con formula lessicalmente differente, sia nell'art. 8, d.l. 138/2011, che individua le “associazioni dei lavoratori”, che nell'art. 51, d.lgs. 81/2015, dove sono menzionate le “associazioni sindacali”, il riferimento è sempre e solo alla rappresentanza dei lavoratori, senza alcun riferimento a quella dei datori di lavoro. Invero, anche la formula utilizzata dall'art. 51, d.lgs. 81/2015 non pare dar luogo a possibili dubbi in merito, in quanto menziona espressamente le associazioni “sindacali”, tra cui notoriamente non rientrano le organizzazioni datoriali e, inoltre, fa espresso riferimento, per la contrattazione di secondo livello, ai contratti collettivi aziendali stipulati dalle *loro* (corsivo nostro) rappresentanze sindacali aziendali<sup>63</sup>.

Invece, il valore del criterio maggioritario ivi presente<sup>64</sup>, ribadito e meglio declinato nel t.u. sulla rappresentanza, può essere, come abbiamo osservato, recuperato ai fini dell'individuazione del complesso delle rsa abilitate a stipulare il contratto collettivo aziendale “delegato”<sup>65</sup>.

Una volta posti a raffronto i due modelli, va rivolta l'attenzione sugli effetti che quello delineato nel 2015 dal legislatore produce sul primo.

A nostro avviso, non si può parlare tecnicamente di abrogazione tacita o implicita dell'art. 8, d.l. 138/2011, ad opera del d.lgs. 81/2015<sup>66</sup>. Mancano, invero, i dovuti elementi per proporre una simile soluzione, ovvero la palese incompatibilità tra le disposizioni sopraggiunte e quelle preesistenti, oppure il fatto che la nuova normativa ridisciplini l'intera materia già regolata dalla norma precedente<sup>67</sup>. Quindi, sotto il profilo giuridico-formale siamo di

voratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività”.

<sup>61</sup> Art. 8, co. 2, lett. a), b), c) d) ed e), d.l. 138/2011.

<sup>62</sup> Art. 8, co. 2-bis, d.l. 138/2011. Sulla difficile identificazione e valenza di tutti i suddetti limiti la dottrina, con diversi accenti, appare unanimemente concorde.

<sup>63</sup> Cfr., per una diversa opinione, cfr. TURSI, *op. cit.*, p. 329, il quale ritiene che nel modello dell'art. 51, d.lgs. 81/2015 “rileva anche la rappresentatività della parte datoriale”.

<sup>64</sup> Sempre ai sensi dell'art. 8, co. 1, d.l. 138/2011, le “specifiche intese” dotate di efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati restano legate alla “condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali”.

<sup>65</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>66</sup> Cfr., per la lettura favorevole all'abrogazione implicita dell'art. 8, d.l. 138/2011, SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in *RGL*, 2015, I, p. 121 ss.

<sup>67</sup> Cfr., in tale condivisa prospettiva, *amplius* TURSI, *op. cit.*, p. 330 ss.; contrari anche SAN-

fronte a una situazione di “integrazione reciproca delle disposizioni dell’art. 8 con quelle del d.lgs. n. 81/2015”<sup>68</sup>, con la conseguenza che la contrattazione derogatoria “di prossimità” può continuare a trovare spazi negli ambiti previsti, nel caso in cui manchino espresse deleghe alla contrattazione collettiva nel quadro della legislazione vigente<sup>69</sup>.

Cionondimeno, sul piano sostanziale, dopo averne registrato uno scarso utilizzo, “testimoniato da materiali contrattuali esili e rarefatti”<sup>70</sup>, anche a causa dell’ostracismo palesato dalla centrali sindacali attraverso il noto *addendum* del 21 settembre 2011 all’accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>71</sup>, assistiamo ora alla “evaporazione” dello strumento del contratto “di prossimità” derogatorio, per tendenziale assorbimento nel nuovo modello “difuso” nelle singole normative, che vengono a sovrapporsi a quello<sup>72</sup>.

Occorre, invero, constatare che le materie oggetto di possibile accordo in deroga ai sensi dell’art. 8 siano state quasi tutte ora ridisciplinate dal legislatore del *Jobs Act* in una direzione di maggiore flessibilità, con diffusi rinvii alla contrattazione collettiva “selezionata” di qualsivoglia livello, abilitata a delineare ulteriori modulazioni delle regole previste nei vari decreti legislativi attuativi della legge delega 183/2014.

In una tale prospettiva, questi interventi “mirati” si possono sviluppare

TORO PASSARELLI G., *Il contratto aziendale in deroga*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* - 254/2015, p. 18 e ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act)*, cit., p. 18.

<sup>68</sup> TURSI, *op. cit.*, p. 332.

<sup>69</sup> Cfr. sempre TURSI, *op. cit.*, p. 332, il quale fa riferimento, ad es., alla possibilità che attraverso la contrattazione derogatoria di prossimità ex art. 8, d.l. 138/2011 si possa derogare al limite di durata massima del primo e unico contratto di lavoro a termine, in quanto tale ipotesi non è contemplata dall’art. 19, co. 1, d.lgs. 81/2015; invero, è il successivo co. 2 del medesimo art. 19, ad abilitare la contrattazione collettiva (ora di qualunque livello) “selezionata” a derogare al limite complessivo dei 36 mesi, ma solo per il caso della successione dei contratti a termine.

<sup>70</sup> BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, 2013, p. 89; v., inoltre, in una tale prospettiva, gli esiti della ricerca empirica compiuta da TOMMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, in *ADL*, 2014, p. 1334 ss.

<sup>71</sup> Cfr. RICCI M., *L’accordo interconfederale 28 giugno 2011: un’inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, p. 43 ss.

<sup>72</sup> Dobbiamo precisare che qui ci riferiamo all’utilizzo dello strumento dell’art. 8, d.l. 138/2011 al fine di introdurre deroghe complessivamente intese come “peggiorative” per i lavoratori rispetto al nucleo di diritti assicurati dalla regola di fonte legale. Aperta, invece, resta l’opposta prospettiva, forse non compresa nell’*intentio* del legislatore del 2011, di introduzione, per tale via, di deroghe “migliorative” (anche “ripristinatorie”) rispetto ai declinanti standard legali. Sul punto cfr., in una prospettiva non limitata alla contrattazione “di prossimità”, da ultimo, GARGIULO, *op. cit.*, § 5.

senza i ricordati limiti, di perdurante incerta definizione, fissati, invece, dall'art. 8, d.l. 138/2011, per la contrattazione derogatoria di prossimità. Invero, negli ambiti specifici individuati, dove la legge espressamente delega spazi di manovra alla contrattazione collettiva, la materia e gli ambiti sono determinati con precisione di volta in volta e le finalità e i vincoli sono impliciti, risolti diremmo “a monte” dal legislatore, e, dunque, non sussistono oneri di motivazione, con la conseguenza di offrire maggiori sicurezze agli “utenti”, cioè alle parti contrattuali, invitate implicitamente a seguire queste più sicure strade per modulare le regole di fonte legale.

Tra le materie delineate dall'art. 8, paiono restare “in solitaria” (ovvero senza riscontro nelle singole deleghe alla contrattazione collettiva espressamente disposte dalla legge) soltanto le ipotesi, da un lato, degli impianti audiovisivi<sup>73</sup>, anch'essa di recente oggetto di riscrittura in una prospettiva di maggiore apertura alle esigenze delle aziende<sup>74</sup>, dove non appare facile prevedere un apprezzabile (in termini numerici) intervento derogatorio della vigente disciplina legale da parte della contrattazione collettiva aziendale<sup>75</sup>. Dall'altro, la disciplina dell'orario di lavoro<sup>76</sup>, sulla quale la normativa di fonte statale già consente, anche attraverso le scelte normalmente operate in sede di contrattazione collettiva, le più varie modulazioni, tanto da residuare poco spazio per un intervento delle parti attraverso la contrattazione derogatoria di prossimità<sup>77</sup>. Qualche interesse può ancora riservare, invece, come oggetto di possibili accordi di prossimità, la complessa materia della solidarietà negli appalti<sup>78</sup>, anche per il fatto che, al di fuori dell'art. 8, d.l. 138/2011, le disposizioni legali in materia delegano a intervenire soltanto la contrattazione collettiva di livello nazionale<sup>79</sup>.

Un discorso distinto e più complesso rimane quello in materia di licenziamento<sup>80</sup>, dove, comunque, la nuova disciplina per i neo assunti dettata dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (cd. contratto a tutele crescenti) pare aver scalzato molti degli ostacoli avvertiti dalle imprese in materia, tanto da ren-

<sup>73</sup> Art. 8, co. 2, lett. a), d.l. 138/2011.

<sup>74</sup> Art. 4, l. 300/70, come sostituito dall'art. 23, co. 1, d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151.

<sup>75</sup> Cfr., si consenta, PASSALACQUA, *I controlli preterintenzionali: la procedura*, in LEVI (a cura di), *Il nuovo art. 4 sui controlli a distanza*, Giuffrè, 2016, p. 75 ss.

<sup>76</sup> Art. 8, co. 2, lett. d), d.l. 138/2011.

<sup>77</sup> Cfr. MATTAROLO, *Disciplina dell'orario di lavoro*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione in deroga*, cit., p. 397 ss.

<sup>78</sup> Art. 8, co. 2, lett. c), d.l. 138/2011.

<sup>79</sup> Art. 29, co. 1, d.lgs. 276/2003.

<sup>80</sup> Art. 8, co. 2, lett. e), d.l. 138/2011.

dere, pur se astrattamente possibile, in concreto improbabile un diffuso interesse verso ulteriori interventi al ribasso, realizzati attraverso la contrattazione derogatoria “di prossimità”.

6. (Segue) b) *gli effetti attendibili sui contenuti della contrattazione collettiva*

Va a questo punto vagliato qualche possibile effetto dell’equiordinazione operata dal legislatore nel nuovo modello di cui all’art. 51, d.lgs. 81/2015 tra deleghe realizzate a diversi livelli contrattuali, nel quadro delle dinamiche della contrattazione collettiva.

La chiara lettera della legge porta a ritenere che sia stata delineata una piena autonomia regolativa della contrattazione “selezionata” di livello territoriale o aziendale, oggetto di rinvio legale, libera di intervenire anche contravvenendo a eventuali vincoli in tal senso posti dalla contrattazione collettiva di livello nazionale di categoria<sup>81</sup>.

Peraltro, l’art. 51, d.lgs. 81/2015 non fa così che riportare, sotto questo aspetto, anche la contrattazione “delegata” nell’ambito delle regole applicate alla contrattazione collettiva di diritto comune. Occorre, invero, ribadire che sul piano dell’ordinamento statuale, come noto, in caso di contrasto ipotetico tra le regole poste da un livello contrattuale nazionale (di categoria o, anche, aziendale) e uno territoriale o aziendale di secondo livello o, anche tra livello territoriale e aziendale, dato il conclamato valore solo obbligatorio intersindacale del criterio gerarchico ancora delineato negli accordi sindacali sulla contrattazione<sup>82</sup>, quel che deve prevalere, tra contratti di analoga valenza sul piano giuridico formale, è il rispetto della volontà delle parti. Si tratta del criterio fatto proprio dalla giurisprudenza proprio al fine di risolvere il concorso conflitto tra contratti collettivi di diverso livello, e, nel caso di specie, atto a

<sup>81</sup> Cfr. TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva*, cit., p. 249; inoltre, anche TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro*, cit., p. 328 ss.

<sup>82</sup> Cfr., in giurisprudenza, da ultimo, in relazione al caso Fiat, Trib. Roma, ord., 13 maggio 2013, in *GI*, 2013, n. 7, p. 1604, con nota di TOSI; inoltre Cass. 18 maggio 2010 n. 12098; Cass. 14 maggio 2007 n. 11019; Cass. 19 aprile 2006 n. 9052; App. Milano 4 marzo 2003. In dottrina, da ultimo, BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 293 ss.; GIUGNI, *Diritto sindacale* (aggiornato da BELLARDI, CURZIO e LECCESE), Cacucci, 2014, p. 194 ss.; PROSPERETTI, *L’autonomia collettiva e i diritti sindacali*, Utet, 2014, p. 140 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il contratto aziendale in deroga*, cit., p. 5 ss.

legittimare una deroga da parte della contrattazione aziendale di secondo livello alle regole disposte in sede di contrattazione nazionale di primo livello<sup>83</sup>.

Peraltro, a ben vedere, le stesse regole intersindacali appaiono sul punto coerenti con il dettato della legge, giacché il t.u. sulla rappresentanza, ribadisce che “La contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge”. Alla conferma del sistema diretto in via gerarchica dalla contrattazione collettiva di livello nazionale fa, dunque, da *pendant* l'esplicito riferimento alle materie delegate “dalla legge”, che conduce, in piena implicita coerenza, direttamente al modello di cui all'art. 51, d.lgs. 81/2015.

A questo punto, sembrerebbe così emergere una sorta di *mismatch*<sup>84</sup> sul piano delle relazioni industriali per il contrasto che può determinarsi tra contenuti originariamente “contrattuali” ancora “diretti” dal contratto nazionale e contenuti “delegati” dalla legge, come tali “autonomi”, volti a configurare un “decentramento più disorganizzato”<sup>85</sup>, a scapito della capacità di direzione del sistema da parte del contratto collettivo nazionale di categoria di primo livello e, al contempo, in favore di un'espansione del potere decisionale manageriale nella contrattazione di secondo livello aziendale<sup>86</sup>.

Ora, che il nuovo modello delineato dall'art. 51, d.lgs. 81/2015, implicando, come si è notato, “effetti sul calcolo delle convenienze sul sistema delle relazioni industriali”<sup>87</sup> produca un'ulteriore scalfittura della centralità regolativa del contratto collettivo nazionale di categoria rappresenta un dato di difficile confutazione, di cui i prossimi sviluppi della contrattazione diranno in che misura si potrà ampliare.

Tuttavia, al contempo, sul piano del contratto collettivo da stipulare, si tratta, a ben vedere, soltanto di diversi percorsi (dal contratto collettivo di

<sup>83</sup> Cfr., da ultimo, Cass. 15 settembre 2014 n. 19396.

<sup>84</sup> Il termine, preso a prestito dal linguaggio del basket, indica uno scontro impari tra due giocatori.

<sup>85</sup> Così, GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 183, già in relazione alle disposizioni dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011, che facevano riferimento alle competenze del contratto aziendale anche delegate dalla legge.

<sup>86</sup> Cfr., per simili rilievi, già formulati sulla contrattazione collettiva aziendale in deroga, PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2015, p. 434; SANTORO PASSARELLI G., *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *RIDL*, 2015, I, p. 80 ss.; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, p. 29.

<sup>87</sup> Così LECCESE, *Discussant dei papers* presentati al Convegno *La contrattazione collettiva nello spazio economico globale*, Bologna 19-20 febbraio 2016, Atti in corso di pubblicazione.

primo livello oppure dalla legge), confluenti nel determinare le materie oggetto di contrattazione al secondo livello, che risultano, quindi, di certo arricchite anche di tutti i possibili contenuti offerti alla contrattazione “selezionata” di qualunque livello *ex art. 51, d.lgs. 81/2015*.

La conseguente implementazione dei possibili contenuti della contrattazione aziendale (di secondo o, anche, di primo livello) sembra offrire spazi più ampi in generale per le parti stipulanti, tanto da potersi ivi prefigurare anche scambi virtuosi tra introduzione di regole sulla flessibilità in entrata e risorse aggiuntive da distribuire tra i lavoratori a quel livello. Invero, proprio la singola azienda, anziché la categoria contrattuale, sembra il soggetto capace di assumere quegli impegni in tema di investimenti e di occupazione, scambiabili con la “disponibilità” a un allentamento o rimodulazione della normativa garantistica, come già segnalato in passato in relazione alla funzione concreta della tecnica regolativa del rinvio legale alla contrattazione collettiva<sup>88</sup>.

Insomma, se il secondo livello di contrattazione può divenire l’ambito privilegiato dell’introduzione delle ulteriori dosi di flessibilità che la legge consente, non pare potersene trarre un preliminare e formale giudizio di valore negativo, in mancanza ancora di riscontri concreti, giacché, da un lato interventi del genere vanno incontro a reali esigenze imprenditoriali, funzionali anche alla stessa sopravvivenza sul mercato dell’azienda e, dall’altro, l’arricchimento delle materia trattate a quel livello può offrire nuovi spazi di azione anche alla controparte sindacale.

In conclusione, in un contesto che vede l’impresa italiana ormai sempre più impegnata a competere nel quadro dilatato della concorrenza internazionale, la generale spinta alla cd. “aziendalizzazione”<sup>89</sup> delle relazioni industriali è una evidente realtà, indotta sia dalla crescente inadeguatezza della struttura del contratto collettivo nazionale<sup>90</sup>, soprattutto dal punto di vista dell’organizzazione del lavoro<sup>91</sup>, come il caso Fiat ha mostrato in modo eclatante<sup>92</sup> ma,

<sup>88</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Garantismo e controllo sindacale negli sviluppi della legislazione del lavoro*, in *RGL*, 1978, I, p. 674 ss.; ID., *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, I, p. 25 ss.

<sup>89</sup> L’espressione, ormai entrata nel lessico dei giuslavoristi, è stata coniata da ALES, *op. cit.*

<sup>90</sup> Cfr. GOTTARDI, *Le relazioni sindacali oggi nel sistema costituzionale: quali trasformazioni?*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. I, cit., p. 422.

<sup>91</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Riforme (im)possibili*, cit., p. 3; ROMEL, *Appunti sul diritto del lavoro che cambia*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Giuffrè, 2012, p. 766.

<sup>92</sup> Cfr. ALES, *op. cit.*; PERULLI, *Delocalizzazione produttiva e relazioni industriali nella globaliz-*

al contempo, anche per il fatto di essere spesso tarato sulle esigenze delle imprese di grandi dimensioni<sup>93</sup>, o, al contempo, di essere appetibile da piccoli imprenditori<sup>94</sup>, ma non da imprese di medie dimensioni.

Se questo è vero, non si può non osservare che le organizzazioni sindacali, pur attraverso progressive aperture alla contrattazione aziendale – riconosciute, sempre nella prospettiva della derogabilità o del decentramento controllato da parte del contratto collettivo nazionale<sup>95</sup>, prima nell'ambito dell'accordo interconfederale del 2011<sup>96</sup> e, poi, con formula sostanzialmente analoga, nell'ambito del t.u. sulla rappresentanza del gennaio 2014<sup>97</sup> – tendono, anche di recente, a rimarcare la centralità della contrattazione nazionale di categoria<sup>98</sup>. Inoltre, il numero di tali contratti, contro la più volte palesata volontà di ridurli<sup>99</sup>, appare in crescita “eccessiva”<sup>100</sup>, anche a causa della registrata ritrosia delle imprese a gestire “in prima persona” una contrattazione di livello aziendale.

Il punto di equilibrio non può, dunque, che restare, mobile, in quanto lasciato alle scelte degli attori contrattuali, sulle quali, tuttavia, il modello qui esaminato, a nostro avviso, non manca di incidere.

zazione. *Note a margine del caso Fiat*, in *LD*, 2011, p. 343 ss., entrambi anche per un'impostazione del problema oltre i confini nazionali.

<sup>93</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità*, cit., p. 732 ss.

<sup>94</sup> Cfr. TREU, *Le regole delle relazioni industriali: test per l'autoriforma*, in *QRS*, 2013, p. 48 ss.

<sup>95</sup> Cfr. LISO, *Brevi note sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 458 ss.

<sup>96</sup> Cfr. PERSIANI, *Osservazioni estemporanee sull'accordo interconfederale del 2011*, in *ADL*, 2011, p. 451, il quale ne valorizza il “rifiuto condiviso di continuare a tener ferma la tradizionale concezione centralizzante che vede nel contratto collettivo nazionale il momento essenziale e determinante della disciplina e delle relazioni sindacali”.

<sup>97</sup> V. t.u. sulla rappresentanza del 2014, Parte terza: Titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva nazionale di categoria e aziendale, ultimo capoverso. Cfr., sul punto, ROMEI, *Il contratto collettivo nel nuovo scenario di relazioni industriali*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. II, cit., p. 862 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il contratto aziendale in deroga*, cit., p. 7 ss.

<sup>98</sup> V. CGIL CISL UIL, *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per un modello di sviluppo fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*, 18 gennaio 2016; ribadisce una tale scelta, in relazione al suddetto accordo, FURLAN, *Il contratto nazionale? Serve. Niente fughe in avanti*, in *Corriere della Sera* del 18 gennaio 2016.

<sup>99</sup> V., da ultimo, sempre CGIL CISL UIL, *Un moderno sistema*, cit.

<sup>100</sup> V. DI VICO, *La giungla dei 700 contratti nazionali che fa prosperare i piccoli sindacati*, in *www.corriere.it* del 13 luglio 2015.

### Abstract

Il saggio analizza i problemi esegetici e alcuni possibili riflessi sistematici dell'art. 51, d.lgs. 81/2015, che l'autore considera il nuovo modello generale di rinvio legale all'autonomia collettiva, sempre fondato sul criterio della rappresentatività comparata. La tenuta del modello, anche sul piano costituzionale, passa, secondo l'autore, attraverso il suo riscontro con le regole poste dalle parti sociali attraverso il t.u. sulla rappresentanza del gennaio 2014, anche nel raffronto con il problematico modello della contrattazione collettiva "di prossimità" ex art. 8, d.l. n. 138/2011. Vengono infine prefigurati possibili effetti del nuovo modello sui contenuti della contrattazione collettiva.

The essay analyzes the exegetical problems and some possible systematic reflections on art. 51, Legislative Decree no. 81/2015, which the Author considers the new general model of delegation by the law to collective bargaining, always based on the criterion of "rappresentatività comparata". The tenure of the model, even at the constitutional level, passes, according to the Author, through its compatibility with the rules posed by the Consolidated Text on Union's Representation of January 2014, also with reference with the problematic model of the so called collective bargaining "di prossimità" by art. 8, d.l. n. 138/2011. The possible effects of the new model on the content of collective bargaining are finally envisaged.

### Key words

Art. 51, d.lgs. 81/2015, rinvio legale all'autonomia collettiva, contrattazione collettiva nazionale, territoriale, aziendale, sindacato comparativamente più rappresentativo, t.u. sulla rappresentanza, art. 8, d.l. 138/2011.

Art. 51, Legislative Decree no. 81/2015, model of delegation by the law to collective bargaining, Collective Bargaining National, regional, company, comparatively most representatives trade unions, Consolidated Text on Union's Representation of 2014, Art. 8, d.l. 138/2011.

**Lara Lazzeroni**

**Licenziamento discriminatorio, motivo illecito  
determinante e procreazione assistita:  
cronaca di un diritto in evoluzione**

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** La forza espansiva del diritto antidiscriminatorio: dialogando con la scienza medica. **3.** Gli anni dei progressi del rimedio antidiscriminatorio. **4.** Una nuova primavera dopo un lungo inverno: l'affrancarsi del diritto antidiscriminatorio dalla prova della ragione illecita determinativa dell'atto. **5.** Quando la difesa dalla discriminazione prevale sull'esercizio (datoriale) di un legittimo diritto. **6.** Il motivo ritorsivo nel panorama degli atti nulli.

*I. Premessa*

Tenuto conto, in particolare, del mutato quadro normativo, *ex l.* 28 giugno 2012 n. 92, in punto di tutela avverso i licenziamenti nulli, e di un ricorso crescente alla scienza per garantirsi una maternità cui si accede in età sempre più avanzata, è d'interesse verificare la capacità del diritto antidiscriminatorio di segnare con più fermezza i propri confini e, al contempo, di misurarsi con la capacità di conquistarne di nuovi. Sarà dunque utile, in tale tentativo, ridefinire gli spazi del licenziamento discriminatorio rispetto a quello dettato da motivo illecito determinante, *ex art.* 1345 cod. civ. e, all'interno di quella ricostruzione, confutare la necessità, talvolta riconosciuta anche in riferimento all'apparato di tutela antidiscriminatoria, della esclusività del motivo illecito per inferire della discriminatorietà del licenziamento stesso. Ciò non prima di aver testato la vivacità di un diritto antidiscriminatorio in continua espansione e capace di asseverare la tutela antidiscriminatoria per i casi di accesso al trattamento di fecondazione assistita, rileggendo e confrontando un passato giurisprudenziale forse troppo restrittivo con un presente giudiziario d'"avanguardia".

2. *La forza espansiva del diritto antidiscriminatorio: dialogando con la scienza medica*

Una recente Corte di Cassazione<sup>1</sup>, alle prese con il licenziamento (*sub* l. 10 aprile 1991 n. 125) di una lavoratrice intenzionata a sottoporsi ad un trattamento di fecondazione artificiale in Spagna – dopo altri precedenti tentativi senza risultato – non esita a riconoscere la discriminazione di genere per il fatto di aver meramente programmato tale intervento, senza ancora aver avviato il relativo percorso. La Corte non fa ricorso alla disciplina della maternità, ma solo al licenziamento discriminatorio di genere, ma sarebbe pur sempre interessante sapere, per le ragioni che vedremo, se l’aspirante madre sia poi diventata realmente mamma nell’occasione che ha originato il licenziamento (e più esattamente quando, rispetto a quel licenziamento).

Una meno recente sentenza della Corte di Giustizia<sup>2</sup>, di fronte al licenziamento di una lavoratrice (sig.ra *Mayr*) intervenuto esattamente tra la fecondazione in vitro degli ovociti prelevati e il trasferimento in utero degli stessi, ebbe già ad affermare la natura discriminatoria del licenziamento, per il fatto che la procreazione assistita è circostanza che interessa le donne. Quella Corte escluse tuttavia l’applicazione della tutela della maternità in ragione del fatto che, pur avvenuta la fecondazione in vitro, gli embrioni non erano ancora stati impiantati alla donna, ritenendo pertanto di non poter accedere alla nozione di “gravidanza” e, da quella, all’applicazione della dir. 92/85/Ce.

Il 18 marzo 2014, la stessa Corte di Giustizia<sup>3</sup> si era trovata ad escludere il diritto di due madri surrogate di fruire del congedo di maternità dopo la nascita del figlio avuto con utero in affitto, affermando complessivamente che: non ricorre una discriminazione di genere dal momento che lo stesso diritto è negato ai padri; che non c’è discriminazione sulla base dell’*handicap*, perché la limitata funzionalità riproduttiva della donna non è di ostacolo alla sua vita professionale; che non c’è lesione dei diritti legati alla maternità, dal momento che la direttiva non si applica alla maternità surrogata bensì solo a quella naturale o a quella adottiva (tale invece non potendosi intendere l’acquisizione della potestà genitoriale da parte della madre surrogante).

<sup>1</sup> Cass. 5 aprile 2016 n. 6575.

<sup>2</sup> C. Giust. 26 febbraio 2008, *Mayr*, causa C-506/06.

<sup>3</sup> In due distinti casi: il caso *Z.*, causa C-363/2012, e il caso *C.D.*, causa C-167/2012.

Pur nella grande vicinanza di tali casi, solo quello più recente, nazionale, segna un ulteriore passo del diritto antidiscriminatorio. Se ad esempio confrontiamo il primo caso citato con il secondo, per la S.C., al fine di affermare la discriminatorietà del recesso, non dovrebbe avere rilievo il fatto che il trattamento di fecondazione sia già stato effettuato – e che pertanto la lavoratrice abbia già esercitato le prerogative tipiche di genere –; che quel trattamento sia in corso al momento del licenziamento – e che quindi quelle prerogative stia esercitando nel medesimo periodo –; o infine che quel trattamento sia stato solo programmato (come nel caso affrontato dalla S.C.), e quindi vi sia una potenzialità di esercizio delle prerogative di genere. Valore assorbente ha, unicamente, il rapporto di causalità fra il trattamento di fecondazione, anche meramente ipotizzato (programmato), e l'atto di licenziamento.

Sia il caso *Mayr* che quello di Cassazione chiariscono come la natura discriminatoria in base al sesso debba essere dedotta dal fatto che tali trattamenti di procreazione assistita possono riguardare solo le donne (punto 50 di *C. Giust.*). Tuttavia, il caso *Mayr* pare incappare in un limite che non possiede la pronuncia nazionale, dal momento che la Corte di giustizia fa derivare la discriminatorietà del licenziamento dal fatto che la lavoratrice si trovasse già “in una fase avanzata di un trattamento di fecondazione in vitro, vale a dire tra il prelievo follicolare e il trasferimento immediato degli ovuli fecondati in vitro nel suo utero”, come a voler significare che, se la Corte europea si fosse trovata di fronte al caso italiano, avrebbe forse avuto difficoltà a pronunciarsi perfino sulla discriminazione di genere.

La migrazione della tutela antidiscriminatoria verso nuovi spazi è dunque in parte segnata, proprio da Cass. 5 aprile 2016 n. 6575 per la quale è ininfluente il fatto di aver programmato la fecondazione o di averla in corso (e più esattamente, di aver già trasferito gli embrioni oppure no), essendo anche il momento della programmazione di una PMA prerogativa esclusivamente femminile.

Non mostra altrettanta capacità di cogliere i mutamenti sociali<sup>4</sup> la Corte di giustizia nei citati casi *Z.* e *C.D.*, in riferimento a due circostanze, in particolar modo. In primo luogo nel momento in cui, per escludere la discriminazione di genere arriva perfino ad affermare che anche il padre non

<sup>4</sup> Sulle frontiere del diritto antidiscriminatorio in riferimento agli sviluppi della genetica cfr. TROJSI, *La discriminazione genetica nel lavoro. Intrecci con la discriminazione culturale e di genere*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO V., SARACINI (a cura di), “*Diversità*” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni, FrancoAngeli, 2009, p. 226 ss.

potrebbe beneficiare del congedo di paternità, pur essendo costui padre a tutti gli effetti. Sotto altro frangente barricandosi dietro l'esclusione (formale) della maternità surrogata dalla disciplina in tema di maternità/adozioni. Il substrato etico che informa i casi in questione è certamente forte, tanto da far ritenere che la Corte non voglia favorire il ricorso a tali tecniche mediche (escludendo di fatto che si possano paragonare ad un'adozione) e lasciando tuttavia alle legislazioni nazionali l'opportunità di estendere i diritti di maternità anche alle madri surroganti (rappresentando, le direttive europee, solo l'obiettivo minimo di armonizzazione da perseguire).

Oltre a ciò, e soprattutto, la Corte del caso *Mayr* chiarisce espressamente che qualora il licenziamento fosse intervenuto successivamente al *transfer* degli embrioni sarebbe stato altresì possibile fare ricorso all'apparato di tutela della maternità per una pronuncia sulla nullità del recesso (e non solo all'apparato di tutela contro le discriminazioni di genere, per quanto sostanzialmente con il medesimo risultato pratico in punto di tutela azionabile).

Invero la Corte di giustizia, negando la possibilità di considerare violata la normativa sulla maternità, stante proprio il mancato trasferimento alla donna dell'embrione fecondato, tralascia aspetti certamente non irrilevanti; aspetti che dovrebbero invece essere evidenziati, facendo semplicemente dialogare fra loro scienza medica e diritto.

Da un primo punto di vista, la questione introdurrebbe ad un tema dai contorni assolutamente indefinibili e paludosi, connotati da ricadute di stampo etico, ideologico e religioso, attorno alla qualificazione dell'ovocita fecondato – quindi dell'embrione, che rappresenta il primo stadio di sviluppo del feto futuro – come “essere umano”, come “persona”, quindi alla sua esatta definizione quanto a posizione giuridica soggettiva e, di conseguenza, a quella dei genitori<sup>5</sup>. Il variegato spettro del legiferare a livello europeo in punto di tecniche di procreazione e di limiti alle pratiche in tal senso<sup>6</sup>, ha probabilmente limitato l'argomentare della Corte di giustizia – esattamente come è stato per i casi *Z.* e *C.D.* – la quale opportunamente non ha preso

<sup>5</sup> CASCIARELLO, *La legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita: “controindicazioni per l'uso”*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, 2014, p. 171 ss.

<sup>6</sup> Si pensi alla legislazione italiana (l. 19 febbraio 2004 n. 40) che addirittura accorda all'embrione (persona) una tutela contrapposibile perfino a quella della madre (soprattutto prima degli interventi della Consulta sul punto) “*della quale viene limitato il diritto alla salute, nonché quello all'autodeterminazione*” (CASCIARELLO, *op. ult. cit.*, p. 175).

posizione al riguardo, anche per i riflessi che tale questione avrebbe generato, ad esempio in punto di diritti di filiazione e successori.

Da altro punto di vista, tuttavia, la Corte di giustizia in *Mayr* avrebbe dovuto essere molto più cauta nell'escludere l'applicazione della normativa sulla maternità ai giorni precedenti il trasferimento degli embrioni.

Il periodo garantito dal divieto di licenziamento in caso di gravidanza copre difatti l'arco temporale che si dipana dall'*inizio della gravidanza* fino ad un anno di vita del bambino, e non invece dal momento del concepimento (che nel caso della PMA coincide grosso modo con il trasferimento in utero dell'embrione) o, tanto meno, dal momento di accertamento dello stato di gravidanza in atto (che avviene solitamente dopo due settimane da tale trasferimento).

Per essere più precisi, se proprio badiamo al tempo dal quale la *scienza medica* fa decorrere la condizione di gravidanza, va detto che questa, proprio per l'impossibilità di definire la data esatta del concepimento, è di necessità retrodatata al momento dell'ultima menorrea (solitamente anticipata di circa due settimane rispetto al momento del concepimento). I nove mesi di gestazione, cioè, proprio per convenzione generale che accomuna tutti i Paesi sviluppati, decorrono dall'ultima menorrea e arrivano fino alla data presunta del parto. Basti considerare che tutte le curve di crescita del feto usate in ecografia, nei Paesi europei, sono "*epoca gestazionale dipendente*", nel senso che i parametri di sviluppo del feto sono tarati sulla data dell'ultima mestruazione. A ciò si aggiunga che, proprio sulla base del primo giorno dell'ultima menorrea si effettua il calcolo della data presunta del parto e da questo, in conseguenza, si individua il periodo di inizio del congedo di maternità.

In altre parole ancora, qualora l'impianto alla sig.ra *Mayr* avesse avuto buon esito, la stessa avrebbe potuto accertarlo già due settimane dopo, quando cioè per la scienza medica la gestane si trovava alla fine del primo mese di gravidanza. Se da quell'impianto fosse quindi scaturita una gravidanza, il periodo coperto dal divieto di licenziamento sarebbe stato considerato decorrente (come per tutte le gravidanze comuni) dal primo giorno dell'ultima menorrea, quindi ben prima della fecondazione in vitro degli ovociti e, dunque, certamente prima del momento in cui è stato intimato il licenziamento della lavoratrice nel caso affrontato dalla Corte di giustizia.

Tale considerazione, che non figura affatto nel ragionamento della Corte del caso *Mayr*, meritava e merita di essere tenuta presente, anche per

evitare di generare disparità di trattamento fra lavoratrici in base al fatto di ricorrere a metodi naturali oppure artificiali di procreazione, rispetto ai quali primi, soltanto, sarebbe quindi garantita la copertura del divieto di licenziamento fin dall'ultima menorrea della lavoratrice (e non certamente dal momento del concepimento, proprio perché assolutamente non databile in una procreazione naturale<sup>7</sup>).

Ma soprattutto non trascurare tali considerazioni potrebbe giovare in situazioni analoghe, potendo alleggerire notevolmente la fase probatoria, venendo meno la necessità di provare la discriminazione di genere, stante il fatto che in tali circostanze la discriminatorietà dovuta a gravidanza è sorretta da presunzione *ex lege*. Ma potrebbero giovare ancora di più nel caso in cui, diversamente dal caso *Mayr*, la violazione da parte datoriale compiuta con il licenziamento fosse assolutamente inconsapevole e la lavoratrice potesse quindi contare solo sulla tutela della maternità che copre il licenziamento che sia *meramente* intervenuto nell'arco temporale protetto (magari intimato per ragioni oggettive o per altre circostanze non discriminatorie). Certamente la tutela accordata sarebbe la medesima, dal momento che la violazione dei diritti legati alla maternità è considerata una discriminazione, ma quanto ad onere della prova la lavoratrice avrebbe certamente il vantaggio di potersi limitare a dimostrare che il licenziamento è intervenuto nel periodo temporale protetto, senza dover provare la discriminatorietà di genere (che, appunto, potrebbe non esserci stata).

Riportata la questione al di qua delle Alpi, nel caso di Cass. 5 aprile 2016 n. 6575 non è dato sapere se tali valutazioni siano state svolte dal S.C., anche perché non è dato sapere in quale periodo temporale la lavoratrice si trovasse e se quella programmazione fosse a medio termine o di imminente realizzazione (nel ciclo ovulatorio in corso), nel qual caso, magari, poteva aversi spazio – sempre che dalla pratica medica fosse sortita una gravidanza – per affermare espressamente il diritto alla tutela della maternità fin dal tempo in cui la scienza fa decorrere la condizione di gravidanza.

La maggiore accortezza della Corte nazionale – fosse anche nel non affrontare la questione legata alla maternità (piuttosto che escluderla, come ha fatto invece la Corte di giustizia) – e comunque l'apertura manifestata nell'estendere la tutela antidiscriminatoria a situazioni in cui le prerogative di

<sup>7</sup> E per certi versi, in maniera esatta, neppure in una artificiale, se per inizio dello stato gravidico si intende il momento dell'attaccamento dell'embrione alle pareti uterine.

genere non siano state ancora concretamente esercitate (avendo la lavoratrice semplicemente manifestato tale volontà), porta ad affermare la capacità del diritto antidiscriminatorio di lambire aree non ancora tracciate e certamente non ancora formalmente affrancate come aree garantite, pur avendo da tempo, la tutela antidiscriminatoria, quella “*virtualità*”<sup>8</sup> che consente di rinvenire la discriminazione anche in riferimento a situazioni potenziali.

### 3. *Gli anni dei progressi del rimedio antidiscriminatorio*

Se dunque il trascorrere del tempo fa intravedere nuovi orizzonti della tutela antidiscriminatoria, segnandone più attentamente i confini con l’apporto della scienza medica, non può tralasciarsi la necessità di tracciare altri confini, questa volta giuridici, normativi in senso stretto, fra istituti ben spesso appiattiti, quali in particolare quello del licenziamento discriminatorio e del licenziamento per motivo illecito determinante (ma anche di quello ritorsivo).

La distinzione concettuale e sostanziale fra il licenziamento discriminatorio e quello dovuto a motivo illecito è oggi estrapolabile dal dato normativo introdotto con la riforma dell’art. 18 St. lav., ad opera della l. n. 92/2012, che ha portato ad assegnare *espressamente*, alle varie fattispecie di licenziamento “*nullo*”, il regime di tutela special-lavoristica (*ex art. 18*), in luogo di quella comune-civilistica *ex art. 1418 cod. civ.*, pur se entrambe disponenti la reintegrazione ed il risarcimento del danno misurato sull’effettiva *deminutio patrimonii* subita per il periodo di allontanamento dal lavoro. L’operazione di accorpamento di cui parliamo oggi è tuttavia il risultato di un lungo processo di travaso.

A partire dalla l. 15 luglio 1966 n. 604 – che comunque, *ex art. 11*, si applicava a prescindere dal requisito dimensionale dell’impresa – e fino all’emanazione dello Statuto, la tutela ripristinatoria/risarcitoria del rapporto di lavoro in caso di licenziamento discriminatorio era accordata come naturale conseguenza della declaratoria di nullità dell’atto, quindi come effetto della applicazione di un modello civilistico. E la stessa riforma dello Statuto non ha completamente eliminato il dualismo nel sistema, nel caso di discriminazioni

<sup>8</sup> Così ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO V., SARACINI (a cura di), “*Diversità*” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni, cit., p. 154.

sindacali, politiche o religiose (poi anche di genere, razza e lingua *ex l.* 9 dicembre 1977 n. 903), stante la permanenza del rimedio civilistico in imprese di piccole dimensioni, di cui alla l. n. 604/1966, e del rimedio *ex art.* 18 per imprese medio-grandi. Divario che, fino all'introduzione dell'art. 3 della l. 11 maggio 1990 n. 108<sup>9</sup>, la giurisprudenza ha tentato di colmare<sup>10</sup> ammettendo la forza espansiva dell'art. 18 anche in imprese di piccole dimensioni, nonostante la norma statutaria si applicasse espressamente solo alle imprese più grandi.

Parimenti può dirsi per l'estensione (graduale) ed ancora successiva che si è registrata con riguardo al licenziamento con violazione dei diritti legati alla maternità, per i quali il d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 prima, e l'art. 25, co. 2-*bis*, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198 poi, sono andati ad interrompere un procedere ondivago della giurisprudenza nazionale fra applicazione dell'art. 3, l. n. 108/1990 (quindi dell'art. 18)<sup>11</sup> in funzione estensiva, rispetto alla applicazione dell'art. 1418 cod. civ.<sup>12</sup>.

È invece dovuta alla riforma dell'art. 18 nel 2012 l'estensione del rimedio special-lavoristico al caso del licenziamento nullo in ragione del matrimonio, che ancora con il d.lgs. n. 198/2006, art. 35, risultava<sup>13</sup> sfornito di quei van-

<sup>9</sup> In punto di evoluzione normativa, BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 193 ss.

<sup>10</sup> Cfr. C. Cost. 22 gennaio 1987 n. 17, in *RIDL*, 1987, p. 431 e C. Cost. 24 marzo 1988 n. 338, in *DL*, 1988, II, p. 244. In dottrina, FOCARETA, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori tra tendenze espansive e problemi irrisolti*, in *QL*, 1989, n. 6, p. 262 ss.; DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *AIDLASS, Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Atti di Torino, 16-17 maggio 1987, Giuffrè, 1987, p. 28; MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1999, p. 364 ss.

<sup>11</sup> Va di contro ricordato che la giurisprudenza della Corte di giustizia era invero già da tempo giunta alla declinazione come discriminazione della violazione dei diritti di maternità: cfr. *C. Giust.*, 8 novembre 1990, *Dekker*, causa C-177/88.

<sup>12</sup> Per l'applicazione del rimedio *ex art.* 1418 cod. civ., anche nel caso di licenziamento durante la gravidanza, cfr. ad esempio Cass. 15 settembre 2004 n. 18537, in *OGL*, 2004, I, p. 963; Cass. 16 febbraio 2007 n. 3620, in *FI*, 2007, 5, I, p. 1453 ed anche Cass. 29 aprile 2015 n. 8683, in *D&G*, 2015, 30 aprile. Per l'estensione del diritto antidiscriminatorio, *C. Giust.*, 11 ottobre 2007, *Pasquay*, causa C-460/06, in *D&L*, 2008, I, p. 81, con nota di GUARISO. In dottrina, già GOTTARDI, *La tutela della maternità e della paternità*, in LENTI (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè, 2002, p. 491 ss.; DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giapichelli, 2007, p. 74. Cfr. altresì *C. Giust.* 14 luglio 1994, *Webb*, causa C-32/93, in *NGL*, 1995, p. 161 e *C. Giust.* 8 novembre 1990, *Handels*, causa C-179/88, in *NGL*, 1991, p. 188 che escludeva la discriminatorietà del licenziamento per assenze dovute a malattia determinata da gravidanza.

<sup>13</sup> Ma formalmente risulta tuttora, stante la mancata espressa abrogazione dei commi 6,7 e 8 dell'art. 35 cit.

taggi ed ancorato ad un regime ulteriormente diverso, anch'esso speciale, rispetto a quello comune civilistico. Si pensi al riconoscimento del diritto al trattamento previsto per le dimissioni per giusta causa, in luogo del riconoscimento di quindici mensilità, in favore della lavoratrice che, riammessa in servizio, avesse rifiutato l'invito a riprendere l'attività lavorativa; fra l'altro con esercizio del diritto di opzione entro il termine di dieci giorni dall'invito del datore di lavoro, in luogo dei trenta previsti dall'art. 18<sup>14</sup>.

La riforma del 2012 ha dunque completato il processo di estensione formale del rimedio speciale a tutti i casi di licenziamento nullo non discriminatorio, in sostituzione di quello civilistico<sup>15</sup>, non parimenti garantista stante il fatto di non contemplare ad esempio l'erogazione di un risarcimento minimo di 5 mensilità in favore del lavoratore licenziato e neppure il diritto di opzione di quest'ultimo in favore delle quindici mensilità in caso di rifiuto della reintegrazione.

La riforma dell'art. 18, pertanto, non solo ha conferito certezza allo strumento rimediabile da applicare, bensì ha confermato la tutela contro il licenziamento discriminatorio come modello per le altre tipologie di licenziamento nullo, proprio in punto di regime rimediabile<sup>16</sup>, pur consentendo alla disciplina

<sup>14</sup> Sulla specialità della disciplina in caso di licenziamento per matrimonio, già Cass. 23 novembre 1982 n. 6313, in *GI*, 1983, I, 1, p. 899.

<sup>15</sup> Rimedio lavoristico che la giurisprudenza ha più volte esteso a casi di licenziamento nullo non discriminatorio: cfr. Cass. 3 maggio 1997 n. 3837, in *NGL*, 1997, p. 516; Cass. 15 marzo 2006 n. 5635, in *GD*, 2006, 18, p. 79; Cass. 27 ottobre 2010 n. 21967, in *RIDL*, 2012, II, p. 86 con nota di PALLINI; Cass. 1 dicembre 2010 n. 24347, in *D&L*, 2010, 4, p. 1141. V. anche Cass. 25 luglio 2008 n. 20500, in *Mass GC*, 2008, 7-8, p. 1212 in riferimento alle organizzazioni di tendenza. Per l'ampia ricostruzione giurisprudenziale in argomento, VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 48 ss.

<sup>16</sup> Cfr. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, FrancoAngeli, 2014, p. 20; CALAFÀ, *Genere e licenziamento discriminatorio dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, cit., p. 221. Circa il fatto che il licenziamento che non persegue una finalità tipica avrebbe una causa illecita e pertanto sarebbe da qualificare comunque come discriminatorio, appunto perché meramente ingiustificato, con l'effetto di una «sostanziale identificazione fra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato», cfr. CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, spec. pp. 556-557. Fra le prime critiche a tale lettura, SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, p. 546; NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, p. 678; BALLESTRERO, *Discussant*, in AIDLASS, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti di Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè, 2013, p. 256; BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*,

contro le discriminazioni di mantenere le specificità tipiche accordate al giudizio antidiscriminatorio: si pensi all'alleggerimento dell'onere probatorio ed alla disciplina in punto di vittimizzazione<sup>17</sup>, certamente non estensibili alle altre fattispecie di nullità.

Da altro punto di vista, l'accostamento in seno all'art. 18 – per quanto solo in punto di tecnica riparatoria – del licenziamento discriminatorio a quello dovuto a motivo illecito determinante, dovrebbe indurre ad accentuare la differente *ratio* delle due tipologie di vizio (proprio nell'atto di distinguerele espressamente dentro la legge) che, come detto, non avevano trovato in giurisprudenza una altrettanto efficace demarcazione.

Certamente non può escludersi che l'operazione ricompositiva dell'art. 18, oltre ai suoi vantaggi<sup>18</sup>, possa indurre qualche nostalgico ad argomentare di un licenziamento discriminatorio che sarebbe tornato a richiedere, come per quello dovuto a motivo illecito, la prova della finalità discriminatoria<sup>19</sup> (peraltro esclusiva). Ma la giurisprudenza più recente di Cass. n. 6575/2016 sgombra il terreno da dubbi al riguardo, come subito vedremo, e senza che

in RGL, 2013, n. 1, p. 147; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: Profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, pp. 28–29; CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in ID. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 23; CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 288; DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 27 ss. Per qualche sfumatura sul tema, TREU, *Flessibilità e tutela nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - n. 155/2012, pp. 56–57.

<sup>17</sup> Cfr. artt. 4-bis dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 e artt. 26, co. 3 e 41-bis, d.lgs. n. 98/2006.

<sup>18</sup> Con lettura favorevole alla *reductio ad unum* nel modello riparatorio lavoristico delle tipologie di nullità del recesso, cfr. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in DLRI, 2014, p. 331 e vedasi comunque anche MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 245. Per una lettura critica, BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in ADL, 2013, 4–5, p. 843. Ritieni difficile escludere che l'operazione di accorpamento non sviluppi ricadute e conseguenze eccedenti il piano sanzionatorio, TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni ed onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in LD, 2014, p. 441 ss.. Sulla difficoltà comunque esistente della prova della discriminazione, RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, p. 196 ss.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. 6 giugno 2013 n. 14319, in RGL, 2013, II, p. 633. Sulla possibilità che la riunificazione per ragioni legate alla unicità del rimedio possa aver ingenerato confusione sul raggio d'azione del licenziamento discriminatorio rispetto a quello altrimenti nullo, cfr. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in LD, 2012, p. 460.

la pronuncia possa dirsi svuotata del suo valore per il fatto di riferirsi all'apparato normativo preesistente alla riforma del 2012. Invero, forse proprio a motivo di una accresciuta esigenza di decretare gli spazi definitivi/applicativi del licenziamento discriminatorio rispetto a quello nullo per motivo illecito determinante (anche e proprio in ragione della riforma Fornero), quella Corte non si è sottratta al bisogno di chiarire gli aspetti essenziali ai fini di tale distinguo.

Da questa pronuncia partiremo ed attraverso questa ci muoveremo nella ricerca delle nuove conquiste del diritto antidiscriminatorio.

4. *Una nuova primavera dopo un lungo inverno: l'affrancarsi del diritto antidiscriminatorio dalla prova della ragione illecita determinativa dell'atto*

A riguardo dell'ordine valoriale sopra indicato, corroborato da un legislatore che ha esteso l'apparato rimediale antidiscriminatorio alle altre aree di nullità dell'atto di recesso (e non viceversa), emerge l'impostazione non sempre lineare tenuta da quella parte della giurisprudenza che ha omologato le due fattispecie, riconducendo il licenziamento discriminatorio nel novero di quello determinato da motivo illecito<sup>20</sup>. Un inserimento del primo nel secondo tralascerebbe il fatto che il diritto antidiscriminatorio contrasta viepiù atti e condotte datoriali, tra cui il licenziamento, nelle quali ontologicamente non ha rilievo l'elemento intenzionale o motivazionale. Si pensi alle ipotesi di discriminazione indiretta ed a quelle del licenziamento che interviene durante il periodo di gravidanza della lavoratrice, consapevole o meno che sia il datore di lavoro della gestazione in corso. Senza contare poi che nel giudizio antidiscriminatorio si tiene conto ben spesso di parametri oggettivi – quali ad esempio i dati statistici – per i quali non ha rilievo la ragione motivazionale interiore del datore di lavoro. La prevalente dottrina ha condiviso l'opportunità *«quando si parla di discriminazione, [di] abbandonare gli schemi concettuali del motivo illecito, perché tali schemi non corrispondono alle finalità*

<sup>20</sup> Cass. 9 luglio 2009 n. 16155, in *Mass GC*, 2009, 9, p. 1219; Trib. Lodi 19 aprile 2012, in *D&L*, 2012, p. 251 con nota critica di GUARISO. *Contra*, su cui comunque oltre, Cass. 6 maggio 1999 n. 4543, in *NGL*, 2000, p. 98, secondo cui sarebbe la nullità del licenziamento discriminatorio, ex art. 3 della l. n. 108, ad estendersi (così come la relativa tutela) anche ai casi di licenziamenti determinati da motivo illecito o di ritorsione. In termini anche Cass. 8 agosto 2011 n. 17087, in *Mass. GC*, 2011, 7-8, p. 1158.

*del sindacato di non discriminazione*»: «una disparità può essere giustificata alla stregua della logica interna al potere datoriale, della sua razionalità economica e, tuttavia, costituire una discriminazione»<sup>21</sup>.

Anche tralasciando tali considerazioni, va comunque detto che la riconduzione della discriminazione al motivo illecito sarebbe destinata a scontrarsi con il dato letterale delle disposizioni normative che definiscono da tempo la discriminazione diretta e che perfettamente si inseriscono nel dibattito fra teorie “soggettive” ed “oggettive” della discriminazione<sup>22</sup>. Con le prime, si vorrebbe riconoscere che la discriminazione richiede (senza poterne prescindere) almeno la *consapevolezza* dell’atto, patto, comportamento, etc., da parte dell’autore, mentre le teorie oggettive prescindono completamente dall’elemento psicologico per attestarsi soltanto sulla realizzazione di una conseguenza pregiudizievole per il soggetto discriminato.

Già la prima ampia definizione di discriminazione, quale è rinvenibile nell’art. 1 della l. 14 marzo 1985 n. 132<sup>23</sup>, fa aggio di tale seconda lettura, nel suo essere depurata dal richiamo esclusivo a finalità discriminatorie da parte dell’autore della condotta (“*lo scopo dell’atto*” appunto). E la portata definitoria di tale norma è ancor più evidente – e pedissequamente ripresa, per le discriminazioni di genere, solo dal legislatore del d.lgs. n. 198/2006<sup>24</sup> – soprattutto se confrontata con le pseudo-definizioni di cui alla l. n. 903/1977 ed anche con la definizione successivamente fornita nella l. n. 125/1991<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit., spec. p. 151 ss.

<sup>22</sup> Cfr. la ricostruzione delle nozioni di discriminazione all’interno dei precetti normativi e delle pronunce giudiziali in LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, Giappichelli, 2011, spec. p. 157 ss.

<sup>23</sup> Di ratifica della convenzione internazionale “sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna”, adottata a New York il 18.12.1979, in suppl. ord. G.U. 15.4.1985, n. 89: “Ai fini della presente Convenzione, l’espressione ‘discriminazione nei confronti della donna’ concerne ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza, o come scopo, di compromettere o distruggere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio da parte delle donne (...) dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo”.

<sup>24</sup> Costituito esattamente sullo snodo definitorio proposto è invece l’art. 43, d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

<sup>25</sup> Invero, se i passaggi definitivi rispondono al processo evolutivo di un sistema ordinamentale di regole – per cui quelle successive dovrebbero perfezionare quelle precedenti – mal si comprende la tecnica definitoria utilizzata dal legislatore della l. n. 125/1991, che appunto succede alla definizione fornita dalla legge del 1985. Altrettanto negativamente si vede il passo indietro, sempre sul piano della completezza definitoria, compiuto dal d.lgs. 25 gennaio 2010 n.

Per quanto dunque la l. n. 125/1991 abbia una portata definitoria più ristretta, maggiormente limitativa, di quanto non si possa dire con la l. n. 132/1985 – invece completamente oscurata e scarsamente apprezzata nella sua ampia portata definitoria e nei suoi contenuti – già da allora quella legge è stata ritenuta capace di sancire la fine delle dispute sulla natura (soggettiva od oggettiva) della nozione di discriminazione, consentendo definitivamente di abbracciare la visione della discriminazione in senso oggettivo, per il fatto di riferirsi a comportamenti o atti che producono un effetto pregiudizievole<sup>26</sup>. Più esattamente vi è stato letto il primo riconoscimento di discriminatorietà di atti/comportamenti che prescindevano dalla predeterminazione di scopo dell'autore, attestandosi esclusivamente sulla *realizzazione concreta*, di effetti pregiudizievoli per le vittime<sup>27</sup>.

Ben impiegando l'apparato normativo regolativo del caso di specie, la Corte n. 6575/2016 ha colto la diversa matrice delle due fattispecie. Da un lato, quella del licenziamento discriminatorio, per la quale non ha quindi rilievo il motivo interiore che ha animato il datore di lavoro<sup>28</sup> bensì solo la differenza di trattamento che ne è sortita (non ammessa o non legittima), fra due soggetti con differenti caratteristiche ma in situazioni analoghe, o che

5 di modifica del d.lgs. n. 198/2006. Sull'importanza in generale della semplificazione delle norme lavoristiche, cfr. MARIUCCI, *Le politiche del lavoro: bilancio di una legislatura e nuove prospettive*, in *LD*, 2006, pp. 456-457.

<sup>26</sup> Numerosi i contributi sul punto. Tra questi, cfr. SCARPONI, *Le nozioni di discriminazione*, in GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, 1992, p. 43 e ss.; BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1994, I, p. 55, per la quale nella l. n. 125/1991, «(...) l'ottica è quella della 'vittima', non più quella del 'perpetratore'»; IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005; PESSI, *Lavoro e discriminazione femminile*, in AIDLASS, *Lavoro e discriminazione*, Atti dell'XI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro – Gubbio 3-5 giugno 1994, Giuffrè, 1996, p. 33 ss.

<sup>27</sup> A rigore andrebbe valutato il possibile arretramento, sul piano definitorio, della legge del 1991, laddove letta proprio in rapporto alla precedente l. n. 132/1985, che invece sarebbe solo bastato riprendere, utilizzandola come una sorta di dato acquisito (almeno sul piano definitorio). Circa i limiti definitivi e gli arretramenti di talune normative, anche recenti (d.lgs. n. 198/2006 e d.lgs. n. 5/2010), rispetto a disposizioni quali la citata l. n. 132/1985 e il T.U. n. 286/1998, si rinvia sempre a LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, cit., p. 163 ss.

<sup>28</sup> GUARISO, *Il «motivo illecito» del licenziamento in attesa della riforma*, in *RCDL*, 2012, I, p. 257; ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche, diritto antidiscriminatorio e pari opportunità*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO V., SARACINI (a cura di), *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, cit., pp. 150-151.

produca un effetto pregiudizievole (o un trattamento meno favorevole) a carico di un lavoratore. Dall'altro, quella del licenziamento in violazione dell'art. 1345 cod. civ., per la quale è richiesta la presenza di una ragione motivazionale illecita in capo all'agente.

Il giudizio antidiscriminatorio non richiede un'indagine sulla volontà del datore di lavoro, essendo sufficiente che l'atto, il comportamento, la condotta, la prassi, etc., produca o possa produrre un effetto pregiudizievole in ragione del fattore differenziale protetto. Tale è dunque l'aspetto sul quale maggiormente si appunta la distanza fra i due istituti in esame, e da questo, in conseguenza, la diversa indagine probatoria che dovrà essere condotta. L'una, quella sulla discriminazione, di stampo potremmo dire "oggettivo", calibrata sulla capacità dell'atto, disposizione, criterio, etc. di determinare differenti ricadute in base alla mera appartenenza ad una categoria protetta o per la presenza di un fattore differenziale protetto. L'altra, quella sul motivo illecito determinante, di stampo certamente "soggettivo", protesa ad individuare nell'agente l'esistenza di una ragione interiore e determinativa, in via esclusiva, della condotta illecita conseguentemente tenuta e, senza la quale, l'atto non potrebbe considerarsi nullo.

L'importanza del distinguo non può essere, oggi, offuscata dall'art. 2, d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 che, a differenza dell'art. 18, non richiama l'art. 1345 cod. civ. e la nullità del licenziamento quando dovuto a motivo illecito determinante. Ciò non solo perché l'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 ha comunque un'applicazione limitata rispetto all'art. 18<sup>29</sup>, ma anche perché l'art. 2, pur in assenza di tale richiamo, introduce la formula degli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge"<sup>30</sup>, il che dovrebbe comunque consentire di fare

<sup>29</sup> Ovvero ai lavoratori assunti a tempo indeterminato (a partire dal 7 marzo 2015); ai casi di conversione del contratto a tempo determinato e dell'apprendistato in contratto a tempo indeterminato; ai lavoratori di imprese che, a partire dal 7 marzo 2015, superino la soglia dimensionale dei quindici dipendenti. Cfr. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 113 ss.

<sup>30</sup> In argomento, BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescenti e Nاسpi*, Giappichelli, 2015, p. 85 ss.; PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in RIDL, 2015, I, 3, p. 431; ROMELI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in DLRI, 2015, spec. p. 566 ss.; VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in PESSI, PISANI, PROIA, VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, p. 18. Cfr. anche VOZA, *Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del Jobs Act*, in DLRI, 2015, pp. 581-583, che invece ritiene l'ipotesi ex 1345 cod. civ. esclusa dalla nuova normativa. Ritene che con il d.lgs. n. 23/2015 si sia ridotto il

trasversalmente riferimento all'art. 1418, co. 2, cod. civ., secondo cui la nullità del contratto (e degli atti unilaterali, stante l'art. 1324 cod. civ.) può derivare dalla "illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345"<sup>31</sup>.

5. *Quando la difesa dalla discriminazione prevale sull'esercizio (datoriale) di un legittimo diritto*

Altra faccia dell'argomentare su motivo illecito e discriminazione è il fatto che divenga irrilevante, ai fini del giudizio di discriminatorietà del recesso, la compresenza di una, pur anche legittima, ragione giustificatrice del licenziamento. Le due indagini sono appunto destinate ad operare su piani diversi. La presenza di una eventuale ragione legittima di recesso opera sul piano interiore del datore di lavoro e può essere anche determinativa della volontà dello stesso, ma ciò non toglie che accertata la presenza di una discriminazione, quindi di una mera differenza di fatto non ammessa dall'ordinamento, quand'anche assolutamente inconsapevole da parte datoriale, quest'ultima possa/debba prevalere sulla prima. Il che è tanto più rilevante laddove si consideri che, ammettendo la possibilità di una convivenza fra causa legittima di recesso e discriminazione, e ammettendo la prevalenza di quest'ultima sulla prima, il lavoratore non dovrebbe dimostrare, al contrario, l'insussistenza della ragione legittima e neppure l'intento discriminatorio all'origine dell'atto.

Certamente va detto che la lettura qui fornita non è piana in giurisprudenza e dottrina<sup>32</sup> dove talvolta si è ritenuto necessario il requisito della esclusività anche nel caso del licenziamento discriminatorio, affermando che la presenza di un valido motivo di licenziamento ne esclude automaticamente

campo di applicazione della tutela reale ZOPPOLI A., *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 26/2015, p. 3.

<sup>31</sup> Cfr. le ampie valutazioni di SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, p. 117 ss.

<sup>32</sup> Cfr. ad Cass. 14 luglio 2005 n. 14816, in OGL, 2005, 3, I, p. 541 e Cass. 26 maggio 2001 n. 7188, in NGL, 2001, p. 795; ma anche l'argomentare di Cass. 26 maggio 2015 n. 10834. Inoltre, Cass. 25 novembre 1980 n. 6259, in FI, 1982, p. 157. Cfr. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, cit., p. 845 e, per i vari richiami di giurisprudenza sul punto, CORTI, *Le tendenze espansive della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex art. 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in DRI, 2013, n. 4, spec. p. 1044 ss.

la discriminatorietà. Ma è altresì vero che se si addivenisse ad un restringimento così rilevante della tutela antidiscriminatoria, il sistema colliderebbe con la normativa sostanziale – dalle direttive più datate alle più recenti e poi all’art. 18 riformato – che regolano il divieto di discriminazioni in maniera da far prevalere il giudizio antidiscriminatorio su quello diretto a legittimare il recesso datoriale in presenza di un giustificato motivo<sup>33</sup>.

Particolari ed espressamente regolate, in tal senso, sono *solo* le ipotesi del licenziamento intimato in periodi di divieto *ex lege*, quali quelli temporali di cui all’art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 (dall’inizio della gravidanza ad un anno di vita del figlio) ed all’art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 (dalla data di pubblicazione delle nozze ad un anno dalla celebrazione), in cui ad esempio la giusta causa figura come ragione escludente la illiceità del recesso, come anche il mancato superamento del periodo di prova (questa volta solo nel caso della maternità). Il che non impedisce tuttavia al lavoratore di dimostrare comunque l’esistenza di una discriminazione all’origine del recesso per giusta causa o mancato superamento della prova, provando ad esempio che il datore di lavoro si era determinato a non licenziare salvo farlo nel momento in cui sia pervenuta richiesta, ad esempio, di un ulteriore periodo di congedo.

Se, dunque, il licenziamento può essere invalidato in quanto discriminatorio anche se concorre con un motivo lecito di recesso<sup>34</sup>, residua comunque la questione sul limite di ammissibilità di tale “convivenza” fra causali legittime di recesso e tutela contro gli atti discriminatori che dalle scelte datoriali possano derivare. Ogni qualvolta la parte datoriale si trovi nella condizione di poter esercitare un potere discrezionale (perché la legge lo prevede, oppure non lo vieta, si pensi al caso dell’esercizio dell’azione disciplinare nel settore privato) vi è spazio per inferire una discriminazione<sup>35</sup> e vi è altresì spazio perché la ragione discriminatoria (quindi la nullità dell’atto) prevalga, se accertata, sulla legittimità del recesso stesso. Almeno tre ordini di ragioni confermano l’impostazione prospettata nel senso di tale prevalenza.

In primo luogo, già l’art. 3, l. n. 108/1990, riconosceva la nullità del licenziamento discriminatorio “*indipendentemente dalla motivazione addotta*”, sul

<sup>33</sup> Si veda ad esempio CHIECO, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 293.

<sup>34</sup> Come la più recente Cass. n. 6575/2016 non manca di rilevare evidenziando testualmente “*l’idoneità della condotta discriminatoria a determinare di per sé sola la nullità del licenziamento*”. In argomento anche BELLOCCHI, *Pluralismo religioso, discriminazioni ideologiche e diritto del lavoro*, cit., p. 196.

<sup>35</sup> BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 163.

presupposto del particolare disvalore della condotta antidiscriminatoria rispetto al rilievo che possano avere altre circostanze, pur oggettive, presenti da parte datoriale. E proprio su questo punto merita richiamare la S.C. n. 6575/2016 che, nel confermare le valutazioni espresse della Corte di Appello, ha escluso che ragioni oggettive, economiche – nello specifico legate alla funzionalità dello studio legale – potessero prevalere sulla discriminatorietà del recesso intervenuto a motivo della “*intenzione manifestata dalla dipendente di assentarsi ancora dal lavoro per sottoporsi all’inseminazione artificiale*”<sup>36</sup>.

In secondo luogo, il regime probatorio accordato alle discriminazioni (di genere, in questo caso) – in particolare l’art. 40, d.lgs. n. 198/2006 – è tale per cui la prova della discriminatorietà può essere fornita mediante l’allegazione di elementi di fatto, desunti viepiù da dati di carattere statistico, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di discriminatorietà dell’atto, rispetto ai quali la parte datoriale è ammessa a provare, solo, l’insistenza della discriminazione.

In terzo luogo, solo in riferimento alle discriminazioni indirette è possibile escludere la discriminatorietà<sup>37</sup> in presenza di giustificazioni legittime, perseguite con mezzi appropriati e necessari. Possibilità non contemplata nel caso di discriminazione diretta, con l’effetto che al datore di lavoro non basterebbe individuare una finalità legittima, perseguita con un mezzo adeguato, per escludere il ricorrere di una discriminazione.

Nel caso all’esame di Cass. n. 6575/2016 – estremamente significativo anche a questo proposito – il datore di lavoro aveva tentato di dimostrare, con due argomentazioni introdotte già con l’atto di licenziamento, che l’organizzazione dello studio legale non poteva accordare le assenze necessarie (per quanto programmate, quindi future), se non a scapito della funzionalità dello stesso (ragione oggettiva) e prospettava, al contempo, una fruizione abusiva dell’istituto della malattia (senza che tuttavia sia dato capire se tale contestazione sia stata affrontata come una ragione aggiuntiva, soggettiva, di recesso, per quanto si ritiene che ciò sia da escludere, in base alle argomen-

<sup>36</sup> Che la discriminazione non sia necessariamente esclusa in presenza di concause, specialmente quando siano dovute a motivi oggettivi, discendenti da atti organizzativi originati da scelte datoriali, cfr. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT. - 252/2015, p. 13.

<sup>37</sup> Cfr. LAZZERONI, *Eguaglianza, lavoro, regole di parificazione. Linguaggi e percorsi normativi*, cit., p. 93 ss., sulla diversa portata, che ben coglie la Corte, rispetto alla qualificazione di determinate condotte come discriminazione.

tazioni della pronuncia), dal momento che la lavoratrice, già per effettuare precedenti cicli di fecondazione artificiale, in Spagna, aveva fatto ricorso all'istituto della malattia.

Al di là della legittimità del fare ricorso alla sospensione dal lavoro per malattia (anziché ad altri eventuali titoli) onde effettuare la fecondazione assistita – sulla quale comunque l'INPS parrebbe essersi “espresso” favorevolmente stante la mancata adozione di provvedimenti per la riscontrata assenza dal domicilio dichiarato a seguito di un accertamento medico-fiscale in precedenza effettuato – l'aver rilevato la stretta connessione fra l'atto di recesso e le assenze (future) dovute a pratiche di fecondazione cui la lavoratrice intendeva sottoporsi, non potevano non far dichiarare la discriminatorietà del recesso. Ciò anche in considerazione della debolezza della ragione argomentativa datoriale, sostanzialmente retta su esigenze organizzative del lavoro non gestibili, neppure in presenza di assenze programmate; tanto da far ritenere che, in presenza di una malattia comune, magari recidivante, per la quale certamente non c'è preavviso, parte datoriale avrebbe avuto ancor meno propensione a garantire alla lavoratrice il diritto alla conservazione del posto di lavoro che invece le sarebbe spettato.

Ad ogni modo, anche qualora la ragione economica addotta fosse ampiamente provata come esistente, ma vi fosse stata una discriminazione diretta, quella pur legittima ragione non potrebbe non soccombere nella logica dell'irrilevanza di ragioni imprenditoriali pur legittimamente poste di fronte alla violazione di regole antidiscriminatorie. Rilievo potrebbe essere riservato solo ad ipotesi tassative, costituenti eccezione al divieto di discriminazione e come tali richiedenti di essere esse stesse predefinite dal legislatore<sup>38</sup> (negli esempi classici delle organizzazioni di tendenza o delle imprese operanti nel settore moda, arte e spettacolo).

Se dunque nel caso di specie, la tenuità della ragione addotta da parte datoriale può aver pesato nel giudizio della Corte all'atto di *confermare comunque* l'irrilevanza delle ragioni addotte in presenza di una discriminazione diretta, è anche vero che il sistema regolativo pare in continua evoluzione. Andrebbe difatti rilevato come, proprio a riguardo della concomitanza di motivi legittimi di recesso con motivi illeciti, non sia opportuno, a prescin-

<sup>38</sup> Cfr. art. 4, co. 2, dir. 2000/43/Ce; art. 4, co. 1, dir. 2000/78/Ce; art. 14, co. 2, dir. 2006/54/Ce, sulla devoluzione agli Stati membri del potere in argomento. Cfr. ZOPPOLI L., *Categorie giuridiche e sistematizzazione del diritto antidiscriminatorio*, in VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 68 ss.

dere da un esame delle singole situazioni concrete, affermare *sic et simpliciter*, e comunque senza una valutazione del caso specifico, la prevalenza assoluta della discriminazione sulle ragioni addotte da parte datoriale, specialmente laddove ricorra ad esempio una giusta causa di recesso<sup>39</sup>. Ma soprattutto è necessario evidenziare come, esattamente al contrario, *nel caso di motivo illecito determinante* non sia opportuno asserire in via generalizzata l'assoluta necessità che, per aversi violazione dell'art. 1345 cod. civ., quel motivo debba essere esclusivo e che, pertanto, non debbano sussistere motivazioni collaterali legittime di recesso.

Per chiarire meglio, va innanzi tutto rilevato che la formulazione dell'art. 18, come riscritto nel 2012, compie (almeno) una doppia operazione. Da un lato corregge l'espressione usata nella l. n. 108/1990 disponendo che la declaratoria di nullità del recesso opera «*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*». L'aggiunta dell'espressione “*formalmente*” pare un invito a porre maggiore attenzione nella ricerca della “vera” motivazione; nella ricerca di quella motivazione “sostanziale”, magari celata, che sta dietro al licenziamento. Dall'altro lato, l'inciso citato è posto in coda all'elenco dei motivi di nullità del recesso, e quindi dopo il richiamo al licenziamento determinato da motivo illecito *ex art. 1345 cod. civ.*. Ciò dovrebbe indurre a ritenere che, anche nel caso di motivo illecito determinante (oltre che nel caso di licenziamento discriminatorio<sup>40</sup>), via sia modo di giungere ad una pronuncia di nullità del licenziamento pur in presenza di un motivo di recesso (anche valido) formalmente addotto.

In quest'ultimo caso, tuttavia, a differenza dell'ipotesi di discriminazione<sup>41</sup>, le due ragioni, quella legittima di recesso e quella illecita determinativa della volontà, sono destinate ad operare sul medesimo piano, ovvero quello volitivo, interiore, dell'agente, il che rende certamente impegnativo

<sup>39</sup> Per ricorrere ad un banale esempio, si pensi ad un licenziamento per fatto gravissimo (omicidio in azienda o violenza sessuale su minori), cui sia seguita una infelice esternazione del datore di lavoro, in occasione del licenziamento, volta ad evidenziare che da persone di una certa razza o di una certa religione ci sarebbe stato da aspettarselo; esternazione che di per se stessa agevola la prova della natura discriminatoria dell'atto, che tuttavia potrebbe essere destinata a soccombere nella ponderazione valoriale (costituzionalmente orientata) dei diritti violati.

<sup>40</sup> BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, 2013, p. 156. Cfr. anche SCARPONI, *I giudici e il divieto di discriminazioni*, in *QL*, 1989, 6, spec. p. 238 e con diversa lettura TREU, *Flessibilità e tutela nella riforma del lavoro*, cit., pp. 56-57.

<sup>41</sup> Che come già rilevato ha una valenza oggettiva ed a prescindere dalla prova della volontà di discriminare da parte datoriale.

un argomentare sul punto. Parrebbe difatti naturale affermare che – come riconosciuto in giurisprudenza<sup>42</sup> – laddove sussista una valida ragione di recesso, un eventuale motivo illecito da parte datoriale non potrebbe qualificarsi come determinativo, in via esclusiva, della volontà di recedere. Tuttavia, se ciò è vero astrattamente, potrebbe non essere altrettanto corretto in riferimento a fattispecie concrete. Si tratterà cioè di provare l'intento illecito, che a sua volta dovrà aver avuto (proprio ai sensi dell'art. 1345 e dell'art. 1218 cod. civ.) efficacia determinativa esclusiva della volontà dell'imprenditore, pur in presenza di eventuali ragioni legittimanti il recesso e costituenti valido motivo, soggettivo ed oggettivo, di licenziamento, ma ciò non esclude la possibilità che si presentino casi concreti di compresenza di cause legittime ed illegittime. Così almeno continua ad essere nella prospettiva di una parte della giurisprudenza<sup>43</sup>. Si faccia il caso di una condotta disciplinare passibile di licenziamento ma sulla quale il datore di lavoro intende soprassedere. Qualora il lavoratore tenga ad esempio, nei giorni successivi, un contegno poco gradito al datore di lavoro (pur anche se lecito) e costui decida di utilizzare il fatto commesso in precedenza per avviare la procedura disciplinare che aveva consapevolmente tralasciato, concludendola con l'intimazione del licenziamento, vi è spazio per dimostrare il motivo illecito determinante, nonostante la legittimità delle ragioni addotte dal datore di lavoro nell'esercizio del potere disciplinare.

Se per il datore di lavoro la ragione del licenziamento (sia essa interiore o frutto di una deviazione degli interessi datoriali rispetto allo scopo tipico dell'atto di recesso<sup>44</sup>) risiede tutta in una finalità vietata dall'ordinamento, quel recesso sarà pur sempre nullo in quanto determinato in via esclusiva da motivo illecito. Ben si comprendono le possibili difficoltà di un accertamento giudiziale al riguardo, ma ciò non può mettere in ombra la validità dell'assunto secondo il quale all'accertamento delle circostanze concrete dovrebbe essere lasciato ampio spazio, ben oltre il tentativo di catalogazione eccessiva

<sup>42</sup> Cass. 27 febbraio 2015 n. 3986, in *D&G*, 2015, 2 marzo; Cass. n. 17087/2011 cit.; Cass. 18 marzo 2011 n. 6282, in *Mass. GC*, 2011, 3, p. 425; Cass. 16 gennaio 2009 n. 1284, in *GD*, 2009, 16, p. 81; Cass. n. 16155/09 cit.

<sup>43</sup> Cfr. Trib. Milano, 20 novembre 2012, in *FI*, 2013, 2, I, p. 467. In dottrina, nel senso della unicità del motivo illecito, NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, cit., p. 678; CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in Id. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p. 281.

<sup>44</sup> BARBERA, *op. ult. cit.*, p. 153.

degli istituti giuridici; ben oltre cioè il bisogno di asserire in via generalizzata che il motivo illecito determinante è destinato a soccombere ogni volta in cui vi sia un concomitante e valido motivo di recesso.

#### 6. Il motivo ritorsivo nel panorama degli atti nulli

La giurisprudenza tende ben spesso ad omologare il motivo ritorsivo ed il motivo illecito – un esempio viene anche dalla stessa Cass. n. 6575/2016, invece ampiamente capace di operare distinguo sotto gli altri frangenti evidenziati – trascurando con ciò le peculiarità della ragione ritorsiva, quand'anche la si volesse considerare una *species* del motivo illecito determinante. Il licenziamento “*ritorsivo*” (o di “*rappresaglia*”) ricorre allorquando vi sia una ragione “vendicativa” alla base del licenziamento, la quale assume la forma di ritorsione diretta, ove riguardi il lavoratore stesso, o indiretta, nel caso di persona a quest'ultimo legata<sup>45</sup>. Ne costituisce caso tipico quello del licenziamento dovuto all'esercizio dei diritti spettanti al lavoratore<sup>46</sup>. Il che sarebbe sufficiente, secondo parte della dottrina, ad evidenziare la ulteriormente diversa natura del licenziamento ritorsivo rispetto a quello determinato da motivo illecito, tanto da affermare “*che il movente vendicativo penetri nella causa del negozio in quanto costituisce lo scopo specifico dell'atto di recesso*”, determinando con ciò la violazione dell'art. 1343 cod. civ. che, a differenza del motivo illecito ex art. 1345 cod. civ., non richiede l'unicità della ragione per dedurne la nullità<sup>47</sup>.

Nello specifico del motivo ritorsivo, la giurisprudenza ha viepiù affrontato la questione della rilevanza del comportamento del lavoratore all'origine della reazione datoriale, affermando in linea generale la legittimità del licenziamento a motivo dell'illegittimità degli atti posti in essere dal lavoratore nell'esercizio dei suoi diritti<sup>48</sup> e, talvolta, anche l'illegittimità del recesso sul presupposto dell'irrelevanza della liceità o meno delle azioni concretamente svolte dal lavoratore<sup>49</sup>.

Per ciò che invece riguarda il regime sanzionatorio, pur sempre nella

<sup>45</sup> Ad ex Trib. Roma 17 settembre 2010, in *RGL*, 2010, 4, p. 573; Cass. n. 17087/2011 cit.

<sup>46</sup> Ma si pensi anche al rifiuto del lavoratore rispetto ad atti personalissimi, fino all'esercizio di un'azione giudiziaria, oppure ad una testimonianza processuale non gradita all'imprenditore.

<sup>47</sup> Così esattamente ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, in FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 93.

<sup>48</sup> Ex Cass. 6 settembre 1990 n. 5154, in *OGI*, 1981, p. 451; Cass. 18 marzo 2011 n. 6282.

<sup>49</sup> Ex Cass. 11 aprile 1980 n. 2314, in *RGL*, 1981, II, p. 142.

prospettiva del licenziamento ritorsivo come *species* del licenziamento determinato da motivo illecito<sup>50</sup>, si sono fronteggiati orientamenti che, da un lato, ed in via prevalente, hanno proposto comunque l'estensione del rimedio lavoristico ed antidiscriminatorio di cui all'art. 3 della l. n. 108/1990 – con applicazione dell'art. 18 già nella precedente formulazione<sup>51</sup> – e dall'altro orientamenti che hanno invece sostenuto l'applicazione dei rimedi di diritto comune di cui all'art. 1418 cod. civ.<sup>52</sup>

Dal che, pur non richiamato espressamente il “*motivo ritorsivo*” nell'art. 18 riformato<sup>53</sup>, sulla base dell'una o dell'altra impostazione giurisprudenziale, non dovrebbe correre dubbio sulla sanzionabilità della fattispecie ai sensi dell'art. 18, pur anche se rientrante nel motivo illecito determinante.

Il licenziamento ritorsivo dovrebbe tuttavia contare ampiamente sulla riconduzione a quello discriminatorio, andando a definirsi come ritorsivo “tipizzato”, o dovuto a “motivo tipizzato”<sup>54</sup>, quando ci si trovi al cospetto di fattori differenziali protetti, oltre che, certamente, nei casi di vittimizzazione (*ex art. 41-bis, d.lgs. n. 198/2006*). In tali casi, il licenziamento dovuto a motivo ritorsivo tipizzato non sarebbe altro che una *species*, questa volta, del licenziamento discriminatorio e, pertanto, dovrebbe naturalmente beneficiare non solo dell'apparato rimediale lavoristico di cui all'art. 18 – che comunque avrebbe, anche se ricondotto al motivo illecito determinante – ma anche degli strumenti di cui è dotato il diritto antidiscriminatorio, ed *in primis* dell'attenuazione del-

<sup>50</sup> Cfr. Cass. 25 maggio 2004 n. 10047, in *Mass. GC*, 2004, p. 5.

<sup>51</sup> Cfr. Cass. n. 17087/2011, cit.; Cass. n. 4543/1999, cit.; Cass. 3837/1997, cit.; Trib. Firenze 31 marzo 2003, *D&L*, 2003, p. 1005; Trib. Milano, 27 dicembre 2012, in *D&L*, 2013, 1-2, p. 201. Circa il fatto che il licenziamento discriminatorio sarebbe invece suscettibile di interpretazione estensiva, ma non solo per ciò che riguarda il regime sanzionatorio da applicare, cfr. Cass. 3 agosto 2011 n. 16925, in *RIDL*, 2012, p. 362.

<sup>52</sup> Trib. Milano 27 agosto 2014 n. 2547; Trib. Novara 13 settembre 2013. A cavallo dei due rimedi si colloca ad esempio Cass. 1 dicembre 2010 n. 24347, cit. che qualifica il licenziamento ritorsivo come sorretto da motivo illecito determinante applicando tuttavia la tutela *ex art.* 18. Per ricognizione in argomento LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, 2007, Tomo III, p. 168 ss.

<sup>53</sup> BARBERA, *op. ult. cit.*, p. 141.

<sup>54</sup> Si pensi ad esempio all'art. 26, co. 3, che dispone la nullità dell'atto (leggasi licenziamento) in conseguenza del rifiuto di subire un atto integrante una molestia o una molestia sessuale. Cfr. già prima della riforma Pret. Milano, 27 maggio 1996, in *D&L*, 1997, p. 157. In dottrina MAZZOTTA, *I licenziamenti. Commentario*, Giuffrè, 1999, p. 364. Vedi anche valutazioni critiche di GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 2014, 2, p. 351 ss.

l'onere probatorio<sup>55</sup>, oltre che della prevalenza del giudizio di discriminatorietà del licenziamento in presenza di cause legittime di recesso<sup>56</sup>.

Se per un momento, anche in argomento, tornassimo a vedere il pronunciamento di Cass. n. 6575 cit., questo non ha lasciato spazio ad argomentazioni legate ad una possibile ritorsione “tipizzata” da parte datoriale. Tuttavia, la peculiarità del caso – al di là dell’indagine non condotta per la riscontrata (ed assorbente) illiceità del licenziamento discriminatorio, che rendeva superfluo indagare su possibili varianti della discriminazione stessa – si prestava a svariate presunzioni, che in circostanze simili non è escluso che si presentino. Pensiamo a ragioni di carattere ideologico o religioso, stante il ricorso a tecniche di fecondazione assistita che in Italia non sono permesse o comunque condannate anche per ragioni di ordine etico, comportando la possibilità di congelamento degli embrioni senza obbligo di impianto, a fronte di una legislazione italiana che, come già rilevato, considera “*persona*” l’embrione fecondato in vitro e non ancora trasferito. E comunque, non sarebbe fuor di contesto affermare l’esistenza di una ragione ritorsiva, in aggiunta a quella discriminatoria rilevata, e legata alla avvenuta fruizione di altri periodi di malattia per il medesimo scopo, dal momento che il licenziamento si è verificato in anticipo rispetto alle richieste di ulteriori periodi di assenza e forse anche come conseguenza di quelle in precedenza fruite. Aspetti che avrebbero potuto avere uno specifico rilievo processuale laddove, nel caso deciso da Cass. n. 6575/2016, ci si fosse trovati di fronte ad un datore di lavoro che non aveva palesato la volontà di recedere per le future assenze legate alla procreazione assistita e si fosse dunque reso necessario effettuare valutazioni ancora più ampie.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. 26 maggio 2001 n. 7188, cit. e Cass. 14 luglio 2005 n. 14816, cit., che invece richiedono la prova che l’intento discriminatorio o di rappresaglia abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà del datore di lavoro. In argomento AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in RIDL, 2015, I, 3, p. 339.

<sup>56</sup> Vedasi difatti sia l’art. 26, co. 3, d.lgs. n. 198/2006, secondo cui «*Sono considerati, altresì, discriminazioni quei trattamenti sfavorevoli (...) che costituiscono una reazione ad un reclamo o ad una azione volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento tra uomini e donne*», che l’art. 41-bis dello stesso d.lgs. che conferma espressamente l’estensione della tutela giurisdizionale accordata alle discriminazioni. Cfr. altresì gli 4-bis dei decreti legislativi nn. 215 e 216 del 2003 (come riformati con il d.l. n. 59/2008, convertito in l. n. 101/2008) che danno conto della specifica valenza del licenziamento ritorsivo con estensione della tutela contro le discriminazioni ai casi di «*comportamenti, trattamenti o altre conseguenze pregiudizievoli posti in essere o determinate, nei confronti della persona lesa da una discriminazione diretta o indiretta o di qualsiasi altra persona, quale reazione ad una qualsiasi attività diretta ad ottenere la parità di trattamento*».

## Abstract

Il contributo affronta tre aspetti in particolare, che unitamente testimoniano la capacità espansiva e la crescente vivacità del diritto antidiscriminatorio. Il primo relativo alla nozione di gravidanza ed al periodo dal quale questa effettivamente decorre – aspetto che non risulta essere stato approfondito dai giuristi – evidenziando la lettura riduttiva della giurisprudenza europea sul punto che manca di confrontarsi con la nozione di gravidanza impiegata dalla scienza medica nei Paesi europei mediamente evoluti; lettura uniformemente impostata sulle curve di crescita del feto convenzionalmente stabilite. Aspetto che diventa sempre più importante da cogliere proprio in ragione del ricorso crescente a tecniche di fecondazione assistita. Il secondo aspetto affrontato riguarda invece la delimitazione di un confine più certo fra licenziamento discriminatorio e licenziamento determinato da motivo illecito (art. 1345 cod. civ.), evidenziando l'irrelevanza dell'intento discriminatorio e la capacità della tutela antidiscriminatoria di prevalere su legittime ragioni di recesso eventualmente addotte dal datore di lavoro. Il terzo aspetto attiene infine alla nozione di licenziamento ritorsivo ed al suo corretto inserimento nel sistema di tutela avverso gli atti nulli.

The article addresses three aspects in particular, which, as a whole, show the expansive ability and the growing vitality of anti-discrimination law. The first aspect concerns the notion of pregnancy and the moment from which it begins to exist – issues which have not been adequately addressed by scholars. The assessment of this aspect highlights the inadequate approach by the European case-law, which does not take into account the notion of pregnancy endorsed by medical experts of scientifically advanced European countries (which is a notion uniformly established on the basis of foetal growth curves conventionally laid down). This aspect is today becoming more important, in consideration of the growing recourse to medically assisted procreation techniques. The second aspect regards the demarcation of the boundaries which allow to distinguish discriminatory dismissal from illegal motivation for dismissal (art. 1345 cod. civ.), emphasizing the lack of significance of the discriminatory aim and the capacity of anti-discrimination protection measures to prevail over legitimate reasons for withdrawal. Finally, the third aspect deals with the notion of retaliatory dismissal and its correct contextualization within the system of protection against invalid acts.

## Key words

Gravidanza (nozione e decorrenza per la scienza medica), licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito (differenze), licenziamento ritorsivo e inquadramento nel sistema.

Pregnancy (notion and starting time for medical science), discriminatory dismissal and illegal ground for dismissal (differences), retaliatory dismissal and its incorporation into the labour legal system.

**Veronica Papa**

**Struttura contrattuale e rappresentanza datoriale.**

**Gli effetti del decentramento**

**sulle *peak associations***

**Sommario:** **1.** Premesse. **2.** Articolazione del sistema contrattuale e rappresentanza datoriale. **3.** (*Segue*) I turbamenti delle vicende associative sulla struttura contrattuale. **4.** (*Segue*) Frammentazione rappresentativa datoriale e scelta fraudolenta della controparte sindacale. **5.** Le tendenze regolative del decentramento contrattuale. **6.** (*Segue*) La regolazione eteronoma. Dalla contrattazione di prossimità alla “fungibilità” del livello contrattuale. **7.** (*Segue*) Il decentramento contrattuale controllato nelle fonti autonome. **8.** Prospettive di riforma del decentramento contrattuale e *peak associations* datoriali. **9.** Conclusioni.

## *I. Premesse*

In una prospettiva di interrelazione dinamica tra struttura contrattuale e articolazione delle organizzazioni di interesse, le tendenze al decentramento contrattuale – tradizionalmente analizzate sotto l’angolo prospettico degli effetti su rappresentanza e rappresentatività delle organizzazioni sindacali – non sono prive di significativi riflessi anche sul meno indagato versante della rappresentanza datoriale. E infatti se il decentramento della contrattazione collettiva è suscettibile di incidere sugli assetti organizzativi delle associazioni sindacali, la stessa vicenda non può dirsi scevra di significative conseguenze anche sull’opposto versante della rappresentanza datoriale. Sebbene non vi sia un rapporto di correlazione biunivoca tra struttura contrattuale e forme di articolazione della rappresentanza datoriale, le logiche organizzative e di azione delle organizzazioni datoriali sono tradizionalmente annoverate tra le “determinanti” delle strutture contrattuali e, a loro volta, le formazioni rappresentative datoriali appaiono

influenzate dalla struttura contrattuale e, più in generale, dall'articolazione del sistema di relazioni industriali<sup>1</sup>.

A partire da queste premesse sistematiche, in questo lavoro saranno oggetto di indagine: *a*) in primo luogo e in funzione di una ricostruzione delle coordinate sistematiche della struttura contrattuale, il rapporto sussistente tra struttura contrattuale e articolazioni organizzative delle associazioni di rappresentanza datoriale; *b*) in secondo luogo, l'attuale sistema di decentramento contrattuale italiano, nelle sue varianti regolative autonome ed eteronome. Nell'ultima parte del saggio si formuleranno alcune riflessioni sulle prospettive di riforma della struttura contrattuale assurte, di recente, a una rinnovata centralità nel dibattito politico-sindacale.

## 2. *Articolazione del sistema contrattuale e rappresentanza datoriale*

Una tassonomia essenziale delle possibili forme di influenza delle attività imprenditoriali sulle relazioni industriali consente di enucleare almeno quattro macro-modalità di azione dell'imprenditore, astrattamente idonee a provocare significativi effetti sul versante delle relazioni industriali e sintetizzabili da un lato nell'alternativa tra azione individuale/collettiva e dall'altro tra azione nei panni di datore di lavoro/uomo d'affari<sup>2</sup>.

Tra le due possibili modalità di organizzazione degli imprenditori – nella forma di associazioni imprenditoriali datoriali (*employers' associations*) o associazioni imprenditoriali commerciali (*trade associations*) – ai fini dell'analisi condotta in queste pagine, sarà presa in considerazione solo la prima modalità di azione associativa (in qualità di *employers' organizations*)<sup>3</sup>. Il campo di indagine sarà dunque essenzialmente limitato all'analisi degli aspetti sindacali

<sup>1</sup> Così CLEGG, *Sindacato e contrattazione: una teoria basata sull'analisi comparata di sei paesi*, Franco Angeli, 1980. Come dimostrano, ad esempio, studi empirici comparati sul maggiore tasso di partecipazione alla determinazione delle scelte politiche delle organizzazioni datoriali nei sistemi caratterizzati dalla prevalenza della contrattazione *multi-employer* (a differenza di quanto avviene in sistemi a predominanza di contrattazione *single-employer*).

<sup>2</sup> Secondo la classificazione elaborata da LANZALACO, *Le associazioni imprenditoriali*, in CELLA, TREU, *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, il Mulino, 1998, p. 148 ss.

<sup>3</sup> Pur tenendo presente la precisazione che nel sistema italiano non si assiste a una distinzione dei soggetti associativi dediti, rispettivamente, alla prima o alla seconda finalità, ma piuttosto a una rappresentanza promiscua di multipli interessi datoriali.

dell'attività delle organizzazioni imprenditoriali. Nonostante la consapevolezza che le associazioni datoriali non costituiscono l'unica forma di organizzazione collettiva degli imprenditori incidente sui sistemi di relazioni industriali e ferma restando la loro «irriducibilità ad una sorta di sindacalismo degli imprenditori, corrispondente ai sindacati dei lavoratori»<sup>4</sup>, dunque, il *focus* della trattazione si appunterà sul profilo di maggior rilievo per una ordinata regolazione del sistema di relazioni sindacali, il quale al contempo costituisce uno dei profili meno indagati del versante collettivo delle relazioni di lavoro.

Come anticipato nelle *premesse*, le logiche organizzative e di azione delle organizzazioni datoriali sono tradizionalmente annoverate tra le “determinanti” delle strutture contrattuali e, a loro volta, le formazioni rappresentative datoriali appaiono influenzate dalla struttura contrattuale e, più in generale, dall'articolazione del sistema di relazioni industriali.

Che la struttura organizzativa datoriale (i «comportamenti del padronato», nella prosa originaria di Clegg)<sup>5</sup> possa influenzare la struttura della contrattazione collettiva è assunto non incontestato<sup>6</sup>.

In verità l'acquisizione teorica dell'interdipendenza tra struttura delle organizzazioni datoriali e sistema contrattuale può essere assunta, seppure non come assioma generale, quale tassello della ricostruzione complessiva delle determinanti della struttura contrattuale, congiuntamente ad (almeno) altri quattro fattori: la struttura del sistema produttivo, le caratteristiche del mercato del lavoro, il livello di sviluppo economico, i caratteri dell'intervento statale<sup>7</sup>. Allo stesso tempo, le oscillazioni del pendolo delle relazioni industriali in un senso o nell'altro – verso strutture accentrate, articolate o decentrate

<sup>4</sup> Così VARDARO, *Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, in *DLRI*, 1988, p. 205.

<sup>5</sup> CLEGG, *op. cit.*

<sup>6</sup> Ed, in effetti, proprio l'assetto delle relazioni industriali italiane induce a relativizzare la portata dei nessi di interdipendenza tra i due fattori citati. Come si è notato, l'affermarsi, a partire dagli anni settanta, della contrattazione categoriale come livello dominante di contrattazione non costituisce un riflesso delle caratteristiche del principale organismo rappresentativo degli interessi datoriali (la Confindustria), la cui struttura restava prevalentemente “accentrata” a livello confederale; in questo senso CELLA, *Limiti e pregi di una teoria generale del comportamento sindacale*, in CLEGG, *op. cit.* Contesta la sussistenza di nessi di interdipendenza tra sistema contrattuale e articolazione organizzativa delle associazioni datoriali LEONARDI, *Fusioni organizzative e associazionismo datoriale: quali riflessi sul sistema contrattuale*, in *QRS*, 2011, n. 4, p. 125 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CELLA, TREU, *La contrattazione collettiva*, in CELLA, TREU, *op. cit.*

di contrattazione – sono suscettibili di influenzare le logiche di azione – e in alcune ipotesi, la stessa logica di adesione (*membership*) – delle associazioni datoriali<sup>8</sup>.

### 3. (Segue) *I turbamenti delle vicende associative sulla struttura contrattuale*

Gli studi sociologici e di relazioni industriali, nel corso degli anni, hanno appuntato l'attenzione sull'estremo pluralismo delle forme di rappresentanza degli interessi imprenditoriali<sup>9</sup>.

A fianco del tradizionale inquadramento teorico dell'associazionismo datoriale nell'ambito dell'associazionismo di risposta<sup>10</sup>, dunque, nel sistema di relazioni industriali italiane si può osservare un peculiare frazionamento delle organizzazioni datoriali attorno ad «assi di divisione» (di tipo settoriale, dimensionale, legale e istituzionale)<sup>11</sup>, che si intersecano reciprocamente, dando vita a un sistema di rappresentanza ben più parcellizzato di quello sindacale<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> V. *infra*, nel paragrafo conclusivo.

<sup>9</sup> MARTINELLI, TREU, *Le associazioni degli imprenditori in Italia*, in WINDMULLER, GLADSTONE, *Le organizzazioni degli imprenditori*, Edizioni lavoro, 1985.

<sup>10</sup> GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2006, p. 37.

<sup>11</sup> L'espressione «assi di divisione» per descrivere le traiettorie della diversificazione rappresentativa degli imprenditori italiani è usata da LANZALACO, *op. cit.*, p. 157.

<sup>12</sup> In assenza di criteri certi (legali o contrattuali) di rilevazione della rappresentatività delle organizzazioni datoriali, l'individuazione di una «lista» di associazioni contrassegnate dal crisma della rappresentatività dipende dai parametri utilizzati per definire la nozione di associazione datoriale rappresentativa. Secondo studi recenti, tra le organizzazioni rappresentative, si possono annoverare almeno dieci associazioni per l'industria, l'artigianato e il commercio: Confindustria, Confapi, Confartigianato, CNA, CASA, CLAAI, Confcommercio, Confesercenti, Confetra, Confservizi; due associazioni del settore bancario/assicurativo: ABI e ANIA; quattro associazioni cooperativistiche: Legacoop, Confcooperative, AGCI, UNCI e una associazione di liberi professionisti: Confprofessioni. Una simile estrema diversificazione dei soggetti rappresentativi fa propendere per un sicuro giudizio di frammentarietà delle istanze rappresentative, specie in comparazione alla relativa maggiore compattezza/minore differenziazione delle grandi organizzazioni di interessi economici sul versante della rappresentanza dei lavoratori (v. i dati riportati da FELTRIN, ZAN, *Imprese e rappresentanza. Ruolo e funzioni delle associazioni imprenditoriali*, Carocci, 2015, p. 69 ss.). Si v. pure la ricostruzione del sistema di associazionismo datoriale, di tipo intersettoriale operata da Vatta (VATTA, Italy, in TRAXLER, HUEMER (a cura di), *Handbook of Business Interest Associations, Firm Size and Governance. A Comparative Analytical Approach*, Routledge, 2007), nella quale si rilevano «12 business associations which are independent, cross-sectoral and national».

Che tra le opzioni di segmentazione organizzativa delle organizzazioni datoriali e la composizione della struttura contrattuale sussistano nessi di reciproca interferenza<sup>13</sup> lo si può desumere anche da una mera osservazione numerico-quantitativa dei dati sulla contrattazione collettiva nazionale di categoria. Secondo recenti studi di fonte sindacale il numero attuale dei ccnl vigenti si attesterebbe sulle settecento unità (706, secondo dati Cisl del 2015) e avrebbe mostrato, negli anni della recessione economica, un iperbolico *trend* espansivo, giungendo quasi a una duplicazione del – già considerevole – numero dai contratti nazionali (da 398 nel 2008, a 706 nel 2015)<sup>14</sup>.

Negli ultimi anni, la contrattazione separata è stata prevalentemente analizzata dagli studiosi in funzione delle dinamiche di conflittualità e competizione intersindacale e, a causa degli echi del caso Fiat, è stata per lo più osservata, finora, nella sua variante, pur significativa, di contrattazione «senza la Fiom-Cigl»<sup>15</sup>. Tuttavia, se si tiene a mente che la definizione dell'ambito categoriale di riferimento deriva prevalentemente da scelte datoriali<sup>16</sup> – la moltiplicazione dei contratti può anche essere letta come manifestazione di crisi della rappresentanza datoriale; con il connesso fenomeno della contrattazione separata sul fronte imprenditoriale, motivata da scissioni all'interno delle organizzazioni di interessi imprenditoriali, in connessione con logiche corporative particolaristiche e parcellizzate.

Sebbene la proliferazione degli strumenti contrattuali per lo stesso settore costituisca una conseguenza in certa misura naturale dell'estremo plura-

<sup>13</sup> Di «interferenze reciproche» parla BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva: le interferenze reciproche*, in BORDOGNA, PEDERSINI, PROVASI (a cura di), *Lavoro, mercato, istituzioni. Scritti in onore di Gian Primo Cella*, Franco Angeli, 2012, p. 359 ss.

<sup>14</sup> Secondo una interessante ricerca a cura dell'Ufficio studi della Cisl, la frammentazione dei soggetti datoriali costituisce un fattore primario di proliferazione degli strumenti contrattuali categoriali (cfr. Cisl-Dipartimento Lavoro Formazione Contrattazione Ufficio Studi, *Numeri e qualità del lavoro sotto la lente*, 2015, n. 2). In estrema sintesi, dall'analisi condotta dall'Ufficio studi Cisl emerge che «la frammentazione della rappresentanza datoriale e la forte articolazione settoriale sono alla base dell'inflazione del numero dei ccnl, accelerata negli ultimi anni per l'aggressività dei *new comers* nella stipula a tutto gas di nuovi contratti nazionali». Per un commento giornalistico, v. *La giungla dei 700 contratti nazionali che fa prosperare i piccoli sindacati*, in *Il corriere della sera*, 13 luglio 2015.

<sup>15</sup> Così DEL PUNTA, *L'art. 19 Statuto dei lavoratori davanti alla Consulta: una pronuncia condivisibile ma interlocutoria*, in *LD*, 2013, n. 4, p. 527.

<sup>16</sup> Sui rapporti tra rappresentanza datoriale e definizione della nozione di categoria (*branche*) contrattuale v. BARTHÉLÉMY, *Représentativité patronale et notion de branche*, in *DS*, 2014, n. 3, p. 207.

lismo rappresentativo datoriale, la stipulazione di ccnl multipli appare riconducibile anche a strategie opportunistiche tanto da parte datoriale quanto da quella sindacale. Si fa riferimento alle ipotesi sempre più frequenti di contratti “fotocopia” – stipulati da organizzazioni non confederali sindacali (o comunque da sigle scarsamente rappresentative quali Ugl, Confasal, Cisol, Ciu, Usae, Cse, Fismic o Cub) o datoriali (come ad esempio Esaarco) – senza sostanziali variazioni rispetto a quelli siglati dalle associazioni confederali, ai precipui fini di utilizzare la stipulazione del ccnl come scopo mediato, per accedere ad altri vantaggi finali (quali le risorse destinate ai patronati, ai centri di assistenza fiscale o agli enti bilaterali o la mera legittimazione/sopravvivenza di organizzazioni non rappresentative con i relativi apparati burocratici)<sup>17</sup>. Basti pensare – come dimostrano i dati emergenti dall’archivio corrente del CNEL – alla coesistenza di 20 ccnl<sup>18</sup> nel settore metalmeccanico, per non citare che uno dei settori ad alta densità di strumenti contrattuali categoriali.

Sul punto non si può omettere di menzionare gli effetti collaterali, in parte intuitivi, derivanti dall’eccessiva offerta di accordi categoriali a disposizione degli operatori economici; e infatti una simile differenziazione degli strumenti contrattuali è suscettibile, da un lato, di incentivare atteggiamenti di *law shopping* da parte dei datori di lavoro *free rider*, non iscritti ad associazioni datoriali<sup>19</sup>, dall’altro, rischia di complicare l’individuazione degli strumenti contrattuali di riferimento per la categoria (con l’irrazionale applicazione agli appartenenti a uno stesso settore produttivo di condizioni giuridiche ed economiche nettamente differenti, con evidenti rischi di concorrenza sleale). Né si può omettere di considerare i possibili effetti nefasti di simili meccanismi moltiplicativi sulla proliferazione di enti bilaterali e fondi previdenziali, con la conseguente riduzione di sostenibilità finanziaria di questi ultimi – in quanto enti assicurativi interamente dipendenti dalle risorse fornite dagli aderenti<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Lo si desume, ancora, dalla lettura del rapporto sulla contrattazione nazionale citato *supra*, nt. 14.

<sup>18</sup> Nel quale peraltro si è passati dai 6 contratti (nel 2008) ai 20 (più il ccsl di unico livello Fiat) nel 2015, con un aumento del 233% degli strumenti contrattuali applicabili.

<sup>19</sup> E dunque in grado di selezionare di volta in volta, in sede di rinvio individuale al contratto «anche contratti collettivi [...] “più convenienti” sottoscritti in altro settore merceologico, pur con i correttivi imposti dalla giurisprudenza sull’art. 36 della Cost.» (v. LASSANDARI, *Problemi e ricadute della contrattazione “separata”*, in *DLRI*, 2010, n. 126, p. 332).

<sup>20</sup> GOTTARDI, *Le profonde modificazioni nel sistema di relazioni sindacali*, in *QRS*, 2014, n. 2, p. 182.

Un ulteriore profilo di incidenza delle vicende endoassociative datoriali sulla struttura contrattuale può essere rappresentato dalla fuoriuscita di importanti attori datoriali dal sistema di rappresentanza. In questo caso, come è noto, il *leading case* è rappresentato dall'*affaire* Fiat, archetipo<sup>21</sup> italiano di ciò che in altri paesi occidentali si è già manifestato in forme più o meno diversificate, ma come manifestazione di una esigenza di fondo, quella della “personalizzazione” delle istanze rappresentative e contrattuali delle grandi imprese multinazionali<sup>22</sup>, con la creazione di un sistema contrattuale «auto-concluso» e «autosufficiente»<sup>23</sup>. Nonostante la vicenda abbia costituito a suo tempo una spia dell'insofferenza nei riguardi dell'attuale articolazione contrattuale ed abbia dato corpo alle esigenze di costituire un sistema di contrattazione sostanzialmente “autarchico” su base di (singola) impresa, gli anni successivi (e la stessa struttura del tessuto imprenditoriale italiano) fanno propendere per un ridimensionamento della portata degli eventi di “fuga” dalla rappresentanza datoriale, non indefinitamente replicabili su larga scala<sup>24</sup>. Ed

<sup>21</sup> L'espressione è mutuata da BAVARO (*Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell' "archetipo" Fiat di Pomigliano*, in *QRS*, 2010, n. 3). A dimostrazione del pluralismo strutturale endoassociativo dell'organizzazione confindustriale, poi, la vicenda della fuoriuscita della Fiat dal perimetro della rappresentanza datoriale non è stata totale, ma si è limitata alla fuoriuscita dall'associazione-madre, con il mantenimento in vita del legame associativo con l'organismo territoriale: ed infatti il divorzio della Fiat da Confindustria non ha impedito di mantenere in vita la parallela relazione associativa con l'Unione degli industriali di Torino. La scelta dell'*exit* parziale dall'organismo di rappresentanza, se indubbiamente giustificata alla luce dei plurimi interessi concreti perseguiti dal management di Fiat-FCA con il combinato disposto tra recesso dall'organizzazione datoriale confederale e disdetta di tutti gli strumenti contrattuali previgenti, può anche analizzarsi alla luce dei vantaggi rappresentativi delle «associazioni territoriali [...] in naturale prossimità con le imprese» (sul punto si v. BERTA, *Produzione intelligente. Viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, 2014, p. 107 ss.).

<sup>22</sup> Sugli effetti delle scelte di relazioni industriali delle imprese multinazionali v. MAR-GINSON, MEARDI, *Big players, Different rules? Multinationals and collective bargaining in Europe*, in *Industrial Relations Research Unit, University of Warwick (UK), Gusto WP6 Working Paper*, 2012.

<sup>23</sup> Così definito dal giudice modenese nell'ordinanza (Trib. Modena 4 giugno 2012) con la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori. Per una ricostruzione “storica” degli eventi che hanno condotto al progressivo allentamento dei rapporti tra il gruppo Fiat e l'associazione degli industriali, si v. BERTA, *La Confindustria*, in AA.VV., *L'annuario del lavoro. Il diario del lavoro*, Union printing, 2011, p. 177 ss.

<sup>24</sup> Ma si v. comunque in argomento alcuni casi di frammentazione della rappresentatività nel settore del commercio (basti pensare alla fuoriuscita di Federdistribuzione da Confcommercio) o all'*exit* di Unipol Sai da Ania o, più di recente, alla fuoriuscita delle testate giornalistiche appartenenti al gruppo editoriale Caltagirone – di cui fanno parte Il Messaggero, Il

infatti, anche la stessa tradizionale etichetta di *second best choice* attribuita all'opzione associativa sul fronte datoriale andrebbe contestualizzata con riferimento alle differenti realtà imprenditoriali e sarebbe verosimilmente riferibile a specifici segmenti dell'"universo imprenditoriale", soprattutto quelli delle grandi imprese in grado di influire autonomamente sui decisori politici<sup>25</sup>.

#### 4. (Segue) *Frammentazione rappresentativa datoriale e scelta fraudolenta della controparte sindacale*

L'incremento della contrattazione collettiva categoriale in forza di moltiplicazioni di strumenti contrattuali identici e/o dello scorporo di sigle sindacali e datoriali, con la creazione *ad hoc* di nuovi soggetti rappresentativi, contrasta con gli stessi obiettivi di razionalizzazione delle aree di contrattazione solennemente evocati dalle parti sociali. Si fa riferimento ai propositi di riduzione della complessità contrattuale formulati nell'Accordo separato del 2009<sup>26</sup> e, ancora prima e congiuntamente, nel 2007, in un documento intersindacale unitario nel quale si affermava la necessità di razionalizzare le «aree di copertura dei ccnl [...] prevedendo la possibilità di accorpamenti per aree omogenee e per settori, favorendo la riunificazione di contratti analoghi facenti riferimento a diverse organizzazioni di rappresentanza datoriale»<sup>27</sup>.

Mattino, *Il Gazzettino*, *Il Corriere Adriatico*, *il Quotidiano di Puglia*, e *Leggo*, con le relative edizioni *on line* – dalla Federazione Italiana Editori.

<sup>25</sup> CATINO, *Le trasformazioni delle associazioni imprenditoriali verso l'attivazione della rete associativa*, in *DRI*, 2006, n. 1, p. 41. Non pare suscettibile di incidere sulla struttura contrattuale, quanto meno a breve termine, la creazione di nuove macro-strutture di rappresentanza degli interessi delle PMI. Si fa riferimento alla nascita – rispettivamente, nel 2010 e nel 2011 – di due nuove *umbrella associations*, Rete Imprese Italia e di Alleanza delle cooperative italiane – che seppure non prive di rilievo sotto il profilo dei possibili meccanismi di semplificazione e aggregazione di istanze rappresentative – non possiedono tuttavia competenze o finalità di rappresentanza contrattuale. Sulle differenze organizzative e strutturali tra le due formazioni rappresentative v. ZAN, *Segnali di novità nel sistema di rappresentanza degli interessi imprenditoriali in Italia*, in *QRS*, 2011, n. 4, p. 50 ss. Per una analisi del possibile ruolo contrattuale di Rete Imprese Italia si v. comunque FAIOLI, *Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle imprese di minori dimensioni del Terziario: la disarmonica identità di RETE Imprese Italia*, in questa rivista, 2016, n. 1.

<sup>26</sup> Accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009.

<sup>27</sup> Pur rinviando genericamente alla futura individuazione di «una sede congiunta, ad

Si tratta tuttavia di un problema che, nonostante alcune solenni proclamazioni di rito, non è stato mai seriamente affrontato dalle parti sociali; e infatti gli atti autonomi di regolazione del sistema contrattuale non contengono alcuna disposizione per la misurazione della rappresentatività effettiva delle organizzazioni datoriali, nonostante la possibile incidenza di situazioni di pluralismo conflittuale tra le stesse quanto agli «ambiti o bacini di diretta incidenza dei rispettivi contratti collettivi di categoria»<sup>28</sup> e nonostante l'aumento esponenziale della rilevanza del criterio maggioritario quale «dispositivo di governo del pluralismo sindacale»<sup>29</sup>.

Se questo è vero vale la pena di sottolineare che anche nella fonte autonoma che si proponeva di fornire una auto-regolazione tendenzialmente onnicomprensiva del sistema di relazioni industriali – ossia il Testo Unico del 10 gennaio 2014 – manca ogni tentativo di mettere ordine nel campo dei parametri di rilevazione della rappresentatività datoriale. Come è noto, infatti, nel Testo Unico 2014 si introducono strumenti di misurazione della rappresentatività sindacale<sup>30</sup>, ma non si definiscono criteri e parametri di rappresentatività delle organizzazioni datoriali<sup>31</sup>. Una simile sottovalutazione

esempio il CNEL per esaminare l'attuale situazione e verificare le linee di indirizzo condivise per la semplificazione» (cfr. il documento intersindacale di Cgil Cisl e Uil del 24 novembre 2007 «Per valorizzare il lavoro e far crescere il Paese»).

<sup>28</sup> MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, 2014, p. 550.

<sup>29</sup> L'espressione è usata da BAVARO, *Il principio maggioritario nelle relazioni industriali*, in LD, 2014, n. 1, p. 3.

<sup>30</sup> Peralto, come rilevato da Carrieri (CARRIERI, *La lunga fuoriuscita dall'incerta rappresentanza: un approdo finalmente solido?*, in DLRI, 2014, n. 3, p. 549), con meccanismi talvolta eccessivamente macchinosi e dispersivi, che coinvolgono una molteplicità di soggetti istituzionalmente deputati a misurare il consenso, e con una serie di possibili cortocircuiti operativi, derivanti, ad esempio, dal coinvolgimento del Cnel – a lungo trascurato dalle parti sociali, fino alla sua recente inclusione tra gli «enti inutili», destinatari di provvedimenti di formale soppressione nell'immediato futuro.

<sup>31</sup> L'assenza di ogni tentativo di risoluzione del problema della parcellizzazione rappresentativa datoriale sembra contribuire a un decisivo ridimensionamento del possibile ruolo – avvocato a sé dal Testo unico, come si evince dalla sua stessa denominazione – di fonte di (ri)fondazione di un «sistema di relazioni industriali regolato» e «in grado di dare certezze» agli operatori giuridici (questi propositi di riforma sono tratti dalle premesse dell'atto che ha dato avvio al faticoso processo di riscrittura delle regole autonome del sistema contrattuale, ossia l'Accordo interconfederale fra Confindustria e Cgil, Cisl e Uil del 28 giugno 2011). La sottovalutazione della rilevanza cruciale, ai fini della certezza delle relazioni contrattuali, del governo del dissenso datoriale e dunque dell'introduzione di forme di misurazione della rappresentatività anche delle

della rilevanza delle vicende soggettive datoriali nella segmentazione della contrattazione categoriale<sup>32</sup> appare tanto più grave se si pensa alle ipotesi in cui la stipulazione di ccnl in “tavoli” separati sottende a una deliberata selezione fraudolenta delle controparti sindacali e dunque alla stipulazione di contratti pirata<sup>33</sup>. Nelle more di un auspicabile intervento legislativo di sostegno (anche) sul tema della rappresentatività datoriale, un argine alle strategie negoziali di cucitura di un vestito categoriale su misura della parte datoriale interessata (e/o di soggetti sindacali dalla dubbia rappresentatività) potrebbe derivare da una decisa riaffermazione, in via amministrativa e/o giudiziale, della natura selettiva delle disposizioni preordinate a riconoscere vantaggi di varia natura – legale, contributiva, economica – a seguito della stipulazione di contratti collettivi. Vale la pena di menzionare, a tal proposito, un orientamento amministrativo, con il quale i funzionari ministeriali – chiamati a pronunciarsi sui possibili profili di illegittimità dei contratti collettivi stipulati nel settore delle agenzie assicurative – hanno ritenuto opportuno ribadire l’applicabilità di «benefici normativi e contributivi» ai soli datori di lavoro che applichino contatti collettivi sottoscritti da «organizzazioni in possesso del requisito della maggiore rappresentatività in termini comparativi,

organizzazioni datoriali è comune anche al legislatore; nell’art. 8 del d.l. 138/2011, infatti, il dispositivo legale attribuisce, in maniera del tutto indiscriminata, alle associazioni datoriali territoriali gli eccezionali poteri di deroga in esso contenuti, senza preoccuparsi di selezionare i titolari dei poteri derogatori sul piano datoriale.

<sup>32</sup> Di recente, le organizzazioni sindacali confederali hanno espresso consapevolezza dell’incidenza della segmentazione rappresentativa datoriale sulla “giungla” della contrattazione collettiva di categoria. Si legge infatti tra gli obiettivi delle linee di riforma della contrattazione presentate da Cgil, Cisl e Uil il 14 gennaio 2016 (Cgil, Cisl, Uil, *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo economico fondato sull’innovazione e la qualità del lavoro*) che «occorre, sulla base delle reali esigenze di tutela di specifiche realtà produttive, conseguire un processo di razionalizzazione e diminuzione del numero dei contratti nazionali, consapevoli che in parte essi rappresentano un processo di frammentazione della rappresentanza associativa dell’impresa».

<sup>33</sup> Un caso paradigmatico della tendenza a sottoscrivere contratti separati con finalità di *dumping* contrattuale si è verificato in occasione del rinnovo del ccnl nel settore delle agenzie assicurative in gestione libera. Si tratta di una ipotesi di frammentazione tra le organizzazioni datoriali rappresentative nel settore assicurativo che, nel 2014, ha condotto di due distinti accordi di rinnovo del ccnl: uno – ccnl Anapa-Unapass del 20 novembre 2014 – stipulato con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative nel settore – e l’altro – ccnl Sna del 10 novembre 2014, sottoscritto dall’associazione datoriale (Sna) e “nuove” organizzazioni sindacali, estranee al settore di riferimento (Fesica Confisal e Confisal Fisals) – con elementi economici e normativi nettamente deteriori rispetto all’ipotesi contrattuale sottoscritta con i sindacati confederali rappresentativi.

in ragione di specifiche scelte operate dal legislatore volte a sollecitare, nel rispetto del principio di libertà sindacale, l'applicazione di tali contratti»<sup>34</sup>.

Si tratta, ad ogni modo, di strumenti interpretativi di contrasto alla stipulazione (e/o all'applicazione) di forme di contrattazione collettiva “al ribasso” non utilizzabili al di là delle ipotesi in cui la maggiore rappresentatività comparativa sia utilizzata dal legislatore al fine della selezione di soggetti fruitori di benefici economico-normativi o della delega legale di funzioni regolative alla sede contrattuale e dunque, di per sé, non idonei a costituire un freno alla creazione di nuove ed eterogenee micro-categorie contrattuali. A questi fini, pare infatti che solo un intervento eteronomo sulla rappresentanza (sindacale e datoriale) possa contribuire a ridurre il ricorso opportunistico a strumenti negoziali “minoritari”, anche in funzione di *dumping* normativo-salariale.

##### 5. *Le tendenze regolative del decentramento contrattuale*

Come si è anticipato *supra*, in una indagine sulle interrelazioni dinamiche tra articolazione della struttura contrattuale e opzioni rappresentative delle organizzazioni di interessi datoriali, occorre appuntare l'attenzione anche sui rapporti tra le attuali tendenze al decentramento dell'asse contrattuale e l'assetto delle forme di rappresentanza datoriale.

La prospettiva comparata delle forme di regolazione del decentramento contrattuale non può, per ovvie ragioni connesse all'economia di questo lavoro, essere compiutamente affrontata in questa sede. Tuttavia, lungi dal proporre assimilazioni semplificanti dei sistemi di contrattazione collettiva – e

<sup>34</sup> Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nota 24 marzo 2015, n. 32/0005623. Nel senso della legittimità costituzionale di una previsione normativa intesa a sancire, per i soci di cooperativa, la necessaria applicazione di trattamenti retributivi minimi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale (art. 7, c. 4, del dl 31 dicembre 2007, n. 248, conv. dall'art. 1, c. 1, l. 28 febbraio 2008, n. 31), cfr. C. Cost. 51/2015, con la quale la Corte ha respinto l'eccezione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale di Lucca per violazione dell'articolo 39 della Costituzione. Secondo il giudice delle leggi «l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative».

senza necessità di formulare preferenze metodologiche per la teoria della convergenza<sup>35</sup> o, per contro, della divergenza nella comparazione tra sistemi di relazioni industriali – si può rilevare che la propensione al decentramento delle sedi di contrattazione si iscrive in tendenze diffuse su scala europea, ricollegabili, in via di estrema semplificazione, ai turbamenti del contesto economico–produttivo e normativo in atto<sup>36</sup> e all'accresciuto potere regolativo delle imprese<sup>37</sup>. Alle istanze di valorizzazione della contrattazione a livello decentrato, si è accompagnato un processo di depotenziamento della contrattazione *multi-employer* che, negli ultimi anni, è passato, come si è incisivamente affermato, da una crescente corrosione a un attacco frontale<sup>38</sup>, anche sulla base di “inviti” al decentramento contrattuale provenienti da organizzazioni economiche sovranazionali (e internazionali)<sup>39</sup>.

Sul punto, occorre premettere che, allo stato, nell'ordinamento italiano è possibile rilevare la coesistenza di (almeno) due differenti forme regolative del decentramento contrattuale – rinvenibili, rispettivamente, nelle fonti autonome

<sup>35</sup> BACCARO, HOWELL, *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune*, in *QRS*, 2012, n. 1, p. 13.

<sup>36</sup> Uno dei fattori che hanno influenzato le tendenze verso la contrattazione decentrata e con essa i mutamenti degli assetti di potere interni alle organizzazioni è rappresentato dal cambiamento del contesto economico–regolativo europeo. Come si è osservato (MARGINSON, SISSON, *European Integration and Industrial Relations*, Palgrave Macmillan, 2004, p. 15 ss.), gli avanzamenti dell'integrazione europea e l'uropeizzazione delle decisioni finanziarie, derivanti dall'adozione di una moneta unica, non possono dirsi privi di effetti sulla struttura contrattuale e sugli stessi modelli di rappresentanza datoriale diffusi negli Stati membri. Il declino della contrattazione *multi-employer* e lo scivolamento, specie da parte delle grandi imprese, verso modelli di contrattazione *single-employer* annoverano tra i loro agenti eziologici anche lo slittamento verso la sovranazionalità delle decisioni economico–finanziarie. E infatti «by internationalizing the scope of the product market, EMU further undermines the role of multi-employer bargaining at national level in taking wages out of competition within the relevant market» (P. Marginson, Sisson, p. 16). In argomento, più di recente, si v. BORDOGNA, PEDERSINI, *What Kind of Europeanization? How EMU is Changing National Industrial Relations in Europe*, in *DLRI*, 2015, n. 146, p. 183 ss.

<sup>37</sup> Nell'ambito dei fenomeni di “aziendalizzazione” delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro, sui quali si v. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012.

<sup>38</sup> MARGINSON, *Coordinated bargaining in Europe: From incremental corrosion to frontal assault?*, in *EJIR*, 2015, n. 2, p. 97 ss.

<sup>39</sup> Per una “mappa” su base comparata degli effetti della crisi e delle politiche di austerità sui sistemi di relazioni industriali europei e con particolare riferimento alle vicende che hanno riguardato le tendenze – volontarie o indotte – al decentramento contrattuale, v. LEONARDI, *L'impatto della governance europea sulla contrattazione salariale nel sud Europa: un confronto fra Italia, Spagna e Portogallo*, in corso di pubblicazione in *QRS*.

(§ 7) ed eteronome (§ 6) – ed ispirate alle logiche, diametralmente opposte, del c.d. decentramento organizzato<sup>40</sup>, le une, e del decentramento disorganizzato, le altre.

6. (Segue) *La regolazione eteronoma. Dalla contrattazione di prossimità alla “fungibilità” del livello contrattuale*

Le disposizioni maggiormente rilevanti ai fini dell’individuazione del modello di decentramento contrattuale prediletto dal legislatore interno sono quelle contenute nell’art. 8 del d.l. 138/2011, convertito in legge 148/2011 e, da ultimo, nell’art. 51 del d.lgs. 81/2015<sup>41</sup>.

Con l’introduzione della disposizione di *sostegno alla contrattazione di prossimità*<sup>42</sup>, il legislatore è sembrato aderire a un modello di struttura contrattuale ispirato alle logiche del decentramento non organizzato, con una opzione regolativa verso forme di decentramento derogatorio svincolate da esigenze di raccordo con gli altri livelli contrattuali e con spiccati tratti di originalità nel panorama giuridico europeo, ancora caratterizzato dalla persistenza di forme di decentramento organizzato della contrattazione collettiva<sup>43</sup>.

Oggetto di numerosi approfondimenti scientifici e di attenzioni (critiche ma anche apologetiche) nel dibattito giuridico-sindacale degli ultimi anni, la disposizione contenuta nell’art. 8 l. 148/2011 ha subito un processo di parziale erosione da parte delle ultime riforme che, pur non prevedendo

<sup>40</sup> La teorizzazione del c.d. decentramento organizzato si deve a TRAXLER, *Farewell to labour market associations? Organized versus disorganized decentralization as a map for industrial relations?*, in CROUCH, TRAXLER (a cura di), *Organized industrial relations in Europe: What future?*, Aldershot, 1995. In argomento si v. CARUSO, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *DLRI*, 2006, p. 581 ss.

<sup>41</sup> Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni*).

<sup>42</sup> Così è rubricato l’art. 8 del d.l. 138 del 2011, convertito in legge 148/2011.

<sup>43</sup> Con l’eccezione dell’ordinamento spagnolo, con il quale sembra emergere qualche affinità regolativa, limitatamente al profilo del decentramento derogatorio “disorganizzato”. Con le recenti riforme del lavoro (r.d. 7/2011 e r.d. 3/2012), infatti, il legislatore spagnolo ha sancito una forte preferenza per il contratto aziendale, facendo, anche in questo caso, “saltare” l’auto-regolamentazione sindacale nei rapporti tra contratti di settore e di impresa” (così PERULLI, *La contrattazione collettiva di “prossimità”: teoria, comparazione e prassi*, in *RIDL*, n. 4, p. 935; in argomento si v. MOLINA, *Beyond de-centralization. The erosion of collective bargaining in Spain during the great recession*, in *SM*, 2014, n. 3).

la sua abrogazione, sono intervenute a ri-regolare materie comprese nel suo campo di applicazione, in parte diluendo gli effetti dirompenti a suo tempo paventati da molti interpreti. Si fa riferimento al duplice processo di “superamento” della portata dei contenuti derogatori dell’art. 8, derivante, da un lato, dalle previsioni concessive introdotte direttamente per via legale, senza ricorrere a “mediazioni” contrattuali<sup>44</sup>; dall’altro, dai rinvii alla contrattazione collettiva formulati nel *Jobs act* e, soprattutto, dalla disposizione contenuta nell’art. 51 del d.lgs. 81/2015<sup>45</sup>.

Senza entrare nel dettaglio delle singole tipologie di rinvio legale alla fonte contrattuale e al di là delle possibili (ri)letture del complessivo assetto delle fonti lavoristiche alla luce delle nuove previsioni<sup>46</sup>, basterà ricordare, in questa sede, che le riforme legislative sussumibili sotto la rubrica del *Jobs act* si sono contraddistinte per l’uso di rinvii derogatori (e talvolta integrativi)<sup>47</sup> alla contrattazione collettiva (specie nel d.lgs. 81/2015) e per la fungibilità del livello contrattuale oggetto di rinvio. E infatti, ai sensi dell’art. 51 del d.lgs. 81/2015, «salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali ovvero

<sup>44</sup> Come ha rilevato Lassandari (LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *QG*, 2015, n. 3, p. 53), «la stessa funzione derogatoria sembra in buona parte indebolita proprio dalle dosi massicce di flessibilità assicurate direttamente dal legislatore».

<sup>45</sup> Basti pensare, tra gli esempi più rilevanti, al rimando alla contrattazione collettiva contenuto nell’art. 3 – comma 4 – del d.lgs. 81/2015, al fine della previsione di «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore». Con il mero limite relativo alla necessità che le nuove mansioni rientrino «nella medesima categoria legale», ma senza alcun condizionamento causale della potestà derogatoria contrattuale. Sulla “causalità” del rinvio alla contrattazione nell’art. 3, si v. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT - 262/2015*, p. 9.

<sup>46</sup> Su questo tema si v. ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” .IT - 284/2015*; FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell’uguaglianza*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” .IT - 276/2015*, p. 34 ss.

<sup>47</sup> Ossia in funzione del mero completamento dei contenuti legali, come, ad esempio, *ex aliis*, avviene nell’art. 16 (in merito alla definizione contrattuale della misura dell’indennità di disponibilità nel lavoro intermittente); nell’art. 19, comma 5 (laddove si prevede un ruolo dei contratti collettivi nella definizione delle modalità di informazione sui posti vacanti a tempi indeterminato); o ancora nell’art. 42, nel quale è rimessa ai contratti collettivi la predisposizione di moduli e formulari per il piano formativo individuale (nel contratto di apprendistato).

dalla rappresentanza sindacale unitaria». Con riferimento alle ipotesi di rinvio ai contratti collettivi “senza aggettivi”, dunque, il legislatore si esprime nel senso dell’indifferenziazione del livello contrattuale di recepimento della delega legislativa, in funzione (presumibilmente) di un ulteriore spostamento in senso decentrato dell’asse contrattuale.

Sul punto, peraltro, la clausola di fungibilità contrattuale sembra creare, da un lato, una sovrapposizione legale nelle ipotesi di coincidenza tra le materie ricomprese nel campo di applicazione della disposizione sui contratti di prossimità e quelle ri-regolate nel *Jobs act* (e la sovrapposizione si verifica sempre nelle materie regolate nel d.lgs. 81/2015). Dall’altro, nei predetti casi di competenze contrattuali sovrapposte – *ex art. 8 e ex d.lgs. 81/2015* – si crea una sorta di cortocircuito regolativo tra le diverse forme di rinvio alla regolazione autonoma, con un (probabile) ridimensionamento della *raison d’être* della disposizione sui contratti di prossimità, nella misura in cui le stesse competenze derogatorie sono attribuite alla contrattazione collettiva di tutti i livelli, ma scevra dai pur tenui vincoli finalistici, sostanziali e procedurali dettati dall’art. 8<sup>48</sup>. Al di là delle presumibili disarmonie (e ulteriori frammentazioni) indotte dalla disposizione citata sul panorama delle fonti contrattuali – e dunque, in definitiva, sul sistema di contrattazione collettiva – l’ulteriore spinta nel senso del decentramento disarticolato è suscettibile di dispiegare significativi effetti di risulta anche sull’assetto organizzativo e funzionale delle organizzazioni datoriali, contribuendo a depotenziarne le tradizionali prerogative negoziali (come si vedrà *infra*, § 9).

## 7. (Segue) Il decentramento contrattuale controllato nelle fonti autonome

Se l’ordito regolativo eteronomo pare ormai in corso di definitivo assetto sull’asse del decentramento “libero” o non organizzato, decisa-

<sup>48</sup> Tuttavia la disposizione sui contratti di prossimità mantiene una sua specificità regolativa nella misura in cui, alle condizioni in essa enunciate, garantisce agli accordi decentrati in deroga effetti *erga omnes*. Si tratta di differenza di non poco conto, dal momento che la tesi dell’efficacia generalizzata di (tutti) i contratti aziendali oggetto di rinvio legale è lungi dall’apparire generalmente accettata (in questo senso v. ZOPPOLI L., *op. cit.*). Si v. in proposito una pronuncia della Suprema corte, con la quale si è affermata l’inefficacia del contratto collettivo aziendale nei riguardi dei lavoratori che, aderendo a un sindacato non firmatario dell’accordo, avessero dunque espresso un (implicito?) dissenso nei riguardi del testo contrattuale (Cass. 18 aprile 2012, n. 6044).

mente divergente appare il modello contrattuale disegnato dalle fonti volontarie. E infatti, in un sistema sindacale anomico – anche se in via di crescente istituzionalizzazione – nel corso dell’ultimo ventennio, le fonti volontarie hanno delineato una struttura contrattuale collettiva ispirato alle logiche del decentramento centralizzato e fondato sulla primazia del contratto nazionale. Il riferimento, in particolare, è agli accordi interconfederali che si sono succeduti a partire dal Protocollo Ciampi del 1993 fino al più recente Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014. E infatti, anche nella cornice regolativa del Testo Unico del 10 gennaio 2014, le parti sociali hanno ribadito la preminenza della negoziazione di categoria e la sua facoltà di governo “dall’alto” sulla contrattazione di secondo livello. Nel sistema delineato dal TU 2014 – che sul punto si è sostanzialmente limitato a recepire quanto già affermato dall’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 – permane un controllo verticistico della derogabilità degli standard nazionali ad opera della contrattazione di secondo livello<sup>49</sup>, che si estende anche alla determinazione degli ambiti oggettivi di intervento della contrattazione decentrata<sup>50</sup>.

È tuttavia lecito revocare in dubbio l’effettiva attitudine delle regole volontarie a garantire la fondazione di un «sistema di relazioni sindacali e contrattuali regolato e [...] in grado di dare certezze» agli operatori giuridici (oltre che alle stesse parti sociali)<sup>51</sup>. E infatti al di là delle prospettive di (ulteriore) riforma autonoma del sistema di contrattazione (e del paventato intervento unilaterale del legislatore) e dunque di possibili nuove modifiche degli assetti contrattuali – sulle quali ci si soffermerà *infra*, § 8 ss. – in un contesto di efficacia meramente obbligatoria delle forme di autodisciplina del pluralismo negoziale<sup>52</sup>, l’attuazione delle regole di autogoverno del sistema

<sup>49</sup> Con la pur significativa eccezione dei contratti aziendali deputati a «gestire situazioni di crisi» o stipulati «in presenza di investimenti significativi», i quali potrebbero introdurre deroghe peggiorative rispetto ai contenuti dei ccnl anche «ove non previste e in attesa che i rinnovi definiscano la materia».

<sup>50</sup> Autorizzata a disciplinare le materie «delegate [...] dal contratto collettivo nazionale di lavoro di categoria o dalla legge».

<sup>51</sup> Secondo gli auspici formulati nell’*incipit* dell’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

<sup>52</sup> Peraltro, al di là della tenue vincolatività delle fonti volontarie, queste ultime si caratterizzano anche per carenze stilistiche e contenutistiche nella definizione degli obblighi delle parti. Esempi paradigmatici emergono dal Testo unico della rappresentanza del 10 gennaio 2014. Basti pensare che l’attuazione dei meccanismi di misurazione della rappresentatività sindacale

contrattuale è rimessa all'effettivo rispetto degli obblighi endoassociativi da parte dei membri delle associazioni sindacali/datoriali. In questo contesto, alla consueta scarsa esigibilità degli obblighi sanciti dalle fonti autonome<sup>53</sup> si aggiunge, nel caso delle associazioni datoriali, la difficile configurabilità di forme di coazione atte ad indurre gli associati ad assoggettarsi alle decisioni prese nell'interesse collettivo dell'associazione, che rende le *employers' association* scarsamente governabili<sup>54</sup>. Come è noto, infatti, nelle organizzazioni datoriali, ancor più che nei sindacati, la scelta sul livello di esigibilità degli obblighi associativi è rimessa alle determinazioni statutarie delle singole associazioni, con una prevalente tendenza a puntare «sul rispetto volontario da parte dei soci delle direttive organizzative e delle linee d'azione stabilite»<sup>55</sup>.

– pietra angolare del nuovo sistema di definizione della legittimazione negoziale – è stata in definitiva rimessa all'attivazione non obbligatoria dei singoli soggetti datoriali. Secondo le stesse parti sociali è in questo passaggio che si annidano tutte le vischiosità che stanno, di fatto, determinando la mancata attivazione del sistema di rilevazione della rappresentatività predisposto dal TU. Questo appare dunque uno dei profili sui quali si palesa la necessità di un intervento eteronomo promozionale di sostegno/recepimento delle regolazioni autonome. In tal senso sembra orientarsi la proposta di legge redatta dal gruppo Freccia Rossa (Gruppo Freccia Rossa, *Proposta di intervento legislativo in materia sindacale*, in *RIDL*, 2015, n. 4, III, p. 205 ss.). Per alcune soluzioni regolative sul tema della rappresentatività datoriale si v. la proposta di “legge sindacale” presentata dai giuristi afferenti alla redazione di *Diritti lavori mercati* (AA.VV., *Proposta di legge. Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori e Guida alla lettura della proposta di legge*, entrambe in questa rivista, 2014, n. 1). Di recente, cfr. anche l'ipotesi di regolazione della rappresentatività datoriale contenuta nella Carta dei Diritti universali del lavoro presentata dalla Cgil a febbraio 2016, con l'obiettivo di pervenire alla predisposizione di una proposta di legge di iniziativa popolare (cfr., in particolare, l'art. 35 della Carta “Registrazione e verifica della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro”).

<sup>53</sup> Confermata anche dalla sostanziale indifferenza giurisprudenziale ai canoni di governo della struttura contrattuale di matrice sindacale e con il frequente ricorso a categorie civilistiche per dirimere i nodi delle (poche) ipotesi di violazione degli obblighi associativi giunti innanzi all'autorità giudiziaria. Cfr. la pronuncia del Tribunale di Roma del 13 maggio 2013; in argomento si rinvia a PAPA, *Autonomia ed eteronomia nella regolazione del sistema contrattuale “al plurale”*, in *LD*, 2014, n. 1).

<sup>54</sup> Come ricorda Traxler (TRAXLER, *Employers and employer organisations: the case of governability*, in *IRJ*, 1999, 30, p. 345 ss.), nelle *employers' associations* «associational governability continues to be a highly precarious issue. This is because control over the means of production (including decisions on working conditions) remains with the individual enterprise. This results in an asymmetrical distribution of power between employers and their associations».

<sup>55</sup> Così GLADSTONE, *Analisi comparata delle organizzazioni degli imprenditori: funzioni e attività*, in WINDMULLER, GLADSTONE, *op. cit.*

## 8. *Prospettive di riforma del decentramento contrattuale e peak associations datoriali*

Come si è visto, mentre la disciplina eteronoma continua a spostarsi sull'asse del decentramento contrattuale "libero", la trama regolativa autonoma del TU 2014 delinea un sistema a decentramento coordinato/controlato dall'alto, con la conferma della volontà delle parti (non esclusa quella datoriale) di «mantenere uno stretto controllo centrale»<sup>56</sup> sulla potestà contrattuale decentrata.

Difficile dire se la convergenza sull'assetto di decentramento controllato sia stata, a suo tempo, motivata da mere istanze di autoconservazione e mantenimento dell'esistente da parte delle *peak associations* – tanto sindacali quanto datoriali – o se, *a contrario*, la difesa di un sistema a decentramento organizzato sia stato motivata da una presa d'atto della realtà del tessuto produttivo italiano (ed è verosimile che entrambi i fattori siano stati oggetto di valutazione da parte delle associazioni confederali, al momento della ri-conferma di un sistema di *organized decentralization*). Il mantenimento del ruolo ordinatore del contratto nazionale si può infatti ricondurre anche alla constatazione della bassissima copertura contrattuale a livello decentrato. Sebbene non ci siano dati del tutto esenti da margini di dubbio – posta l'inesistenza di metodi "scientifici" di censimento della contrattazione di secondo livello<sup>57</sup> – la densità contrattuale a livello sub-categoriale è, comunque, secondo le stime circolanti, scarsamente significativa e si attesta su percentuali del 30% della forza lavorativa<sup>58</sup>. Si tratta peraltro di un dato in certa misura necessitato derivante dalla struttura prevalentemente micro-imprenditoriale del tessuto

<sup>56</sup> Lo nota (a proposito dell'AI 2011) TREU, *Come evolvono le relazioni industriali*, in AA.VV., *L'annuario del lavoro*, Union printing, 2011, p. 220.

<sup>57</sup> Sul punto, un positivo effetto dell'aumento di trasparenza e conoscibilità della contrattazione di secondo livello potrebbe derivare dall'introduzione dell'obbligo legale di deposito, presso la Direzione territoriale del lavoro competente, dei contratti aziendali introdotto dall'art. 14 del d.lgs. 151/15 (*Deposito contratti collettivi aziendali o territoriali*), ai fini del riconoscimento di benefici contributivi o fiscali e delle «altre agevolazioni connesse con la stipula di contratti collettivi aziendali o territoriali». Sulla portata della disposizione (e sulle possibili conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata ottemperanza all'obbligo di deposito si v. ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 16).

<sup>58</sup> Si v. anche i dati emergenti dagli atti del *Workshop Cnel-Istat sulla contrattazione di secondo livello nel settore privato*, reperibili su [http://www.cnel.it/53?shadow\\_documento=23590](http://www.cnel.it/53?shadow_documento=23590); per un commento v. PELLEGRINI, *Un'analisi dei dati Istat su contrattazione e sindacalizzazione*, in *Il diario del lavoro*, 2014.

produttivo italiano – dunque con la prevalenza di soggetti datoriali non attrezzati giuridicamente ed economicamente a sostenere gli oneri della negoziazione decentrata – e dal basso tasso di affiliazione alle associazioni datoriali<sup>59</sup> nonché dal mancato riconoscimento di diritti di cittadinanza ai sindacati nelle aziende collocate sotto la soglia dei quindici dipendenti.

Quale che fosse da ambo le parti la motivazione recondita della preferenza per il *coordinated bargaining*, occorre segnalare che di recente, da un lato, le tre organizzazioni sindacali confederali hanno ribadito la preferenza per un sistema di decentramento coordinato; e, dall'altro, da parte datoriale (in ambito confindustriale) si è mostrata insofferenza verso l'attuale sistema contrattuale e si sono avanzate proposte di revisione degli assetti risultanti dal TU 2014 (peraltro finora mai compiutamente attuato).

Si fa riferimento, rispettivamente, al documento intersindacale sottoscritto da Cgil, Cisl e Uil il 14 gennaio 2016 – rubricato *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro* – e alla piattaforma per il rinnovo del ccnl dei Metalmeccanici avanzata da Federmeccanica e significativamente intitolata *Proposte per il rinnovamento contrattuale per il triennio 2016-2018*<sup>60</sup>.

Sebbene nelle due proposte si affronti, sotto punti di vista differenti, il tema del decentramento contrattuale, è evidente che la cartina di tornasole su cui misurare la distanza tra le parti sociali – e l'assonanza della proposta di provenienza datoriale alle prospettive riformiste governative – è quella del ruolo salariale attribuito al ccnl. Se, sul punto, si legge nel documento intersindacale che il contratto nazionale «dovrà continuare a svolgere un ruolo di regolatore salariale, uscendo dalla sola logica della salvaguardia del potere d'acquisto»; è possibile rinvenire tra le righe della proposta di Federmeccanica l'opposta istanza di sterilizzazione della funzione retributiva del ccnl, destinato, nella *vision* datoriale, ad assumere una mera funzione regolativa dei «minimi contrattuali», costituenti, in ipotesi, «il salario mensile di garanzia inderogabile relativo ad ogni singolo livello dell'inquadramento contrattuale» (con un ruolo, dunque, parzialmente assimilabile, quanto a contenuti e finalità retributive, a quello immaginato per il compenso orario minimo di proposta governativa).

<sup>59</sup> Si parla di tassi di affiliazione intorno al 10% per Confindustria e per le aziende del commercio; v. FELTRIN, *Rappresentatività e rappresentanza delle associazioni datoriali: dati, sfide, problemi*, in *QRS*, 2011, n. 4.

<sup>60</sup> LIUZZI, *Ecco cosa vuol dire "rinnovamento" del contratto*, in *Il diario del lavoro*, 22 dicembre 2015.

Non si intende in questa sede soffermarsi sulle possibili conseguenze giuridico-sociali e macro-economiche delle proposte regolative attualmente in campo. Ciò che maggiormente preme rilevare, in una indagine dedicata agli effetti del decentramento contrattuale sulle *peak associations* datoriali, è che l'accoglimento di proposte – autonome o eteronome – di depauperamento delle funzioni retributive del ccnl porterebbe con sé un radicale ridimensionamento della portata (economica, giuridica e politica) del contratto nazionale, con lo svuotamento della sua primaria funzione retributiva e, con esso, verosimilmente, dello stesso asse portante – il ccnl – del sistema di decentramento controllato delineato dalle parti sociali con il TU 2014.

### 9. Conclusioni

Come è noto, la scelta di aderire ad associazioni datoriali può essere influenzata da numerosi fattori, tra i quali vale la pena di menzionare, ai fini di questo lavoro: da una parte la struttura del mercato di riferimento e, dall'altra, quella del sistema di relazioni industriali in cui l'impresa si trova ad operare. Entrambe queste premesse socio-economiche dell'associazionismo datoriale negli ultimi anni sono state affette, da molteplici punti di vista, dagli effettivi distruttivi della globalizzazione e della crisi economico-finanziaria. Queste variabili, benché più di frequente analizzate con riguardo al declino di rappresentatività e incisività negoziale delle associazioni sindacali, sono suscettibili di esercitare un significativo impatto anche sull'altro versante del sistema di relazioni industriali, ossia su modelli e strategie rappresentative delle organizzazioni datoriali.

In questo contesto, le prospettive di ulteriore accentuazione del decentramento contrattuale emergenti da proposte di riforma degli assetti contrattuali e/o dal ventilato intervento legislativo sul salario minimo legale, inducono a interrogarsi sui possibili effetti sul sistema di relazioni industriali e, per quel che più interessa ai fini del presente lavoro, sulle *peak associations* datoriali. Sebbene non sia possibile, in questa fase, vaticinare gli esiti del dibattito in corso, le attuali tendenze allo spostamento dell'asse contrattuale potrebbero infatti determinare la necessità di una riconsiderazione del ruolo e delle funzioni delle organizzazioni datoriali di vertice.

La sussistenza di rapporti di interrelazione dinamica tra decentramento

contrattuale, *membership* datoriale<sup>61</sup> e copertura contrattuale<sup>62</sup> pare avvalorata da uno sguardo al panorama di relazioni industriali comparate<sup>63</sup>. È possibile infatti annoverare tra i principali fattori di contrazione dei tassi di sindacalizzazione datoriale proprio il decentramento contrattuale<sup>64</sup> e ciò anche nelle ipotesi – di gran lunga più frequenti nel panorama europeo – in cui l'incremento della contrattazione di secondo livello ha assunto i tratti del decentramento organizzato.

Il prospettato depotenziamento della contrattazione nazionale, in vista

<sup>61</sup> Sulla connessione tra la crisi della contrattazione “centralizzata” e quella delle organizzazioni datoriali di vertice, si v. BIASI, *Appunti sulla rappresentatività delle organizzazioni datoriali in Italia, in Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Modena, ADAPT University Press, pp. 229 ss. Tra gli esempi più evidenti della connessione tra i due fattori, c'è, ovviamente, quello dell'ordinamento tedesco, nel quale le *peak associations* datoriali hanno predisposto una serie di dispositivi giuridici associativi per cercare di «contenere l'emorragia di adesione dei datori di lavoro» (così VITALETTI, *La crisi della rappresentanza dei datori di lavoro. Brevi note comparatistiche tra sistema italiano e tedesco, (a cura di)*, CORAZZA, NOGLER, *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2012, p. 528). Se, dunque, nell'ordinamento tedesco, la formalizzazione delle “clausole di apertura” (v. *infra*, nt. 62) ha consentito di contenere il ridimensionamento dimensionale delle organizzazioni imprenditoriali, non si può fare a meno di notare che questo risultato è stato conseguito attraverso uno “svuotamento” del ruolo primario delle associazioni datoriali tedesche (quello negoziale; così BACCARO, HOWELL, *op. cit.*, p. 42).

<sup>62</sup> Nel sistema tedesco di relazioni industriali, l'aumento della contrattazione decentrata e la possibilità di *opting-out clauses*/di adesione alle organizzazioni datoriali senza vincoli di rappresentanza datoriale hanno comportato una radicale caduta dei tassi di copertura della contrattazione collettiva (v. HAIPETER, *Unbound' employers' associations and derogations: erosion and renewal of collective bargaining in the German metal working industry*, in *IRJ*, 2011, n. 2, p. 174). Anche nell'ordinamento spagnolo l'introduzione di forme spinte di decentramento contrattuale, congiuntamente alla prevista abolizione legale del regime di ultrattività della contrattazione collettiva, ha condotto a una riduzione della copertura contrattuale complessiva dei contratti nazionali, a causa dell'assenza di rappresentanze sindacali, e dunque di agenti negoziali, nelle piccole imprese (in argomento TREU, *Le riforme del lavoro: Spagna e Italia*, in *DRI*, 2015, n. 3).

<sup>63</sup> Sulle funzioni della comparazione giuridica nel diritto del lavoro cfr. CARUSO, MILITELLO, *L'Europa sociale: il contributo del metodo comparativo*, *WP CSDLE «Massimo D'Antona»*, n. 94/2012.

<sup>64</sup> Insieme ad altri fattori, quali: la diminuzione dei tassi di adesione ai sindacati – che riducono la convenienza dell'opzione associazionistica di risposta sul fronte datoriale – la volontà di ridurre le fonti di spesa aziendali (con il mancato rinnovo dell'iscrizione alle organizzazioni datoriali, considerati un costo da comprimere, alla pari di altri costi di gestione); la crescente diffusione di microaziende, per le quali risulta storicamente poco appetibile la scelta di aderire ad organismi di rappresentanza di interessi. In argomento, TRAXLER, HUEMER, *Handbook of Business Interest Associations, Firm Size and Governance: A Comparative Analytical Approach*, Routledge, 2007.

di una traslazione delle funzioni retributive al livello decentrato potrebbe, in ipotesi, costituire un ulteriore fattore di crisi delle *peak associations* datoriali, che potrebbe sommarsi ai tradizionali fattori di crisi delle organizzazioni di vertice, tendenzialmente indotte, per la loro stessa natura apicale, ad includere al proprio interno una vasta eterogeneità di soggetti e interessi da rappresentare.

La traslazione di competenze contrattuali al livello subnazionale, risultante dal combinato disposto dei dispositivi eteronomi analizzati *supra*, e in corso di probabile accentuazione per via legale, dunque, è suscettibile di incidere sensibilmente sulle funzioni di rappresentanza contrattuale delle organizzazioni di vertice<sup>65</sup>, con effetti diversi, rispettivamente, su *peak associations* sindacali e datoriali. E infatti mentre sul versante della rappresentanza sindacale lo spostamento dell'asse contrattuale al secondo livello – se è suscettibile di incidere sugli assetti di potere endoassociativo, conferendo un ruolo di maggiore rilievo ai rappresentanti nei luoghi di lavoro – non implica una elisione delle funzioni contrattuali delle organizzazioni sindacali, ma una diversa distribuzione di compiti negoziali, con un aumento del carico di lavoro e delle responsabilità delle rappresentanze sindacali a livello periferico<sup>66</sup>, lo stesso fenomeno produce effetti parzialmente diversi sulle associazioni datoriali.

È evidente infatti che l'incremento delle potestà di contrattazione autonoma da parte dei singoli soggetti datoriali è suscettibile di obliterare le funzioni di rappresentanza contrattuale delle *peak employers' organizations* o comunque di sminuirne il contenuto al livello di mere funzioni di assistenza e consulenza, considerata la possibilità dei singoli datori di lavoro di “far da sé” nella contrattazione decentrata (di matrice aziendale). In questa prospettiva, l'unica variante della contrattazione sub-categoriale suscettibile non di eliminare, ma, anzi, di “rinverdire” le funzioni contrattuali delle organizzazioni datoriali – oltre che di garantire un sufficiente tasso di implementazione anche nei contesti produttivi caratterizzati da prevalenza di PMI – potrebbe essere quella della contrattazione decentrata su base territoriale<sup>67</sup>. Si tratta tuttavia, come è noto, di livello di contrattazione tendenzialmente

<sup>65</sup> Sugli effetti della rappresentanza senza contrattazione nel sistema tedesco: HAIPIETER, *op. cit.*, p. 174.

<sup>66</sup> Come nota WADDINGTON, *Trade union membership retention and workplace representation in Europe*, in *ETUIWP*, 2014, n. 10, p. 12.

<sup>67</sup> In questo senso BELLARDI, *op. cit.*

rimasto ai margini, finora, delle stesse attenzioni auto-regolative delle parti sociali, soprattutto nel settore industriale – significativa riprova ne è la sua sostanziale assenza tra i livelli di contrattazione oggetto di regolazione volontaria<sup>68</sup>.

Un ulteriore fattore di ridimensionamento del ruolo sindacale delle organizzazioni datoriali – e in generale della funzione di intermediazione delle parti sociali – sembra derivare anche dall’attribuzione di autonome facoltà di unilateralismo manageriale concesse da alcune disposizioni del *Jobs act* e regolamentate direttamente dalla legge, senza alcuna necessità di intercessioni concessive su base contrattuale-collettiva<sup>69</sup>. Più in generale, le organizzazioni di interesse rischiano di subire un complessivo svuotamento anche delle funzioni di rappresentanza politico-lobbistica degli aderenti, nell’ambito di generalizzati fenomeni di crisi delle organizzazioni intermedie e di diffuse tendenze alla disintermediazione degli interessi<sup>70</sup> – dei quali sembrano costituire una estrinsecazione, nel nostro ordinamento, le recenti approvazioni di riforme in campo lavoristico, senza il coinvolgimento, neanche a scopi consultivi/informativi, delle parti sociali.

Accanto al decentramento contrattuale e alla segmentazione dei soggetti rappresentativi datoriali – annoverati tra i fattori di crisi del paradigma rappresentativo classico delle *peak associations* – merita di essere citato anche il diverso fenomeno delle imprese a rete, il quale potrebbe incidere sugli assetti della rappresentanza, prestandosi a surrogare anche funzioni tradizionalmente svolte dall’associazionismo datoriale<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Da ultimo, la contrattazione territoriale è stata inclusa tra le possibili modalità di articolazione del secondo livello contrattuale nella proposta di sistemazione contrattuale avanzata da Cgil, Cisl, Uil. Si legge infatti nel documento intersindacale che «in tutti i settori va prevista la possibilità di contrattazione territoriale (alternativa a quella aziendale), da sviluppare in particolare nelle realtà caratterizzate da micro, piccole e/o medie aziende, in cui è poco praticabile lo sviluppo della contrattazione aziendale. I contratti nazionali potranno prevedere lo svolgimento del livello territoriale, non solo in corrispondenza della dimensione istituzionale (provincia, regione...), ma anche – a seconda delle specificità dei singoli contesti- in termini di settore, comparto, filiera, distretto» (Cgil, Cisl, Uil, *Un moderno sistema di relazioni industriali*, cit.).

<sup>69</sup> Cfr. in tal senso LASSANDARI, *La riforma del lavoro*, cit.

<sup>70</sup> In argomento si v. ZAN, *Declino della rappresentanza e disintermediazione degli interessi*, in *IE*, 2014, n. 5.

<sup>71</sup> In questo senso TREU, *Un nuovo associazionismo imprenditoriale?*, in *DRI*, 2006, n. 1, p. 9. La possibilità dell’assunzione di alcuni compiti delle entità associative datoriali da parte di strutture imprenditoriali complesse, del resto, era stata già avanzata – in un contesto regolativo del

In questo contesto, e a fronti dei costi dell'adesione alle organizzazioni datoriali, la perdita di *appeal* della funzione di rappresentanza contrattuale potrebbe proporre le duplici opzioni della diminuzione della densità associativa e/o della trasfigurazione delle organizzazioni datoriali in "associazioni di servizi"<sup>72</sup>; con una traslazione funzionale che, nel contesto italiano, costi-

tutto differente, nel quale mancava un riconoscimento giuridico delle reti di imprese – da Vardaro (VARDARO, *op. cit.*). Lungi dall'ipotizzare una sostituzione dell'impresa di gruppo alle organizzazioni imprenditoriali – caratterizzate da una eterogeneità e complessità funzionale e teleologica non surrogabile dal *modus* organizzativo del gruppo di imprese – in Vardaro l'analisi sui fenomeni aggregativi imprenditoriali costituisce un importante tassello ricostruttivo sull'asimmetria delle organizzazioni imprenditoriali rispetto a quelle sindacali e dunque sull'impossibilità di «proiettare sulle organizzazioni collettive degli imprenditori i modelli organizzativi dei lavoratori» (così ancora VARDARO, *op. cit.*, p. 220). Ad ogni modo lo schema organizzativo del contratto di rete potrebbe anche costituire il campo di elezione per nuove strategie rappresentative e di servizio delle *peak associations* datoriali nei riguardi degli associati (soprattutto nei confronti delle PMI). Si pensi alle funzioni rappresentative assunte da RetImpresa – Agenzia confederale per le reti di imprese – costituita nell'ambito degli scopi istituzionali di Confindustria, con il precipuo fine statutario di «favorire l'integrazione e la competitività delle piccole imprese attraverso i nuovi modelli di aggregazione previsti dal "contratto di rete"» (Statuto RetImpresa, art. 2). Di rilevanza non trascurabile appare anche il ruolo che le nuove strutture di servizio (si pensi ancora a RetImpresa) potrebbero assumere nell'assistenza fornita alle PMI ai fini dell'adozione di modelli di welfare occupazionale in sede decentrata. In argomento si v. i materiali del Convegno su *Welfare aziendale: quadro normativo ed esperienze gestionali. Piccole e grandi imprese a confronto* (tenutosi a presso a Catania il 15 aprile 2016), reperibili online su: <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Welfare-aziendale-quadro-normativo-ed-esperienze-gestionali-Piccole-e-grandi-imprese-a-confronto---A/5510.aspx>; sui temi del welfare occupazionale, si v. CARUSO, "The bright side of the moon": politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2016.

<sup>72</sup> Che le funzioni di servizio facciano parte a pieno titolo del perimetro delle funzioni fondamentali delle organizzazioni datoriali di vertice lo dimostra, ad esempio, l'inserimento tra i macro-obiettivi associativi – nell'art. 1 (*Mission*) dello Statuto di Confindustria – anche di quelli relativi all'erogazione «di efficienti servizi, sia di interesse generale e trasversale che su specifiche tematiche», collocati accanto ai tradizionali obiettivi relativi all'espressione di «una efficace rappresentanza ad ogni livello territoriale e settoriale e in tutte le sedi di interlocuzione esterna» e all'assicurazione di una «solida identità e diffuso senso di appartenenza al sistema associativo». L'enfasi posta sulle funzioni di servizio delle organizzazioni datoriali è ritenuta, tuttavia, da una parte degli studiosi, una risposta inadeguata alla crisi della rappresentanza, per una serie convergenti di ragioni, riassumibili nella natura di «prodotto derivato» dell'offerta di servizi alle imprese associate, non costituente parte fondante delle associazioni di rappresentanza, e nella possibilità che l'offerta di servizi agli associati crei ipotesi di conflitti concorrenziali con questi ultimi (in ipotesi fornitori al pubblico degli stessi servizi offerti dall'organizzazione datoriale); in questo senso DELAI, *Le organizzazioni imprenditoriali. Il diario del lavoro*, in AA.VV., *L'annuario del lavoro*, Union printing, 2008, p. 289.

tuirebbe un significativo mutamento dei “connotati” e delle caratteristiche genetiche delle *peak associations* datoriali<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Nel descritto scenario di possibili turbamenti organizzativi, sembrerebbe difficile decrittare la razionalità associativa delle “spinte” (e/o della non opposizione) delle organizzazioni di vertice datoriali nei riguardi delle prospettive di decentramento salariale. In realtà, lungi dal potersi leggere l’inversione di rotta confindustriale come una opzione organizzativa autolesionistica, una possibile chiave di lettura potrebbe risiedere nella considerazione della composizione associativa di Confindustria. Da questo angolo prospettico, la consapevolezza della possibile perdita di rilevanza della funzione di rappresentanza contrattuale potrebbe comunque non essere tale da contenere le pressioni verso il decentramento provenienti dai possessori della *golden share* associativa confindustriale, ossia prevalentemente le grandi imprese, per le quali la volontà di sganciamento dai vincoli della contrattazione categoriale risulta essere una delle istanze associative prevalenti. In questa prospettiva, dunque, le spinte verso un decisivo spostamento dell’asse contrattuale a livello decentrato potrebbero costituire anche il sintomo della consueta “sottorappresentazione/sottorappresentanza” delle piccole e medie imprese (le definizioni di sottorappresentanza/sottorappresentazione, riferite alle PMI, sono usate da ZAN, *Segnali di novità nel sistema di rappresentanza degli interessi imprenditoriali in Italia*, in *QRS*, 2011, n. 4, p. 63), in generale, e all’interno dell’associazione confindustriale in particolare.

## Abstract

Il saggio si sofferma sul rapporto tra struttura contrattuale e rappresentanza datoriale e, in particolare, sul tema delle relazioni sistematiche intercorrenti tra decentramento contrattuale e forme di rappresentanza datoriale. E infatti se il decentramento della contrattazione collettiva – nelle sue varianti di decentramento organizzato o disorganizzato – è suscettibile di incidere sugli assetti organizzativi delle associazioni sindacali, la stessa vicenda non può dirsi scevra di significative conseguenze anche sull'opposto versante della rappresentanza imprenditoriale.

A partire da queste premesse sistematiche, l'Autore analizza il rapporto sussistente tra sistema contrattuale e livelli organizzativi delle associazioni di rappresentanza imprenditoriale e l'attuale sistema di decentramento contrattuale italiano, nelle sue varianti regolative autonome ed eteronome. Infine, nell'ultima parte del saggio si formulano alcune riflessioni sulle prospettive di riforma del sistema contrattuale e sui possibili effetti delle ulteriori tendenze al decentramento contrattuale sul ruolo rappresentativo delle *peak associations* datoriali.

The essay focuses on the relationship between the structure of collective bargaining and forms of employers' representations, with particular regard to the systematic relations between decentralized bargaining and employers' representation. In fact, if the decentralization of collective bargaining – in its different forms of organized or disorganized decentralization – may affect the organizational aspects of trade union, the same fact it's not without consequences on the opposite side of employers' representation.

Starting from these systematic premises, the Author analyses, first, the relation between collective bargaining system and the internal organization of employers' associations and then the current form of decentralization of collective bargaining in the Italian system. In the last part of the paper, the Author proposes some reflections on the perspectives of a reform of the collective bargaining system and on the possible effects of the trends to decentralization on the representative role of employers' peak associations.

## Key words

Struttura contrattuale, decentramento, rappresentanza datoriale, riforma del sistema contrattuale, *peak associations* datoriali, regolazione autonoma e eteronoma.

Structure of collective bargaining, decentralization, employers' representation, reform of collective bargaining system, employers' peak association, autonomous and heteronomous regulation.

## Micaela Vitaletti

### *Dall'altra parte: rappresentanza datoriale e contratto nazionale di categoria nello spazio giuridico globale*

**Sommario:** **1.** Il declino della rappresentanza datoriale. Diagnosi della 'crisi' e possibili rimedi: le linee dell'indagine. **2.** Il principio volontaristico nel sistema associativo. **3.** (*Segue*) Epifenomeni della 'crisi': l'autonomia dei livelli associativi. **4.** (*Segue*) La dispersione degli iscritti. **5.** (*Segue*) Il *single-employer bargaining*. **6.** (*Segue*) La collaborazione diretta tra imprenditori. **7.** *Global vs. Parochial*: la rappresentanza datoriale nello spazio giuridico globale. **8.** I rimedi: misurare la rappresentanza per selezionare i soggetti datoriale? **9.** (*Segue*) ... ovvero per aggregare i soggetti datoriali? L'ipotesi di un modello inclusivo. **10.** La rappresentanza datoriale nei rinvii dalla legge alla contrattazione collettiva.

#### 1. *Il declino della rappresentanza datoriale. Diagnosi della 'crisi' e possibili rimedi: le linee dell'indagine*<sup>1</sup>

Più di dieci anni fa uno dei maggiori studiosi di relazioni industriali comparate raccoglieva in un volume i dati relativi alle associazioni dei datori di lavoro nell'Unione Europea<sup>2</sup>, mostrando come il numero di confedera-

<sup>1</sup> Dal lato delle organizzazioni sindacali dei lavoratori è da tempo in uso l'espressione "declino" per descrivere la fine di un certo associazionismo sindacale. Scrive KATZ in *Changes in the Wage Structure and Earnings Inequality*, in ASHENFELTER, CARD, *Handbook of Labor Economics*, 1999, p. 1463 ss., "I think we've gone too far in deunionization". Tra i primi ad affrontare il tema della rappresentanza datoriale, BELLARDI, *Il sistema di rappresentanza imprenditoriale e la struttura della contrattazione collettiva*, in CARRIERI, TREU (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013, p. 241 ss.

<sup>2</sup> Gli autori della ricerca sono più esattamente BEHRENS, TRAXLER; a tal proposito si rinvia a <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/employers>; si veda, altresì, TRAXLER, *Employer associations, institutions and economic change: a crossnational comparison*, in *IB*, II.1/2, 2004, pp. 42-60. La ricerca si avvale del metodo relativo al tasso di associazionismo

zioni datoriali e il numero di associazioni datoriali alle prime affiliate fossero, per paese, molto diversi. Del sistema italiano appariva evidente la presenza di una pluralità di confederazioni e di altrettante associazioni datoriali ad esse aderenti; assenti, invece, i dati delle associazioni che operano al di fuori di un sistema confederale<sup>3</sup>.

Se non sorprende la presenza di più confederazioni e associazioni di categoria nel nostro sistema di relazioni industriali<sup>4</sup>, i dati riportati da tale ricerca costituiscono ancora oggi un utile riferimento per riflettere sulla rappresentanza datoriale come controparte nell'ambito della negoziazione collettiva, in particolare su come questa incida sulla dinamica e sulla struttura giuridica del contratto collettivo nazionale.

La forte frammentazione a livello confederale, che ricade a sua volta sul secondo livello associativo, così come l'emorragia di adesioni al medesimo sistema associativo<sup>5</sup>, porta infatti a ritenere che il tema della rappresentanza abbia una notevole importanza anche considerando l'altra parte contrattuale, se pur fino ad ora sia prevalsa l'abitudine a esaminare il contratto collettivo di categoria e, più in generale le relazioni sindacali, dal lato dell'organizzazione dei lavoratori<sup>6</sup>. Ciò sia per ragioni storiche – l'associazione datoriale costituiva soltanto la 'risposta' ai sindacati dei lavoratori – sia per la difficoltà

datoriale, confermato anche da uno studio dell'Organizzazione Internazionale del lavoro, *Social Dialogue Indicators International Statistical Inquiry 2008-09*, pubblicato sul sito [http://www.ilo.org/stat/Publications/WCMS\\_204125/lang-en/index.htm](http://www.ilo.org/stat/Publications/WCMS_204125/lang-en/index.htm). Il dato riportato della ricerca con riferimento alla Confederazione Confindustria è stato confermato anche di recente sul sito della Confederazione medesima, a riguardo <http://www.confindustria.it/>.

<sup>3</sup> Il riferimento è, a titolo esemplificativo, all'Associazione Bancaria Italiana e all'Associazione Nazionale tra Imprese Assicuratrici.

<sup>4</sup> Si vedrà in seguito come la pluralità sindacale o la pluralità delle associazioni, come lo si voglia interpretare, sia come noto costituzionalmente garantita nel nostro ordinamento.

<sup>5</sup> Già MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo erga omnes*, in *RTDPC*, 1963, p. 573: "l'esistenza di una ampia aliquota di imprese non aderenti alle associazioni dei datori di lavoro costituiscono una continua minaccia al potere sindacale e al contratto collettivo o addirittura come ha visto assai bene la dottrina tedesca rappresentano un pericolo per la stessa occupazione dei lavoratori iscritti". Sul declino del numero di iscritti, FELTRIN, MAMPRIN, *La misurazione della rappresentatività delle associazioni datoriali: problemi e metodi*, in CARRIERI, TREU (a cura di), *op. cit.*

<sup>6</sup> È interessante, tra l'altro, notare come la maggior parte degli studi in materia non siano giuridici, ma prevalentemente appartenenti ad altri settori di ricerca. Se da un lato ciò lascia senz'altro un ampio spazio alla ricerca, dall'altro è possibile avvalersi delle indagini empiriche per una riflessione che prende spunto dalla realtà effettiva e non da una situazione astratta.

a ricondurre il predicato 'sindacale' all'attività organizzata dei datori di lavoro, come esito discendente dall'interpretazione costituzionale dell'art. 39 Cost.<sup>7</sup>.

Eppure è sufficiente 'rovesciare' la prospettiva d'indagine per verificare come la tenuta della rappresentanza datoriale si rifletta inevitabilmente sulle sorti del contratto collettivo di categoria e sulle norme che lo regolano. Da tempo, infatti, l'agire delle organizzazioni datoriali non sembra più garantire l'ampia diffusione della contrattazione collettiva nazionale e, in particolare, una regolamentazione unitaria dei rapporti di lavoro.

Per usare le parole del filosofo francese François Jullien, si assiste pertanto ad una "trasformazione silenziosa" della rappresentanza datoriale, del tutto trascurata in ambito sindacale, come se di essa non facesse parte, che rischia di "insinuarsi, estendersi, globalizzarsi (...), quasi a distruggere proprio ciò che la assimila"<sup>8</sup>.

Individuate le cause della crisi della rappresentanza datoriale i cui effetti si riversano sulla frammentazione della contrattazione collettiva nazionale (amplificandola), la presente ricerca mira a verificare possibili rimedi contro il "declino della rappresentanza", a partire dall'esame di possibili e attendibili suoi 'misuratori' con riferimento alla fase iniziale (accesso alla contrattazione collettiva di categoria) e conclusiva del processo formativo del contratto collettivo nazionale.

## 2. *Il principio volontaristico nel sistema associativo*

Vale la pena ricordare che l'associazionismo datoriale opera (almeno per ora<sup>9</sup>) in modo esclusivo nell'ambito dei canoni privatistici, per cui l'in-

<sup>7</sup> Se pur con argomentazioni diverse, l'esercizio della libertà di organizzazione sindacale ex art. 39 Cost. è circoscritto alle associazioni dei lavoratori, SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione*, in SCOGNAMIGLIO R., *Scritti*, Cedam, 1978, p. 828 ss.; GIUGNI, *Sub art. 39*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici* (artt. 35-40), Zanichelli, 1979, p. 265 ss.; DELL'OLIO, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in DELL'OLIO, BRANCA (a cura di), *L'organizzazione e l'azione sindacale*, in MAZZONI (diretta da), *Enciclopedia giuridica del lavoro*, Cedam, 1980, p. 3 ss.; RUSCIANO, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in RIDL, 1985, p. 91 ss.; CARABELLI, *Libertà e immunità del sindacato: ordinamento statale, organizzazione sindacale e teoria della pluralità degli ordinamenti*, 1986, Jovene, p. 104 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Sulla libertà sindacale dell'imprenditore*, in RTDPC, 1976, p. 170 ss.

<sup>8</sup> JULLIEN, *Le trasformazioni silenziose*, Cortina Editore, 2010, p. 66.

<sup>9</sup> Diverse infatti sono le proposte di legge presentate in materia di rappresentanza sin-

quadramento individuale della singola impresa in una data categoria è governato dal solo principio volontaristico.

Ciò vuol dire che una impresa la cui attività, dal punto di vista oggettivo, è inquadrabile in un determinato settore merceologico, può iscriversi ad una associazione datoriale il cui perimetro della rappresentanza è del tutto estraneo a quello dell'impresa iscritta.

Il datore di lavoro non ha pertanto alcun obbligo d'iscrizione, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, "alla categoria professionale determinata secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore"<sup>10</sup>. Tra più contratti collettivi astrattamente applicabili l'impresa applica il contratto collettivo stipulato dal sindacato al quale ha volontariamente aderito, a prescindere dall'oggettiva attività svolta.

A sua volta, l'associazione di categoria è, di solito, affiliata alla federazione di settore che partecipa alla contrattazione collettiva nazionale<sup>11</sup>.

dacale tra cui quelle formulate in ambito accademico dal gruppo di giuslavoristi che da oltre un decennio si dedica alla rivista *Diritti Lavori Mercati* e pubblicata nel n. 1/2014, p. 156 (la proposta è stata sottoscritta da Rusciano, L. Zoppoli, Esposito, Gaeta, Santucci, Viscomi, A. Zoppoli, Delfino, Gargiulo, Luciani, Natullo, Trojsi, Casillo, Cerbone, Loffredo, Quaranta, Ranieri, Santagata, Saracini, Baldassarre, Di Casola, Durante, Monda, Murena), nonché la proposta dal gruppo denominato "Frecciarossa" (Caruso, De Luca Tamajo, Del Punta, Marazza, Maresca, Perulli, Romei, Scarpelli, Speciale).

<sup>10</sup> Tra le tante sentenze, Cass. 5 maggio 2004 n. 8565: "Il primo comma dell'art. 2070 c.c. (secondo cui l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore) non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante esclusivamente per gli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti (nonché per coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione) e solo nei limiti della volontà manifestata dalle suddette organizzazioni sindacali. Ne consegue la piena validità ed efficacia della clausola di un accordo aziendale – avente natura collettiva in relazione agli interessi generali coinvolti – diretto a stabilire il contratto collettivo di categoria applicabile al personale dell'azienda".

<sup>11</sup> Si considerino a riguardo il sistema confindustriale che registra, come risulta dal sito, n. 98 Associazioni territoriali, le quali raggruppano le imprese operanti in una determinata area geografica, di regola coincidente con la provincia pur con qualche eccezione, e trattano problemi di comune interesse per le imprese dislocate nell'area territoriale di sua competenza; n. 16 Confindustrie regionali, che riuniscono le Associazioni territoriali ed hanno il compito di trattare e rappresentare i problemi dell'industria a livello regionale; n. 96 Associazioni di categoria, che raggruppano le imprese che operano in un determinato settore merceologico e trattano problemi di carattere nazionale attinenti al settore rappresentato; n. 24 Federazioni di settore, che aggregano le Associazioni di categoria per rappresentarne e tutelarne gli interessi comuni a livello nazionale ed internazionale; n. 2 Federazioni di scopo, che aggregano le Associazioni di

Il livello verticistico si chiude, se pur non sempre, con l'adesione alla confederazione che racchiude le diverse macro aree produttive coinvolte. A differenza delle organizzazioni sindacali dei lavoratori, le principali confederazioni datoriali sono infatti suddivise per settori merceologici e non individuabili in base ad appartenenze storico/politiche. La suddivisione tra settori non è tuttavia sicura, potendo coesistere nella medesima area più confederazioni e, dunque, più associazioni di categoria<sup>12</sup>.

Ne segue che, tenuto conto della molteplicità di soggetti che, tra l'altro, insistono nell'ambito della medesima area, la segmentazione della rappresentanza datoriale appare una costante dell'attività negoziale.

### 3. (Segue) *Epifenomeni della crisi: l'autonomia dei livelli associativi*

Il principio volontaristico, in assenza di una legge in materia, se, da un lato, consente un ampio margine di autonomia dei soggetti coinvolti, dall'altro offre dunque poche certezze in termini di effettività del sistema adottato con riflessi pure sulla relazione tra i livelli dell'associazionismo. Non si esclude, infatti, che la libertà di agire, al di fuori del perimetro associativo, possa coinvolgere anche le associazioni datoriali ad esse affiliate. Se pur, come noto, le confederazioni definiscono regole comuni e, dunque, non sottoscrivono direttamente i contratti collettivi nazionali, una certa autonomia delle associazioni di categoria dalle confederazioni si potrebbe riflettere anche sul sistema che regola la contrattazione collettiva nazionale, non da ultimo quello definito nell'ambito dell'AI 10 gennaio 2014<sup>13</sup>.

categoria per il raggiungimento di un obiettivo comune o la realizzazione di un progetto su tematiche definite (ad oggi Federcostruzioni - Federazione delle Costruzioni e Federprogetti - Federazione dell'Impiantistica Italiana); n. 21 Soci Aggregati, organizzazioni che non rientrano nell'ambito istituzionale della rappresentanza di Confindustria ma che hanno scelto di avere un collegamento, per affinità e raccordo economico, con le imprese associate al sistema. Al sistema Confindustria così delineato corrispondono ad oggi un totale di 148.392 imprese e 5.454.962 dipendenti.

<sup>12</sup> A titolo esemplificativo, Confindustria 'convive' con la confederazione, Confapi (Confederazione italiana della piccola e media industria), Confcommercio con la confederazione Confesercenti, Coldiretti con la Confederazione Confcoltivatori che organizza i piccoli imprenditori agricoli.

<sup>13</sup> Sulle prime pronunce sul testo unico in materia di rappresentanza sindacale, CARUSO, *Testo Unico sulla Rappresentanza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 227/2014, in <http://csdle.lex.unict.it>.

In questo caso si tratta di valutare con attenzione le implicazioni che possano discendere dal considerare, come sembra corretto, le associazioni di categoria medesime quali soggetti giuridici distinti dall'ente confederale, cui aderiscono senza tuttavia in esso 'sciogliersi', dotati di una autonoma struttura interna e di un proprio organo rappresentativo e dunque, in definitiva, quali autonomi centri di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive.

Il riflesso più diretto di questa connotazione si coglie già dal punto di vista del fenomeno contrattuale, perché l'associazione di categoria ponendosi quale portatore di interessi propri, in tanto può essere integrata nel regolamento pattuito, in particolare come destinatario degli obblighi conseguenti, in quanto compaia quale 'parte', direttamente ovvero attraverso l'altrui rappresentanza.

Seguendo questa impostazione, si coglie come anche a livello di accordi interconfederali le situazioni finiscono, in linea generale, con l'essere suscettibili di ricostruzioni attraverso altri istituti del diritto comune, non ultimo quello disciplinato dall'art. 1381 c.c.; non potendosi dunque escludere che, lungi dal prospettarsi un fenomeno giuridico di rappresentanza, taluni contenuti di un accordo interconfederale, quando riferiti (o riferibili) anche all'associazione di categoria, debbano intendersi, *in parte qua*, come una semplice promessa del fatto del terzo.

Si badi che tale prospettiva non è poi così peregrina, se si tiene conto di quanto sostenuto da una parte della giurisprudenza di merito, se pur in riferimento ad un precedente accordo interconfederale<sup>14</sup> e, cioè, l'assenza di "effetti automatici e diretti degli accordi sottoscritti dalle Confederazioni in capo alle associazioni di categoria ad esse collegate (Tribunale civile di Roma, ordinanza 13 maggio 2013)". L'ordinanza in questione è di un certo interesse in quanto, più che ricorrere all'istituto della rappresentanza, stabilisce che, se pur strutturalmente collegate alle Confederazioni nazionali, le associazioni di categoria devono ritenersi a tutti gli effetti soggetti autonomi,

<sup>14</sup> Sull'accordo interconfederale 28 giugno 2011 CARINCI F, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in *ADL*, 2011, I, p. 470 ss.; SCARPELLI, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 127/2011, in <http://csdle.lex.unict.it>; MISCIONE, *Regole certe su rappresentanze sindacali e contrattazione collettiva con l'Accordo interconfederale 28 giugno 2011*, in *LG*, 2011, p. 653 ss.; TREU, *L'accordo 28 giugno 2011*, in *DRI*, 2011, p. 613 ss.; ALLEVA, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2011, I, p. 627 ss.; FERRANTE, *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, *ivi*, p. 659 ss. Si veda pure la nota di Romiti sulla contrattazione aziendale in *Storia segreta del capitalismo*, Longanesi, 2012, p. 95 ss.

dotati di una propria struttura interna e di un proprio organo rappresentativo, e quindi come autonomi centri di imputazioni giuridiche attive e passive, “là dove vige nel nostro ordinamento il principio di autonomia e pariteticità delle fonti collettive. Gli accordi interconfederali, dunque, proprio per la natura privatistica dell’ambito in cui operano, stante la ricordata autonomia contrattuale equiordinata e paritetica, non assumono alcun rilievo pubblicistico né assurgono a parametri di validità ed efficacia dei contratti collettivi o aziendali”.

L’incerta applicazione degli accordi interconfederali è dunque riferibile anche alla associazione di categoria. Di qui, ad esempio, la misura della rappresentatività dal lato dei lavoratori prevista dall’AI gennaio 2014 che prevede “il datore di lavoro provvederà alle condizioni e secondo le modalità del presente accordo, ad effettuare la rilevazione del numero delle deleghe dei dipendenti iscritti alle organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle confederazioni firmatarie dell’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 del presente accordo” non è messa in discussione dalla sola non appartenenza del datore di lavoro ad una associazione di categoria. Ed infatti l’iscrizione alla associazione non garantisce di per sé la funzione rimessa al datore di lavoro, dovendo verificare se la prima ha aderito all’accordo non direttamente sottoscritto. Se pertanto si seguisse l’orientamento giurisprudenziale a cui si è fatto cenno, l’impegno reciproco delle parti a far osservare alle proprie associazioni di categoria i principi espressi nell’AI non sarebbe di per sé condizione per l’applicazione del medesimo da parte delle suddette associazioni e, dunque, degli associati/datori di lavoro.

Un esempio in tal senso, proprio riconducibile al nuovo AI sulla rappresentanza sindacale, è l’accordo sottoscritto da Federalimentare che, pur aderendo alla Confederazione Confindustria, si riserva di adottare soltanto le parti di immediata applicazione che non comprendono la misurazione della rappresentanza sindacale<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Accordo Federalimentare 7 novembre 2014.

4. (Segue) *La dispersione degli associati*

La dispersione degli iscritti costituisce una altra forma attraverso cui si manifesta la crisi della rappresentanza datoriale<sup>16</sup>. Tuttavia, qualora si consideri come dato rilevante il numero degli addetti per singola impresa e non delle imprese associate tale aspetto incide più che sulla struttura della rappresentanza, – vista come fenomeno in evoluzione –, ‘a valle’ del contratto collettivo nazionale, incidendo sulla sua estensione (in assenza di meccanismi disciplinati dalla legge). Anche un consistente numero di imprese associate non garantisce, infatti, di per sé, una ampia diffusione della contrattazione collettiva nazionale.

Tuttavia le riflessioni volte ad attrarre o conservare il vincolo associativo appaiono in qualche modo autonome alla relazione tra rappresentanza datoriale e contrattazione collettiva nazionale che qui si vorrebbe trattare. Basti pensare che uno dei metodi considerati per incentivare le iscrizioni alle organizzazioni datoriali è proprio quello di escludere che le medesime agiscano come “controparte” nelle trattative sindacali<sup>17</sup>. In qualche modo, pertanto, il

<sup>16</sup> Il pensiero va naturalmente alla lettera inviata da Fiat-Industrial all’associazione Confindustria il 30 settembre 2011, in cui Fiat e Fiat Industrial confermano la decisione di uscire da Confindustria con effetto dal 1° gennaio 2012. Il 25 ottobre 2011 Fiat e Fiat Industrial comunicavano inoltre la fuoriuscita dall’associazione nazionale tra le industrie automobilistiche. Si veda tra la copiosa letteratura sulle vicende che hanno interessato Fiat Industrial: PERSIANI, *A proposito di Pomigliano: fedeltà alla legge e presupposte aspettative sociali*, in *GI*, 2012, I, p. 123 ss.; CARINCI F., *La cronaca fa storia: da Pomigliano a Mirafiori*, in *ADL*, 2011, I, p. 11 ss.; MARIUCCI, *La crisi della governance nel diritto del lavoro*, in *RTDPC*, 2011, p. 131 ss.; DEL PUNTA, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla “sentenza Fiat”*, in *RIDL*, 2011, II, p. 1421 ss.; SANTORO PASSARELLI G., *I contratti collettivi della Fiat di Mirafiori e Pomigliano*, in *RIDL*, 2011, p. 161 ss.; DE LUCA TAMAJO, *I quattro accordi del gruppo Fiat, una prima ricognizione*, in *RIDL*, 2011, III, p. 113 ss.; MAGNANI, *Gli effetti dell’accordo di Pomigliano sulle relazioni industriali*, in *Iustitia*, 2011, p. 11 ss.; TOSI, *Lo shock di Pomigliano sul diritto del lavoro: il sistema collettivo*, in *ADL*, 2010, I, p. 1091 ss.; VOZA, *Effettività e competenze della contrattazione decentrata nel lavoro privato alla luce degli accordi del 2009*, in *DLRI*, 2010, p. 572 ss.; BAVARO, *Contrattazione collettiva e relazioni industriali nell’archetipo Fiat di Pomigliano d’Arco*, in *QRS*, 2010, n. 3.

<sup>17</sup> In particolare, nell’ordinamento tedesco, dove vi è una Confederazione a cui, secondo la ricerca alla quale si è fatto riferimento, sono affiliate n. 688 associazioni di categoria, quest’ultime hanno enucleato un modello associativo che consente al singolo datore di aderire all’organizzazione, senza tuttavia essere vincolato al contratto collettivo sottoscritto dall’associazione, assumendo in questo modo lo status c.d. di *OT Mitglied*: RHODIUS, *Die OT-Mitgliedschaft in Arbeitgeber-verband*, Peter Lang, 2011; ADDISON, BRYSON, TEIXEIRA, PAHNKE, BELLMANN, *The State of Collective Bargaining and Work Representation in Germany: the Erosion Continues*, in *IZA Discussion Paper*, 2010, p. 1 ss.; MELOT DE BEAUREGARD, *Mitgliedschaft in Arbeitgeberver-*

declino della rappresentanza datoriale, se si guarda al tasso di iscrizione (il numero degli addetti e non alle imprese) e alle soluzioni prospettate, rischia sì di salvaguardare l'associazione, ma non la sua tradizionale funzione negoziale, come nel caso in esame si vorrebbe fare.

##### 5. (Segue) *Il single-employer bargaining*

Se i fenomeni prima enunciati sono diretta conseguenza del principio volontaristico<sup>18</sup>, occorre considerare la tendenza oramai acquisita dell'ordinamento a valorizzare quale diretto contraente il singolo datore di lavoro, mediante la localizzazione delle relazioni sindacali che, tese verso il 'basso', sostituiscono gli interlocutori tradizionali con i soggetti direttamente autori e destinatari di regole, altrimenti, scritte altrove.

Il c.d. federalismo contrattuale trova conferma anche nell'ambito dell'AI 10 gennaio 2014, il quale, nello stabilire che la contrattazione collettiva aziendale si esercita per le materie delegate e con le modalità previste dal contratto collettivo nazionale, esclude ogni riferimento alla diversità e non ripetitività delle materie e istituti rispetto a quelli propri del contratto collettivo di categoria<sup>19</sup>.

*bänden und Tarifbindung*, Peter Lang, 2002. A tal proposito, sia consentito rinviare a VITALETTI, *La crisi della rappresentanza dei datori di lavoro. Brevi note comparatistiche tra sistema italiano e tedesco*, in CORAZZA, NOGLER (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2012, p. 52 ss.

<sup>18</sup> Anche in questo caso opera il principio volontaristico, ma non come diretta conseguenza dei rapporti interni all'associazione, quanto piuttosto come principio che permea l'intero sistema delle relazioni sindacali.

<sup>19</sup> La costruzione dottrinale del rapporto tra livelli negoziali in termini di preminenza subordinazione, secondo un ordine gerarchico delle fonti collettive, che pone il contratto nazionale al vertice della piramide contrattuale costruita sull'inderogabilità da parte dei livelli inferiori, aveva raccolto in dottrina numerosi consensi. Tale risultato viene raggiunto attraverso una gamma diversa di soluzioni, di cui non occorre dare un resoconto analitico. Per un'analisi delle varie teorie sul rapporto tra contratti collettivi di diverso livello, ZOLI, *Struttura della contrattazione collettiva e rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in RUSCIANO, ZOLI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Istituzione e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, 2006, p. 301; AA.VV., *Rapporti tra contratti collettivi di diverso livello*, in Atti del congresso A.i.d.l.a.s.s., Arezzo, 15-16 maggio 1981, Giuffrè, 1982; FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p. 389 ss. Di recente la Cgil, Cisl e Uil il 14 gennaio 2016 hanno elaborato le linee di riforma della contrattazione (Cgil, Cisl, Uil, *Un moderno sistema di relazioni industriali. Per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*).

Non può del resto trascurarsi che la contrattazione collettiva di secondo livello consente una maggior elasticità nella regolamentazione dei trattamenti economici e normativi nell'ambito dell'impresa la cui attività soffre dell'interdipendenza fra le economie nazionali che generano sia "concorrenza", qualora esista un processo guidato e regolato, sia "competizione" se la tensione antagonista fra soggetti economici non è regolata da una *lex* volta ad evitare "lotte tra imprenditori", con possibili conseguenze negative<sup>20</sup>. Se pur nell'impresa il mercato, identificabile nella territorialità dello Stato, può svolgere ancora un ruolo determinante, esso patisce comunque la concorrenza del mercato esterno in cui "gli scambi economici per intimo sviluppo e per inesauribile ricerca del profitto non conoscono i vincoli della territorialità e, di conseguenza, le regole ivi applicate"<sup>21</sup>.

Tuttavia il datore di lavoro iscritto all'associazione datoriale resta pur sempre soggetto al sistema di regole a cui aderisce. Il che vuol dire che soltanto l'azienda che opera al di fuori del sistema associativo e dagli accordi da essa sottoscritti, può dirsi del tutto priva di vincoli e, dunque, pienamente libera di agire come diretta parte contrattuale<sup>22</sup>.

## 6. (Segue) *La collaborazione diretta tra imprenditori*

S'inscrive nel medesimo contesto anche il fenomeno dei c.d. contratti di rete che se pur "sostenuti" dalle associazioni datoriali consentono ai singoli datori di lavoro di collaborare trasversalmente in ambiti attinenti all'esercizio delle proprie imprese per lo scambio tra le parti di informazioni o di prestazioni praticamente di qualsiasi natura (industriale, commerciale, tecnica e tecnologica) ovvero per l'esercizio in comune tra le parti di una o più attività rientranti nell'oggetto delle rispettive imprese<sup>23</sup>. Le materie non sono quelle del contratto collettivo di categoria, ma evidenziano come l'associazionismo datoriale possa essere affiancato e/o sostituito dalla collaborazione diretta tra imprenditori<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sulla distinzione tra concorrenza e competizione, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004, p. 133.

<sup>21</sup> IRTI, *Norma e luoghi, Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2004, p. 13.

<sup>22</sup> Vedi nt. 15.

<sup>23</sup> Il legislatore ha espressamente previsto la possibilità dell'assunzione congiunta del lavoratore da parte di più datori di lavoro con il d.l. 28 giugno 2013 n. 76, convertito in l. 9 agosto 2013 n. 99.

<sup>24</sup> Il riferimento, si sottolinea, è ai contratti di rete e non agli accordi di rete che in qualche

7. Global vs Parochial: *la rappresentanza datoriale nello spazio giuridico globale*

Una certa tendenza a superare il “filtro” dell’organizzazione sindacale dal lato del datore di lavoro era del resto già stata prevista anche da alcune disposizioni di rango internazionale e comunitario.

Da una parte la convenzione Oit n. 98 del 1949, che all’art. 4 riconosce ai singoli imprenditori il potere di stipulare contratti collettivi d’impresa, allargando la fattispecie sindacale oltre i limiti segnati dal presupposto di un’attività espressa da un’organizzazione di persone.

Dall’altra la Carta dei diritti fondamentali all’art. 28 stabilisce il diritto alla negoziazione e di concludere i contratti collettivi ai datori di lavoro o alle rispettive organizzazioni, accogliendo una prassi comunitaria oramai diffusa di rinuncia al ‘filtro’ dell’organizzazione, almeno dal lato dei datori di lavoro nell’ambito della contrattazione collettiva, quasi che l’associazione non sia più, sotto il profilo strutturale e funzionale, necessaria<sup>25</sup>. L’art. 28 sembra infatti dire che l’attività del gruppo organizzato in tanto esiste in quanto esiste la libertà dei singoli di organizzarsi o di non organizzarsi, senza che la struttura tradizionale, perché storicamente consolidata, sia imprescindibile.

La norma apre, come è nella prospettiva europea di contemperamento delle diverse esperienze dei paesi membri, da una parte a possibili formazioni che non necessariamente ‘transitano’ nel sindacato e, dall’altra, riconosce la dimensione individuale dell’azione sindacale da esprimere mediante la contrattazione collettiva aziendale e ogni altra manifestazione funzionale alla negoziazione.

modo potrebbero sovrapporsi al livello territoriale della contrattazione collettiva; a tal proposito TREU, a cura di, *Contratto di Rete: Trasformazione del lavoro e reti di imprese*, Ipsoa, 2015; sul rapporto tra rete e autonomia collettiva, ALVINO, *Il lavoro nelle reti d’imprese: profili giuridici*, Giuffrè, 2014, p. 255 ss.

<sup>25</sup> FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. INT - 78/2010, in <http://csdle.lex.unict.it>; COSCIA, *Il rinvio di conformità nell’art. 28 della Carta europea sui diritti fondamentali*, in DUE, 2003, p. 417; sulla Carta dei diritti fondamentali in generale CARINCI F., *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di Europa in cammino*, in CARINCI F., PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’unione Europea*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, Utet, 2010, p. 8. La letteratura sul tema si è, tuttavia, raccolta in particolare intorno al conflitto collettivo, anche per via dei recenti interventi della Corte di Giustizia sui casi Laval e Viking; tra i molti contributi, la ricostruzione del percorso argomentativo della Corte sul diritto di sciopero e la libera circolazione, LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in RDPE, 2010, p. 45.

Semmai esistono meccanismi di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi che, tuttavia, operano a conclusione dell'accordo, senza interessare direttamente il tema della rappresentanza<sup>26</sup>. Si è a conoscenza soltanto del caso olandese, il quale sembra coniugare i due profili stabilendo che un accordo di settore, per essere esteso, deve essere firmato da organizzazioni dei datori di lavoro rappresentanti imprese che impiegano almeno il 55%-60% della forza lavoro settoriale<sup>27</sup>.

Ne segue che il tema della rappresentanza datoriale, non ancora 'trasferibile' sul piano giuridico globale, in quanto pochi sono i riferimenti 'esterni' al nostro ordinamento<sup>28</sup>, può essere proiettato in tale dimensione come sostegno ad una semplificazione delle norme interne dei soggetti datoriali e dei loro iscritti che, invece, inevitabilmente operano in una dimensione globale.

#### 8. *I rimedi. Misurare la rappresentanza per selezionare i soggetti datoriali?*

La rappresentanza datoriale perde dunque di effettività in quanto, da una parte, l'esistenza di fenomeni sindacali nuovi ne riduce la centralità dell'azione e, dall'altra, l'autonomia del duplice livello associativo ne mette a rischio le regole condivise a livello confederale, cagionando una molteplicità di contratti collettivi. Si potrebbe allora ragionare, anche dal lato datoriale, sulla opportunità di un meccanismo di selezione dei soggetti ammessi alla contrattazione collettiva nazionale al fine di circoscrivere la frammentazione della regolamentazione dei rapporti di lavoro.

In questa prospettiva si tratterebbe quindi di esaminare una 'misurazione' della rappresentanza in modo da conservarne il significato e la fun-

<sup>26</sup> Interviene anche in merito al profilo dell'efficacia del contratto collettivo nazionale, oltre che sul tema della rappresentatività sindacale, la proposta di legge presentata da questa rivista, *Disciplina delle relazioni sindacali, della contrattazione collettiva e della partecipazione dei lavoratori*, in *DLM*, 2014, p. 157.

<sup>27</sup> Vedi <http://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/employer>.

<sup>28</sup> Il dibattito sulla rappresentanza o rappresentatività datoriale è quasi del tutto assente in ambito comunitario, ma presente in alcuni ordinamenti come quello francese, in cui è in atto un profondo dibattito intorno alla modifica dei criteri di selezione della rappresentanza datoriale previsti dall'art. 2151-1 ss. del codice del lavoro, già modificato dalla legge 17 agosto 2015 n. 994.

zione negoziale almeno a livello nazionale, così come già prospettato dal lato delle organizzazioni dei lavoratori con l'AI 2014. Come è noto, l'AI, nell'introdurre regole che limitino la dispersione dell'azione negoziale, muove dai soggetti sindacali legittimati a partecipare alla contrattazione collettiva nazionale e, dunque, cerca di identificare “chi rappresenta chi e come”, senza tuttavia stabilire alcun meccanismo dal lato dei datori di lavoro, se pur, come si è visto, la frammentazione della regolamentazione collettiva dipende anche dalla rappresentanza datoriale. Ciò è stato messo in evidenza soltanto nelle premesse dell'Accordo interconfederale sottoscritto da Confcommercio 27 novembre 2015, che richiama la necessità di “determinare criteri di misurazione della rappresentatività delle associazioni dei datori di lavoro e delle categorie aderenti, pur riconoscendosi reciprocamente nel frattempo quali soggetti comparativamente più rappresentativi”<sup>29</sup>.

È possibile pertanto immaginare un meccanismo di selezione delle associazioni datoriali come quello previsto dall'AI 2014 al fine di favorire una regolamentazione unitaria dei rapporti di lavoro<sup>30</sup>?

Del sistema descritto dall'AI, se pur non è possibile farne un mero ‘trapianto’ nelle organizzazioni datoriali, possono essere considerati alcuni aspetti. Fatta eccezione per il dato elettorale<sup>31</sup>, è possibile tener conto sia del dato as-

<sup>29</sup> Di recente in tal senso si sono espresse anche le Confederazioni Cgil, Cisl e Uil, *Un moderno sistema di relazioni industriali, per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*, pubblicato su [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it) il 14 gennaio 2016. Per una analisi dell'accordo di Confcommercio FAIOLI, *Prassi e teoria delle relazioni collettive nelle PMI del Terziario: la disarmonica identità di R.ETE. Imprese Italia*, in *questa rivista*, 2016, p. 99.

<sup>30</sup> Come noto, l'AI, volto in qualche modo a ricondurre ad “unità” l'azione sindacale, prevede che “siano ammesse alla contrattazione collettiva nazionale le Federazioni delle Organizzazioni Sindacali firmatarie del presente accordo e dell'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e del Protocollo del 31 maggio 2013, che abbiano, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, una rappresentatività non inferiore al 5%, considerando a tale fine la media fra il dato associativo (percentuale delle iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale voti ottenuti su voti espressi) come risultante dalla ponderazione effettuata dal Cnel”. La misura e certificazione della rappresentanza è pertanto riferita a ciascun ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale. Si ricorda che l'AI, che non ha trovato ancora attuazione nel nostro ordinamento, è stato sottoscritto il 26 novembre 2015, ben quasi due anni dopo, dalla Confederazione Confcommercio che ha firmato una intesa, ricalcando in qualche modo quanto previsto dall'AI del 2014, prima ancora da Confservizi il 10 febbraio 2014 e dall'Alleanza delle Cooperative il 28 luglio 2015.

<sup>31</sup> Tale dato è tuttavia mancante anche quando non è presente una rappresentanza sindacale unitaria, ma soltanto la rappresentanza sindacale aziendali ai sensi dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori. In tale ipotesi l'AI ha previsto che il dato associativo sia valutato due volte.

sociativo, sia del perimetro entro cui misurare la rappresentatività sindacale. È opportuno chiarire che il tema della rappresentatività riferito ai datori di lavoro – come fa l’AI Confcommercio – appare soltanto nominalistico, là dove per le associazioni dei datori di lavoro, anche in tale ipotesi in applicazione del principio volontaristico, rileva soltanto il dato associativo<sup>32</sup>.

Ciò detto, il dato associativo, che nell’AI è riferito al numero di lavoratori iscritti all’organizzazione dei lavoratori, nel sistema datoriale è da riferire, a livello confederale, alle associazioni di categoria aderenti, al secondo livello associativo al numero di imprese associate. In quest’ultimo caso, tuttavia, come in precedenza accennato, occorre considerare che il numero di imprese aderenti non corrisponde al numero di addetti per singola realtà produttiva, là dove una certa quantità di aziende associate non assicura necessariamente una ampia copertura ad opera della contrattazione collettiva nazionale, stante – basti pensare alle attività non *labour intensive* – la bassa densità degli addetti.

La rappresentanza datoriale, in un meccanismo selettivo, deve ‘passare’ per il numero di imprese o, diversamente, è possibile considerare il numero di addetti a quelle imprese?

Con riferimento al perimetro adottato dall’AI, la rappresentatività è misurata in ordine a tutti i contratti collettivi nazionali esistenti, consentendo, per ciascun ambito contrattuale inteso in senso soggettivo, la formazione di autonomo perimetro di misurazione della rappresentatività sindacale.

Tuttavia, da tempo, sono state messe in evidenza le difficoltà di una regolazione legale dal lato della rappresentanza datoriale, “stante il forte movimento del panorama associativo che non produce autonome indicazioni per contemperare pluralismo associativo e convergenza sulla rappresentanza datoriale”<sup>33</sup>.

Così come la scelta di misurare la rappresentanza sindacale in senso ‘sog-

<sup>32</sup> Considerazioni non dissimili sono state elaborate con riferimento all’uso dell’espressione rappresentanza o rappresentatività dal lato delle organizzazioni dei lavoratori: MARESCA, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e “regole sulla rappresentanza” sindacale: verso l’attuazione negoziale dell’art. 39, co. 4, della Costituzione?*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 183; per una ricostruzione della terminologia utilizzata negli ultimi accordi interconfederali, si veda CARINCI F., *Il lungo cammino per Santiago della rappresentanza sindacale: (dal Tit. III dello Statuto dei lavoratori al Testo Unico sulla Rappresentanza 10 gennaio 2014)*, in ID. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Collana *Adapt Labour Studies eBook series*, 2014, consultabile in <http://moodle.adaptland.it/>.

<sup>33</sup> A tal proposito le riflessioni contenute nella proposta di legge presentata da questa rivista *Disciplina delle relazioni sindacali*, cit., p. 170.

gettivo' incrementa la possibilità per le organizzazioni di configurare distinti contratti collettivi nazionali di lavoro destinati a coesistere nel medesimo bacino produttivo (come già successo in alcuni settori), con ciò producendo un effetto inverso a quello voluto – di ricomporre una regolamentazione unitaria dei rapporti di lavoro del settore – ovvero agevolerebbe negli stessi settori il consolidamento di aree contrattuali separate all'interno delle quali la verifica della rappresentatività assumerebbe una rilevanza autonoma ed autoreferenziale<sup>34</sup>.

9. (Segue) ... *ovvero per aggregare i soggetti datoriali? L'ipotesi di un modello inclusivo*

Tenuto conto dei possibili esiti di una selezione dei soggetti datoriali ammessi alla contrattazione collettiva nazionale, non dissimili da quelli già evidenziati dal lato dei lavoratori, si potrebbe invece favorire la contrazione del numero di contratti collettivi e/o il venir meno di nuove aree contrattuali mediante forme di aggregazione dei soggetti datoriali che operano dal lato dei datori di lavoro: includendo più che escludendo mediante percorsi aggregativi al fine di ridurre il numero dei soggetti corrispondenti alla controparte datoriale<sup>35</sup>.

A tal proposito, potrebbe rilevarsi la difficoltà di realizzare una unità di azione sindacale nella misura in cui è l'assenza della medesima che ha prodotto i criteri adottati nell'AI (almeno dal lato dei lavoratori). Eppure tale meccanismo consentirebbe di limitare proprio il proliferare di distinti contratti collettivi nazionali di lavoro destinati a coesistere nel medesimo bacino produttivo. Limitando il numero di soggetti datoriali, si ridurrebbe infatti il timore di creare nuove aree contrattuali, in assenza di una 'controparte'. La forma di aggregazione non riguarda la struttura, come a creare un soggetto giuridico unitario, ma la sola attività negoziazione per il periodo coincidente

<sup>34</sup> MARAZZA, *Dalla "autoregolamentazione" alla "legge sindacale"? La questione dell'ambito di misurazione della rappresentatività sindacale*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 209/2014, in <http://csdle.lex.unict.it>. Sulla necessità di introdurre una legge in materia vedi le opinioni del gruppo di giuristi "Freccia Rossa" tra cui CARUSO, *Per un intervento eteronomo sulla rappresentanza sindacale: se non ora quando!*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 206/2014, *ivi*.

<sup>35</sup> Si tenga conto che la soluzione qui accennata potrebbe essere articolata anche in una proposta di legge sindacale.

con la durata del contratto collettivo, mediante la sottoscrizione di accordi che ne stabiliscono le modalità operative. Qui continuerebbe ad operare il sistema volontaristico, finalizzato tuttavia ad individuare le modalità di accorpamento delle associazioni datoriali, attraverso accordi 'interni' alle confederazioni che potrebbero considerare l'attività svolta quale termine oggettivo su cui poggiare il criterio aggregante.

Un esperimento non dissimile, se pur finalizzato a ridurre le sovrapposizioni delle funzioni e strutture associative, è stato definitivo nel nuovo statuto approvato il 14 giugno 2014 e, ancora in corso di attuazione, dalla Confederazione Confindustria che ha previsto meccanismi premianti al fine di promuovere percorsi aggregativi. Il meccanismo premiante si attiva al raggiungimento di una determinata soglia prevista dunque non per selezionare i soggetti datoriali, ma, al contrario, per consentire, in una forma aggregata, l'accesso immediato ad alcune prerogative<sup>36</sup>.

Stesso ragionamento potrebbe pertanto farsi con riferimento all'accesso 'diretto' alla contrattazione collettiva che potrebbe costituire l' 'incentivo' alla realizzazione di forme aggregative. Si potrebbe infatti prevedere che soltanto forme aggregative tra soggetti datoriali possano essere ammesse direttamente alla contrattazione collettiva nazionale, a prescindere da un meccanismo che ne verifichi la soglia di rappresentatività, ritenuta *in re ipsa* nella forma aggregativa, oppure introducendo anche in questo caso il superamento di una certa soglia di 'rappresentatività' di cui individuare le condizioni.

Nel caso di specie si potrebbe considerare la capacità di raccogliere i contributi e, dunque, di attrarre associati (datori di lavoro). Il dato contributivo, come anticipato, corrisponde in qualche modo al dato associativo (ov-

<sup>36</sup> Come si legge nel regolamento di attuazione e prima ancora nello Statuto di Confindustria "gli Associati effettivi sono infatti incentivati ad intraprendere percorsi aggregativi, con obiettivi di migliore operatività e di più efficace razionalizzazione organizzativa, attraverso il seguente meccanismo premiante. Hanno pertanto diritto ad una presenza diretta nel Consiglio generale gli Associati effettivi che superano una soglia quantitativa calcolata sulla capacità di raccolta contributiva e di partecipazione al finanziamento di Confindustria, secondo il seguente schema: a) associazioni di territorio che, autonomamente o a seguito di processi di aggregazione, superano la soglia dell'1% del totale dei contributi raccolti da tutte le associazioni di territorio, nonché l'1% del totale dei contributi complessivamente versati dalle stesse a Confindustria; b) Federazioni di settore che realizzano le condizioni di cui alla precedente lettera; c) associazioni di settore che superano la soglia del 2%, calcolata secondo gli stessi criteri previsti per le associazioni di territorio".

vero al numero delle imprese associate<sup>37</sup>) a cui si potrebbe collegare un secondo dato che tenga conto del numero di addetti per ogni impresa aderente, con ciò estendendo la copertura del contratto collettivo<sup>38</sup>. Mettendo insieme questi due dati sarebbe più agevole superare una determinata soglia aggregativa. Non è infatti certo che ad un numero minore di imprese associate corrisponda un basso numero di addetti. I due dati dovrebbero allora essere considerati come media tra di loro al fine di contemperare la carenza dell'uno e dell'altro dato, non essendo, autonomamente considerati, in grado di fotografare correttamente la rappresentatività della forma aggregativa. I dati ovviamente sono da individuare rispetto al settore di appartenenza che poi è il criterio in base al quale sono suddivise, in via generale, le confederazioni datoriali e, di conseguenza, le associazioni di categoria.

Tale sistema ovvierebbe anche alle criticità che potrebbero sorgere e che dal lato dei lavoratori sono già sorte, intorno al perimetro della rappresentatività e, dunque, entro quale area rilevare i dati necessari per creare una forma aggregata di rappresentanza. In questo caso il problema dell'ambito di rilevazione dei dati non si pone con riferimento alle aree contrattuali, in quanto il percorso aggregativo tende proprio alla ridefinizione a priori di quelle aree contrattuali per ridurne la frammentazione.

#### 10. *La rappresentanza datoriale nei rinvii della legge alla contrattazione collettiva*

Non da ultimo la nozione di rappresentanza non ricorre soltanto per selezionare i soggetti sindacali ammessi alla contrattazione collettiva di categoria, ma anche quando la legge, nel rinviare ad essa, cerca di selezionare i

<sup>37</sup> Si tenga conto che spesso i gruppi industriali, ai fini contributivi, sono individuati in modo unitario per l'intera realtà del Gruppo e non con riferimento alle singole società che lo compongono. A tal proposito, vedi Statuto Associazione Bancaria, art. 11, lett. f.

<sup>38</sup> Anche in questo caso occorrerà individuare cosa si intenda per addetti dell'impresa, se tutte le tipologie contrattuali nell'ambito dell'area del lavoro subordinato o soltanto quelli che pur appartenenti alla suddetta area abbiano un contratto temporaneo. È evidente pertanto che in questo caso il numero sarebbe caratterizzato da una maggior variabilità. C'è da dire che spesso il *quantum* del contributo associativo tiene conto anche del numero dei lavoratori addetti, in tale ipotesi tuttavia soltanto per determinarne l'entità. Tale dato potrebbe pertanto essere riutilizzato ad altri fini.

contratti collettivi, tenendo conto della percentuale di rappresentatività appartenente ai soggetti che li hanno sottoscritti.

A tale nozione si riferisce, come già accennato, l'art. 51 del d.lgs. 81/2015 per il quale “si intendono per contratti collettivi i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”<sup>39</sup>.

A differenza della nozione di rappresentanza fino ad ora considerata, quella contenuta nella disposizione implica, da un lato, che la rappresentatività sia ‘misurata’ a conclusione dell'accordo, quindi a valle del contratto collettivo e, dall'altro, che sia necessaria una forma di comparazione tra organizzazioni.

Tuttavia non è chiaro, visto che il legislatore rinvia genericamente alle associazioni sindacali, se quella comparazione sia riferita anche alle associazioni datoriali.

È vero che quando si è voluto distinguere, come nel caso dell'art. 8 della l. 14 settembre 2011 n. 148, il legislatore ha espressamente richiamato soltanto le associazioni dei lavoratori. In ogni caso, per ritenere che l'uso di un'espressione generale riveli l'intenzione di includere le associazioni dei datori di lavoro, occorrerebbe in definitiva riproporre la questione se dette associazioni possano intendersi come soggetti di natura sindacale o meno. In base all'orientamento a cui si voglia aderire è evidente che cambiano molto gli esiti interpretativi delle disposizioni in esame.

Ora, volendo accogliere in questa sede una nozione ampia di libertà ‘sindacale’, che guardi agli interessi inerenti i rapporti di lavoro e non ai lavoratori<sup>40</sup>, tanto da attrarre nella medesima sfera entrambe le organizzazioni, le riflessioni fino ad ora compiute in merito alla rappresentanza datoriale di per sé considerata (ed altrettanto vale dal lato dei lavoratori) rischiano di apparire impraticabili.

<sup>39</sup> Sui rinvii alla contrattazione collettiva la relazione MAINARDI, *Le relazioni collettive nel “nuovo” diritto del lavoro*, in Giornate di Studio Aidlass *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Napoli 16-17 giugno 2016, dattiloscritto. Per un primo commento, ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 284/2015, in <http://csdle.lex.unict.it>, p. 17 ss.

<sup>40</sup> Definiscono come sindacale anche l'attività delle associazioni dei datori di lavoro, MENGONI, *Ancora sulla libertà sindacale degli imprenditori*, in *MGL*, 1980, p. 148; PERA, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *ED*, XXIV, Giuffrè, 1974, p. 513.

La nozione richiamata dal decreto sembra del tutto trascurare l'insieme di regole confluite da ultimo nel cd. T.U. sulla rappresentanza sindacale del 10 gennaio 2014 segnando così un netto distacco dall'esperienza di quel sistema<sup>41</sup>.

Le regole del T.U. restituiscono l'impressione di un quadro disciplinare inedito, preordinato a operare a salvaguardia dell'unità di azione sindacale: così, al consenso fondato sull'effettività, cioè sull'incontro di obiettivi e scopi, si sostituisce il consenso elaborato su regole precise.

Che il sistema delineato non abbia ancora ampia diffusione è confermato anche da un recente interpello in cui si chiedevano gli elementi necessari per qualificare l'accordo collettivo previsto dall'art. 2 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81 quale accordo stipulato da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>42</sup>. Il Ministero del lavoro ha indicato quali indici sintomatici già fissati dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione e a cui occorre fare riferimento ai fini della verifica comparativa del grado di rappresentatività in questione: il numero complessivo dei lavoratori occupati; il numero complessivo delle imprese associate; la diffusione territoriale (numero di sedi presenti sul territorio e ambiti settoriali); il numero dei contratti collettivi nazionali sottoscritti.

In ogni caso gli indici un tempo elaborati dalla giurisprudenza e richiamati dalla risposta ministeriale, ben potrebbero essere impiegati anche per 'selezionare' i rappresentati dei datori di lavoro, anche se nei fatti potrebbero essere di non facile applicazione. Basti pensare che non si fa alcun riferimento al 'peso' che ciascun indice debba avere rispetto agli altri, se sia necessaria una valutazione 'congiunta' dei medesimi oppure sia sufficiente la presenza di alcuni.

<sup>41</sup> ZOPPOLI A., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - Collective Volumes - 3/2014, p. 25.

<sup>42</sup> Interpello 15 dicembre 2015- Assocontat. Sul punto, il Giudice amministrativo (cfr. TAR Lazio sent. n. 08865/2014), nel confermare la legittimità delle indicazioni fornite da questa Amministrazione, ha peraltro evidenziato come l'avverbio "comparativamente" introduca un elemento di confronto tra i predetti parametri, con la conseguenza che la maggiore rappresentatività delle organizzazioni stipulanti accordi collettivi è desunta da una valutazione comparativa degli indici sintomatici di cui sopra. Le medesime argomentazioni sono state riprese dallo stesso TAR del Lazio, sez Terza Bis, nella sentenza n. 8765/2015 nella parte in cui nuovamente avalla il criterio seguito dal Ministero per l'individuazione in termini comparativi della maggiore rappresentatività basato dunque sui «tradizionali parametri quali il numero delle imprese associate, dei lavoratori occupati, la diffusione territoriale, la partecipazione effettiva alle relazioni industriali».

Ma ciò che appare ancora più evidente è l'assenza di regole uniformi pur nel tentativo, forse soltanto apparente, di tracciare una linea unitaria.

È in tal senso che la formula qui proposta, se pur nella sua forma più generale, potrebbe agevolare una ricomposizione delle regole fino ad ora assente anche dalla parte dei lavoratori. La ricerca di un meccanismo aggregante non necessita di una 'condivisione' all'interno di un accordo interconfederale, né di un intervento legislativo che ne consenta l'applicazione, ma opera sul presupposto di snellire e agevolare l'attività negoziale associativa datoriale con ciò incidendo positivamente anche sulle organizzazioni sindacali dei lavoratori. Trattandosi poi di meccanismi provvisori, la cui 'contabilità', qualora prevista, appare di semplice verifica, le singole confederazioni potrebbero individuare le regole più confacenti ai singoli settori al proprio interno: l'«esterno» di quelle regole si rifletterebbe sulla diminuzione del numero dei contratti collettivi e, dunque, su una maggior uniformità nella regolamentazione dei rapporti di lavoro.

In un sistema inevitabilmente interconnesso, si realizzerebbe così, muovendo dalla riorganizzazione della rappresentanza datoriale, un effetto di razionalizzazione complessiva anche delle relazioni sindacali.

## **Abstract**

L'Autore affronta il tema della crisi rappresentanza datoriale che si riflette, con notevoli esiti, sulla frammentazione della contrattazione collettiva nazionale. Premesse le ragioni del “declino della rappresentanza”, il saggio propone possibili rimedi, a partire dalla definizione di ‘misuratori’ (anche) per la rappresentanza datoriale con riferimento alla fase iniziale e conclusiva del processo formativo del contratto collettivo nazionale.

This study focuses on the issue of the employers' organization crisis that reflects on the fragmentation of collective bargaining. Considering the reasons of the decline of employers' association, the paper proposes possible remedies, starting from the definition of criteria for the employers' organization to suggest a novel associative model.

## **Key words**

Rappresentanza sindacale, datore di lavoro, contratto collettivo.

Employers and union representation, employer, collective agreement.



## Marco Tufo

### Il trasferimento per incompatibilità ambientale nell'impiego privato

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** L'incompatibilità ambientale al cospetto della Corte di Cassazione tra gli anni '70 e '90. **3.** L'incompatibilità ambientale quale "causa di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva". **4.** Le posizioni della dottrina. **5.** Il duplice "controllo causale" del trasferimento. **6.** Alla ricerca di un bilanciamento di interessi nell'incompatibilità ambientale.

#### I. *Introduzione*

La figura del trasferimento per incompatibilità ambientale trae le sue origini dalla disciplina sul pubblico impiego. Prima della c.d. contrattualizzazione, infatti, l'art. 32, co. 4, d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 prevedeva il trasferimento dell'impiegato nel caso in cui la sua permanenza presso una certa sede potesse nuocere "al prestigio dell'ufficio"<sup>1</sup>. Tale disposizione, poi, venne soppressa con l'art. 43, co. 5, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, e l'abrogazione fu confermata successivamente con l'art. 72, co. 1, lett. a), d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165<sup>2</sup>.

Indipendentemente dalle sue sorti legislative, la figura del trasferimento

<sup>1</sup> Sul trasferimento per incompatibilità ambientale nel pubblico impiego v. LEVI, *Il trasferimento disciplinare del prestatore di lavoro*, Giappichelli, 2000, p. 110 ss.

<sup>2</sup> Si segnala, comunque, che il trasferimento per incompatibilità ambientale non è scomparso del tutto dal panorama legislativo italiano. Infatti, tale istituto è ancora previsto, ad esempio, per i magistrati, ai sensi dell'art. 2, co. 2, R.d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511, per il personale della Polizia di Stato, ex art. 55, d.P.R. 24 aprile 1982 n. 335, nonché per gli autoferrotranvieri, all'art. 37, co. 3, R.d. 8 gennaio 1931 n. 148.

per incompatibilità ambientale aveva varcato la soglia dell'impiego privato già negli anni Settanta grazie all'opera della Corte di Cassazione<sup>3</sup>. Da allora, è iniziato un dibattito sulla legittimità dell'istituto in oggetto che ha visto fronteggiarsi, da un lato, la giurisprudenza, la quale ha concluso per l'ammissibilità di tale fattispecie, anche se come punto di arrivo di un lungo percorso, e, dall'altro, la dottrina, che, per lo più, si è collocata sul versante opposto.

Un primo punto da chiarire riguarda il significato dell'espressione "incompatibilità ambientale" o "aziendale". In generale, è tale il "clima di tensione", idoneo a minare la serenità del rapporto di lavoro, ingenerato da comportamenti connessi alla "particolare indole" del lavoratore<sup>4</sup>. Questi possono concretizzarsi, ad esempio, in semplici diverbi che il lavoratore può avere avuto, per qualsiasi ragione, con i superiori, con i colleghi o con i clienti, oppure in atteggiamenti aggressivi del dipendente occasionati dal suo "caratteraccio"<sup>5</sup>.

In tali casi, sovente, i datori di lavoro hanno individuato nel trasferimento del dipendente, che ha posto in essere il comportamento fonte dell'incompatibilità, uno strumento per "rasserenare i rapporti di lavoro"<sup>6</sup>.

La problematicità dell'utilizzo del potere datoriale in questa direzione va ascritta alla stretta connessione che il trasferimento ha, in tale vicenda, con la condotta del lavoratore. Si è sostenuto, cioè, che il trasferimento qui posto in essere sarebbe di natura "soggettiva", dunque illegittimo perché non motivato da alcuna ragione tecnica, organizzativa e produttiva.

Più precisamente, il provvedimento in questione sarebbe da qualificare come trasferimento "disciplinare"<sup>7</sup> e, allora, l'illegittimità lamentata non troverebbe fondamento soltanto nella carenza di ragioni oggettive e, pertanto, nella violazione dell'art. 2103, co. 8, cod. civ., ma anche nella contrarietà all'art. 7 St. lav. Come è noto, infatti, dottrina e giurisprudenza ritengono illegittimo il trasferimento usato quale sanzione disciplinare – eccetto il caso in cui esso sia stato previsto come sanzione tipica dal contratto collettivo<sup>8</sup> –

<sup>3</sup> Cfr. Cass. 6 marzo 1975 n. 832, in *FI*, 1975, c. 2007 ss.

<sup>4</sup> BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Comm. Schlesinger*, 1997, XII, p. 369.

<sup>5</sup> Cass. 16 aprile 1992 n. 4655, in *RIDL*, 1993, II, p. 571 ss.

<sup>6</sup> Cass. 2 settembre 2008 n. 22059, in *ADL*, 2009, II, p. 540 ss.

<sup>7</sup> Sul trasferimento disciplinare v. *amplius* LEVI, *op. cit.*

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 28 settembre 1995 n. 10252, in *GI*, 1996, I, p. 730 ss.; Cass. 21 novembre 1990 n. 11233, in *OGL*, 1991, p. 882 ss.

visto il dettato dell'art. 7 St. lav., secondo cui, salvo il licenziamento, il datore non può disporre sanzioni disciplinari che comportino “mutamenti definitivi del rapporto di lavoro”.

Ad ogni modo, vale la pena di ripercorrere lo sviluppo del concetto di incompatibilità ambientale nella giurisprudenza, per poi vedere come la dottrina si sia divisa in proposito.

Nello specifico, si segnala sin da subito che la giurisprudenza di legittimità, nel corso del tempo, ha osservato la questione da prospettive diverse cosicché, in linea di massima, si può affermare che due sono i principali orientamenti forniti dalla Corte di Cassazione e come, sebbene alla fine abbia prevalso solo uno di essi, per un certo periodo entrambi hanno corso su binari paralleli.

## 2. *L'incompatibilità ambientale al cospetto della Corte di Cassazione tra gli anni '70 e '90*

Il trasferimento per incompatibilità ambientale ha cominciato a trovare spazio tra le pronunce della Corte di Cassazione già nella vigenza dell'art. 32 d.P.R. 3/57. Infatti, sin dagli anni Settanta, la Suprema Corte si era pronunciata favorevolmente rispetto a un trasferimento occasionato dall'incidenza negativa e oggettiva di “un determinato contegno del lavoratore” sul normale svolgimento dell'attività di impresa<sup>9</sup>. Quindi, secondo i giudici di legittimità, era fondamentale distinguere tra la condotta del lavoratore e il suo effetto. La prima, da sola, non poteva essere ritenuta una causa legittima di trasferimento visto che, in tal caso, si sarebbe ravvisato un nesso tra il provvedimento datoriale e ragioni di carattere soggettivo, con la conseguenza che quel trasferimento avrebbe assunto i caratteri della disciplinarietà. Al contrario, il trasferimento del dipendente motivato dalla situazione conflittuale sorta in azienda sarebbe stato del tutto legittimo, attesa la natura oggettiva degli effetti negativi della condotta sull'unità produttiva e, dunque, delle ragioni allegare al trasferimento<sup>10</sup>.

Negli anni successivi, la giurisprudenza di legittimità non seguì la via tracciata da quella pronuncia ma, diversamente, se ne discostò, incominciando

<sup>9</sup> Cass. 832/1975.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

un percorso di ricerca del confine tra disciplinarietà e incompatibilità ambientale.

In particolare, la Corte di Cassazione iniziò ad affermare che il comportamento del dipendente potesse avere contemporaneamente due nature: quella di fatto rilevante sotto il profilo disciplinare e quella di ragione tecnica, organizzativa e produttiva, *ex art. 13 St. lav.*<sup>11</sup>. Del resto, a detta dei giudici di legittimità, l'articolo in questione non poneva alcuna distinzione tra situazioni oggettive e soggettive, richiedendo solamente la sussistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo, purché le stesse fossero “comprovate” e, cioè, “più che provate, dimostrate cioè efficacemente, in termini di evidente assoluta certezza, attraverso elementi di indiscutibile valore, che ne diano al tempo stesso prova e conferma”<sup>12</sup>. Questa impostazione era tutta a vantaggio del datore di lavoro, il quale poteva ricorrere alternativamente alla sanzione disciplinare o al trasferimento del lavoratore, escludendosi che quest'ultimo potesse essere qualificato come provvedimento punitivo<sup>13</sup>. A tutto ciò si aggiungeva che la mera successione cronologica del provvedimento di trasferimento rispetto a una sanzione precedentemente utilizzata per colpire la medesima condotta non faceva dell'atto di mutamento del luogo di lavoro un provvedimento disciplinare e che, comunque, spettava esclusivamente al datore, secondo una valutazione *a priori* e “senza dover attendere il verificarsi di elementi effettivamente perturbatori”<sup>14</sup>, giudicare se usare la sanzione o il trasferimento, senza che il giudice, considerata l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, potesse proferire parola sul punto, fermo restando il proprio controllo di legittimità finalizzato a individuare l'esistenza delle ragioni oggettive<sup>15</sup>.

Tale orientamento era censurabile. Infatti, affermare che la condotta del lavoratore possa essere allo stesso tempo fatto rilevante sotto il profilo disciplinare e ragione oggettiva di trasferimento suona come un ossimoro<sup>16</sup>. Sembra che la Corte di Cassazione, in quelle pronunce, avesse perso di vista la

<sup>11</sup> Cfr. Cass. 10252/1995; Cass. 16 aprile 1992 n. 4655, in *RIDL*, 1993, II, p. 571 ss.; Cass. 13 novembre 1991 n. 12088, in *DG*, 1992, p. 587 ss.; Cass. 16 giugno 1987 n. 5339, in *RIDL*, 1987, II, p. 247 ss.; Cass. Sez. Un. 24 luglio 1986 n. 4747, in *RIDL*, 1987, II, p. 518 ss.

<sup>12</sup> Così Cass. 4655/1992; in senso conforme Cass. 10252/1995.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Cass. 21 ottobre 1997 n. 10333, in *RGL*, 1998, II, p. 284 ss.; Cass. 12088/1991.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Sez. Un. 4747/1986.

<sup>16</sup> A ben vedere, una simile ambiguità si ripropone anche in tema di licenziamenti. Infatti, è noto come la Corte di Cassazione abbia dichiarato che lo “scarso rendimento” del lavoratore

distinzione tra soggettività e oggettività. Ciò che lascia perplessi è la soluzione proposta dalla Suprema Corte, una alternativa tra due provvedimenti, la sanzione disciplinare e il trasferimento, del tutto differenti negli elementi costitutivi. Infatti, la sanzione disciplinare, come è noto, viene erogata per punire l'inadempimento contrattuale del lavoratore, cioè una condotta in sé, pertanto trova la sua giustificazione in ragioni soggettive. Lo stesso non può dirsi del trasferimento del lavoratore, atto di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro, che però, proprio perché espressione di quel potere, è giustificato solo se occasionato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, cioè da ragioni oggettive. In sostanza, sembra che i giudici di legittimità, consapevoli di non poter proclamare apertamente la legittimità del trasferimento quale sanzione atipica, abbiano voluto "mascherarlo", ponendo l'alternativa con le sanzioni, come se quel provvedimento fosse qualcosa di diverso da queste ultime.

### 3. *L'incompatibilità ambientale quale causa di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva*

A partire dalla metà degli anni Novanta, si sviluppa in seno alla Suprema Corte un orientamento minoritario che affronta diversamente il rapporto tra condotta del lavoratore e trasferimento. Con questa nuova posizione, la Cassazione cerca di definire il trasferimento per incompatibilità ambientale come figura autonoma e distinta dal trasferimento disciplinare. Più precisamente, i giudici di legittimità recuperano l'orientamento degli anni Settanta, statuendo la legittimità di un trasferimento dovuto a una "situazione di incompatibilità tra un lavoratore ed i suoi colleghi o collaboratori diretti (...) quando essa determini conseguenze (tensioni nei rapporti personali, contrasti nell'ambiente di lavoro, ecc.), che costituiscono esse stesse causa di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva"<sup>17</sup>.

possa costituire, allo stesso tempo, giustificato motivo oggettivo di licenziamento o inadempimento contrattuale da porre alla base di un licenziamento per giustificato motivo soggettivo. Sul licenziamento per scarso rendimento v., in giurisprudenza, Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, p. 689 ss., con nota di ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, e, in dottrina, PEDRAZZOLI, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvivere di incompatibilità personali*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, 2011, p. 81 ss.

<sup>17</sup> Cass. 10252/1995; cfr. Cass. 27 giugno 1998 n. 6383, in *RIDL*, 1999, II, p. 356 ss.

Innanzitutto, si segnala un mutamento nel lessico utilizzato dai giudici di legittimità. Se nelle pronunce precedenti al centro della giustificazione del trasferimento si trovava il comportamento stesso del dipendente, adesso si fa riferimento alla “situazione di incompatibilità” e alle sue conseguenze negative sull’unità produttiva, elementi, cioè, oggettivi “o quanto meno valutabili alla stregua di un criterio oggettivo”<sup>18</sup>. Del resto, la stessa Cassazione appariva rendersi conto che la terminologia consolidatasi sul tema era fattore di confusione, così arrivava ad affermare che, “per effetto di un’impropria convenzione terminologica”, il trasferimento non poteva essere definito disciplinare, “essendo più corretto parlare di trasferimento motivato da situazioni soggettive del lavoratore”<sup>19</sup>.

Dunque, tale giurisprudenza polemizzava apertamente con l’orientamento dominante evidenziando come quei giudici, nonostante avessero negato, in linea di principio, la legittimità del trasferimento disciplinare quale sanzione atipica, alla fine lo avessero ammesso proprio perché avevano identificato la condotta stessa del dipendente quale causa oggettiva del trasferimento. Diversamente, spostando il punto di congiunzione del nesso di causalità dal comportamento ai suoi effetti, si andava ad ancorare il provvedimento a un elemento oggettivo, in conformità all’art. 2103 cod. civ.

Con l’ingresso nel terzo millennio, la Suprema Corte si assesta sull’interpretazione della legittimità del trasferimento per incompatibilità ambientale come trasferimento occasionato dalle conseguenze pregiudizievoli del comportamento del lavoratore sull’unità produttiva<sup>20</sup>.

Questo orientamento risulta legittimato da una precisazione fatta dal giudice di legittimità in tema di trasferimento disciplinare. Infatti, è stato affermato che, laddove la ragione del trasferimento sia ricollegabile a una mancanza del dipendente, tale provvedimento avrebbe natura “ontologicamente disciplinare”<sup>21</sup>, con un evidente richiamo alla giurisprudenza in tema di li-

<sup>18</sup> Cass. 10252/1995; cfr. Cass. 6383/1998.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 5 novembre 2013 n. 24775, in *DeJure*; Cass. 28 ottobre 2013 n. 24260, *ivi*; Cass. 22 agosto 2013 n. 19425, *ivi*; Cass. 2 dicembre 2011 n. 25799, *ivi*; Cass. 6 luglio 2011 n. 14875, in *FI*, 2011, I, c. 3007 ss.; Cass. Sez. Un. 9 luglio 2009 n. 16102, in *LG*, 2009, II, p. 1243 ss.; Cass. 2 settembre 2008 n. 22059, in *ADL*, 2009, II, p. 540 ss.; Cass. 23 febbraio 2007 n. 4265, in *RIDL*, 2007, II, p. 863 ss.; Cass. 10 marzo 2006 n. 5320, in *NGL*, p. 523 ss.; Cass. 1 settembre 2003 n. 12735, in *NGL*, 2004, p. 340 ss.; Cass. 2 aprile 2003 n. 5087, in *RIDL*, 2003, II, p. 774 ss.; Cass. 12 dicembre 2002 n. 17786, in *FI*, 2003, I, c. 440 ss.; Cass. 9 marzo 2001 n. 3525, in *DL*, 2001, II, p. 455 ss.

<sup>21</sup> Cass. 17 marzo 2009 n. 6462, in *OGL*, 2009, I, p. 141 ss.

enziamento disciplinare. Ciò non fa che confermare la volontà della Cassazione di prendere le distanze dalla tesi precedente, che ricollegava l'eventuale trasferimento disposto, alternativo alla sanzione, alla condotta stessa del dipendente.

La Suprema Corte, poi, ha negato che il trasferimento per incompatibilità ambientale possa essere utilizzato con funzione "cautelare", salvo il contratto collettivo non preveda il suo uso a tale scopo, attesa la necessità di verificare la effettiva sussistenza di ragioni oggettive mentre, diversamente, disporre un provvedimento cautelare significa agire prima di tale accertamento e, dunque, ancora una volta, colpire la condotta in sé del lavoratore<sup>22</sup>.

Inoltre, sempre più spesso la giurisprudenza di legittimità tende a precisare i limiti del sindacato giudiziale in relazione alle cause di trasferimento, nei casi in cui quest'ultimo venga disposto per incompatibilità ambientale, circoscrivendo il controllo del giudice ai soli profili di legittimità della scelta datoriale, con esclusione di qualunque indagine inerente al merito di essa<sup>23</sup>. Tale circostanza, a parere di chi scrive, costituisce la dimostrazione di una ormai piena legittimazione da parte della Cassazione dell'incompatibilità ambientale quale ragione oggettiva, atteso che gli interrogativi riguardanti l'estensione del sindacato del giudice sui provvedimenti del datore di lavoro attengono alla verifica del giustificato motivo oggettivo. Si intende dire, cioè, che la Suprema Corte, affrontando sempre più spesso nelle sue pronunce la tematica relativa ai limiti del controllo giudiziale, ha completato la configurazione dell'incompatibilità ambientale come ragione oggettiva.

A riprova della compiuta "oggettivazione" dell'incompatibilità ambientale militano anche alcune pronunce della Corte di Cassazione, nelle quali è stato definito il rapporto fra il trasferimento per incompatibilità ambientale e le tutele accordate dalla l. 5 febbraio 1992 n. 104 ai disabili e ai loro familiari in caso di trasferimento.

In particolare, le Sezioni Unite hanno statuito che "il diritto del genitore o del familiare lavoratore, con rapporto di lavoro pubblico o privato, che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato, di non essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede, mentre non può

<sup>22</sup> Cfr. Cass. 3525/2001. In questo caso, il direttore di una filiale bancaria era stato trasferito all'esito di una indagine penale, che era sfociata nell'instaurazione di un procedimento penale, eventi questi che avevano deteriorato il rapporto fiduciario con il datore di lavoro e con i sottoposti.

<sup>23</sup> Cass. 19425/2013; Cass. 25799/2011; Cass. 4265/2007; Cass. 5320/2006; Cass. 17786/2002.

subire limitazioni in caso di mobilità connessa ad ordinarie esigenze tecnico-produttive dell'azienda, ovvero della pubblica amministrazione, non è invece attuabile ove sia accertata (...) la incompatibilità della permanenza del lavoratore nella sede di lavoro"<sup>24</sup>.

Successivamente, la Cassazione ha proclamato il medesimo principio per il disabile stesso<sup>25</sup>. Infatti, è stato affermato che il diritto del soggetto predetto al consenso in caso di trasferimento non può essere considerato "assoluto e illimitato, poiché esso può essere fatto valere allorquando, alla stregua di un equo bilanciamento fra tutti gli implicati interessi costituzionalmente rilevanti, il suo esercizio non finisca per ledere in maniera consistente le esigenze economiche, produttive ed organizzative del datore di lavoro e per tradursi (...) in un danno per l'interesse della collettività"<sup>26</sup>.

Del resto, questo contemperamento di interessi trova fondamento nell'espressione, contenuta nei co. 5 e 6, art. 33 l. 104/92, "ove possibile", in cui risiederebbe la volontà del legislatore di proteggere il disabile e i suoi familiari finché i loro interessi non debbano cedere di fronte ad altri valori costituzionalmente tutelati, tra cui si annovera pure l'interesse datoriale, tutelato all'art. 41, co. 1, Cost.<sup>27</sup>.

Dunque, da queste pronunce emerge che persino un interesse forte, quale quello del disabile a mantenere la propria sede lavorativa, si trova a soccombere di fronte a una situazione di incompatibilità ambientale, in considerazione del danno che tale vicenda provocherebbe all'unità produttiva. Ma, a ben vedere, il bilanciamento di interessi non si risolve a totale vantaggio del datore di lavoro. Infatti, come sancito dalla Cassazione stessa, vicende del genere sono assimilabili a casi di soppressione del posto di lavoro che impongono il trasferimento. In sostanza, lo spostamento diventa l'unica soluzione praticabile per evitare un'estromissione del dipendente dall'azienda, cosicché il contemperamento di interessi finisce per volgere a favore del dipendente, in quanto, laddove questi sia familiare del disabile, la perdita dell'impiego si rifletterebbe sulla stessa persona disabile assistita<sup>28</sup> e, *a fortiori*, l'espulsione del dipendente disabile costituirebbe un evento di particolare gravità per il suo destinatario.

<sup>24</sup> Cass. Sez. Un. 16102/2009.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. 24775/2013.

<sup>26</sup> Cass. Sez. Un. 16102/2009; cfr. Cass. 24775/2013; Cass. 27 marzo 2008 n. 7945, in *DeJure*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Cass. Sez. Un. 16102/2009.

#### 4. *Le posizioni della dottrina*

Riguardo al trasferimento per incompatibilità ambientale, la dottrina maggioritaria ha assunto una posizione diametralmente opposta rispetto a quella giurisprudenziale. Quindi, se la giurisprudenza, pur con le sue variegate interpretazioni nel corso del tempo, si è detta da sempre favorevole a questo tipo di trasferimento, gran parte degli autori non si sono mostrati disposti a dare legittimazione a tale figura<sup>29</sup>.

L'argomento di base assunto da parte di questi studiosi è che il trasferimento per incompatibilità ambientale costituirebbe una finzione dietro la quale si nasconderebbero le reali motivazioni di trasferimento, le quali, in sostanza, risiederebbero nella volontà di punire il dipendente per una propria condotta. In particolare, una delle critiche più frequenti fatte alla giurisprudenza è che questa avrebbe dimenticato che la natura oggettiva o soggettiva del provvedimento datoriale non si fonderebbe sugli effetti che un determinato fatto produce, atteso che in entrambi i casi rilevarebbe solo la loro incidenza negativa sull'azienda, ma sulla natura della causa da cui quegli effetti scaturiscono<sup>30</sup>. Dunque, si parlerebbe di giustificazione soggettiva se il provvedimento trovasse la propria fonte nel comportamento del lavoratore, e di giustificazione oggettiva, al contrario, in tutti gli altri casi. Di conseguenza, considerato che, nel contratto di lavoro, la condotta del dipendente rileva solo ai fini della corretta esecuzione della prestazione, si potrebbero configurare due tipologie di incompatibilità ambientale<sup>31</sup>.

La prima, detta "incompatibilità ambientale colpevole"<sup>32</sup>, troverebbe la sua origine in un inadempimento contrattuale del dipendente, con la conseguenza che il datore di lavoro, in tal caso, non potrebbe mai trasferire il lavoratore, altrimenti il provvedimento assumerebbe natura disciplinare, ma sarebbe legittimato solo ad adottare sanzioni disciplinari conservative, ferma

<sup>29</sup> Tra gli autori a favore della tesi giurisprudenziale si segnalano ALVINO, *Trasferimento del lavoratore e "serenità dei rapporti" sul luogo di lavoro*, in *ADL*, 2009, II, p. 541 ss.; CALÀ, *Il trasferimento del lavoratore*, Cedam, 1999, p. 213 ss.; PROIA, *Qual è il trasferimento disciplinare?*, in *RIDL*, 1993, II, p. 574 ss.; PERA, *Sul trasferimento del lavoratore*, in *FI*, 1976, V, c. 65 ss.

<sup>30</sup> VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *RIDL*, 1987, I, pp. 78-79; in senso conforme PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Utet, 2009, p. 174.

<sup>31</sup> Cfr. LEVI, *op. cit.*, p. 201 ss.; BROLLO, *op. cit.*, p. 560 ss.; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79; ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Cedam, 1986, p. 92.

<sup>32</sup> Così BROLLO, *op. cit.*, p. 560.

restando la possibilità di intimare il licenziamento disciplinare. Gli autori in questione hanno trovato un ulteriore argomento a sostegno della propria tesi analizzando alcuni contratti collettivi. Infatti, si è evidenziato che in alcuni codici disciplinari di natura pattizia vi sarebbero alcune fattispecie (per esempio atti di lieve insubordinazione, offese arrecate ai colleghi, risse all'interno o fuori dai reparti di lavorazione dello stabilimento) che, nella casistica, ricorrono spesso quali situazioni di incompatibilità ambientale<sup>33</sup>. Inoltre, tale argomentazione tende a identificare l'incompatibilità ambientale, in via residuale, con la violazione degli obblighi di collaborazione e di obbedienza verso colleghi, superiori e datori, quali "clausole aperte". In sostanza, laddove la condotta in oggetto non fosse prevista espressamente dal codice disciplinare, la violazione degli obblighi suddetti costituirebbe, comunque, un inadempimento punibile dal datore e, dunque, sarebbe sanzionabile sul piano disciplinare ma mai, ancora una volta, con il trasferimento<sup>34</sup>.

La seconda figura enucleata da questi autori, detta "incompatibilità ambientale incolpevole"<sup>35</sup> o "oggettiva"<sup>36</sup>, sarebbe riferita a una situazione causata da un comportamento del lavoratore che non raggiunge la soglia della disciplinarietà. In tale caso, *a fortiori* il dipendente non sarebbe trasferibile, perché qui neppure sarebbe giustificata l'irrogazione di un provvedimento punitivo. Nello specifico, il datore non potrebbe neanche avere interesse a conoscere i rapporti tra i lavoratori, dal momento che tale interesse sarebbe giustificato solo quando la natura di quelle relazioni fosse idonea a incidere sulla corretta esecuzione della prestazione, cioè proprio nel caso in cui si raggiungesse la soglia della disciplinarietà mentre, in tutti gli altri casi, il dipendente sarebbe comunque tutelato *ex artt. 1 e 8 St. lav.* Pertanto, affermare la legittimità del trasferimento, in questo secondo caso, significherebbe dotare il datore di uno strumento idoneo a incidere sul rapporto di lavoro in relazione a condotte non rilevanti dal punto di vista disciplinare e ciò equivarrebbe ad ammettere un trasferimento per motivi soggettivi e, dunque, illegittimo<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BROLLO, *op. cit.*, p. 562.

<sup>34</sup> BROLLO, *op. cit.*, p. 562; VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79.

<sup>35</sup> Ancora BROLLO, *op. cit.*, p. 562.

<sup>36</sup> Così ANGIELLO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>37</sup> VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79; in senso critico BROLLO, *op. cit.*, p. 563, la quale ritiene che tale ragionamento non sia necessario, risultando sufficiente richiamare la nozione di giustificato motivo oggettivo quale unica ragione di trasferimento e, pertanto, idonea ad escludere qualsiasi trasferimento collegato alla sfera giuridica del dipendente.

Alcuni autori hanno assunto nei confronti di questa seconda figura di incompatibilità un atteggiamento più “morbido”<sup>38</sup> e, perciò, hanno tentato di fornire delle soluzioni idonee a risolvere la situazione creatasi prospettando due alternative: o “facendo leva sull’unità di lavoro di partenza, senza procedere ad alcun trasferimento”, regolarizzando l’attività lavorativa tramite “una più incisiva attuazione del potere direttivo del datore di lavoro”, oppure “eliminando la causa o le cause della disfunzione attraverso il trasferimento di uno o più lavoratori ad altra unità produttiva”<sup>39</sup>. In attuazione della prima delle due alternative, il datore potrebbe, ad esempio, nell’esercizio dello *ius variandi*, disporre “una rotazione delle mansioni che comporti una diversa, e pacificatrice distribuzione del lavoro”<sup>40</sup>. Soltanto laddove tale via non fosse percorribile e, quindi, fosse accertata l’ “inutilità di altri provvedimenti meno gravi”<sup>41</sup>, non rimarrebbe che optare per la seconda soluzione, ossia trasferire uno dei lavoratori coinvolti nella situazione di incompatibilità. Ma, in questo caso, il provvedimento dovrebbe essere idoneo a eliminare l’incompatibilità, con onere della prova a carico del datore<sup>42</sup>, e, salvo il caso in cui l’incompatibilità sia ascrivibile in modo chiaro a un preciso dipendente, sorgerebbe il problema di capire quale lavoratore abbia causato l’incompatibilità e, dunque, chi trasferire<sup>43</sup>. Si è escluso che il criterio da utilizzare possa essere quello della “maggior convenienza aziendale”, in quanto si rischierebbe di scegliere un soggetto del tutto estraneo alla vicenda. Tuttavia, non sarebbe accettabile neppure il parametro del dipendente “più colpevole”, atteso che si ragionerebbe in termini sanzionatori andando, in sostanza, a disporre un trasferimento disciplinare<sup>44</sup>. Pertanto, nella scelta del lavoratore da trasferire, il datore di lavoro dovrebbe seguire parametri che tengano in considerazione le con-

<sup>38</sup> Così BROLLO, *op. cit.*, p. 563.

<sup>39</sup> ANGIELLO, *op. cit.*, pp. 92-93; in senso conforme LEVI, *op. cit.*, p. 204.

<sup>40</sup> ANGIELLO, *op. cit.*, p. 93; cfr. DE FALCO, *Luogo di lavoro e adempimento della prestazione*, ESI, 2012, p. 85.

<sup>41</sup> Così LEVI, *op. cit.*, 205; la questione, invero, era stata posta in precedenza da LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, 1982, p. 283, nota 77, ma senza una presa di posizione sull’utilizzo del trasferimento quale *extrema ratio* per risolvere situazioni di incompatibilità ambientale.

<sup>42</sup> LEVI, *op. cit.*, p. 205; BROLLO, *op. cit.*, p. 564.

<sup>43</sup> DE FALCO, *op. cit.*, p. 85; LEVI, *op. cit.*, p. 208; CALÀ, *op. cit.*, p. 220; BROLLO, *op. cit.*, p. 565; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 92.

<sup>44</sup> VALLEBONA, *op. cit.*, p. 79; in senso conforme LEVI, *op. cit.*, p. 208, nonché BROLLO, *op. cit.*, pp. 565-566.

dizioni personali e familiari dei dipendenti, a imitazione dei criteri di cui all'art. 5, l. 23 luglio 1991 n. 223, previsti per il licenziamento collettivo, che troverebbero ingresso nel trasferimento grazie ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto<sup>45</sup>, cui il datore è sottoposto, e i quali consentirebbero di trasferire, in attuazione di una comparazione delle situazioni soggettive tra gli individui coinvolti, il lavoratore “più forte” tra i potenziali destinatari dell'atto<sup>46</sup>, ossia colui per cui il provvedimento sarebbe meno gravoso.

### 5. *Il duplice “controllo causale” del trasferimento*

All'esito della ricostruzione del dibattito sull'incompatibilità ambientale, pare utile offrire qualche riflessione.

In primo luogo, si osserva che l'atteggiamento ostile della dottrina nei confronti della tesi maggioritaria della Corte di Cassazione sembra radicato nella finalità di evitare al dipendente, in conseguenza di suoi comportamenti pregiudizievoli per l'azienda, un provvedimento, come il trasferimento, idoneo a modificare l'elemento topografico del contratto di lavoro e, dunque, in grado di incidere in modo rilevante non solo sulle modalità oggettive di svolgimento della prestazione ma anche sulla sfera soggettiva del lavoratore<sup>47</sup>. Più precisamente, al di là della *ratio* originaria dei limiti imposti al potere di trasferimento dall'art. 13 St. lav., finalizzati alla limitazione di pratiche anti-sindacali molto diffuse nella fase ante-statutaria<sup>48</sup>, è evidente che lo spostamento definitivo ad altra unità produttiva, qualunque sia la distanza di quest'ultima, possa ledere interessi di varia natura del dipendente. Il trasferi-

<sup>45</sup> LEVI, *op. cit.*, p. 208; BROLLO, *op. cit.*, p. 566; ANGIELLO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>46</sup> Sulla scelta del lavoratore da trasferire v. *infra* par. 6.

<sup>47</sup> DE FALCO, *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>48</sup> Si fa riferimento alla nota vicenda dei trasferimenti ai cc.dd. reparti-confino, attuati a fini di rappresaglia sindacale, come evidenziato nella Relazione al disegno di legge dello Statuto dei lavoratori, presentata dalla XIII Commissione Permanente alla Presidenza della Camera il 6 maggio 1970; sul punto v. LISO, *op. cit.*, p. 270; invero, come rileva LOFFREDO, *Mobbing e poteri datoriali*, in AMATO, CASCIANO, LAZZERONI, LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Giuffrè, 2002, p. 73, tali situazioni non possono essere ritenute “reperiti di archeologia giuridica”, dal momento che, anche nella fase post-statutaria, si sono verificati casi di trasferimento a reparti isolati di interi gruppi di lavoratori.

mento, infatti, se concepito in senso meramente “geografico”<sup>49</sup>, ossia quale spostamento del lavoratore a distanze apprezzabili, può incidere sulla vita familiare e sociale del trasferito, nonché sulla sua condizione economica, rendendo più gravosa la sua sopravvivenza “lontano da casa”. Inoltre, laddove si accogliesse una nozione di “unità produttiva” in senso tecnico-funzionale<sup>50</sup>, entrerebbero in gioco ulteriori interessi, non tipizzabili rigidamente e molto spesso non rilevanti, connessi alla permanenza del dipendente presso una certa area organizzativa<sup>51</sup> e sintetizzabili nel concetto di bene al “godimento (...) dell'appartenenza all'unità produttiva”<sup>52</sup>, dal momento che il trasferimento, in tal caso, potrebbe consistere anche in spostamenti a brevi distanze, addirittura all'interno dello stesso edificio.

Tuttavia, la posizione della dottrina maggioritaria è criticabile sotto vari punti di vista e, a mio parere, finisce per volgere più a svantaggio che a favore del dipendente.

Sembra che la chiave per valutare in astratto la legittimità del trasferi-

<sup>49</sup> Sulla nozione di trasferimento e sulla contrapposizione tra trasferimento “geografico” e trasferimento “tecnico” v. BROLLO, *op. cit.*, p. 389 ss.

<sup>50</sup> Definita da Cass. 21 febbraio 1986 n. 1064, in *OGI*, 1986, p. 326 ss., come: “ogni articolazione autonoma dell'impresa o azienda avente, sotto il profilo funzionale o finalistico, idoneità ad esplicare in tutto in parte l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa della quale è una componente organizzativa, e perciò distinta dal punto di vista economico, produttivo e spaziale dagli altri luoghi ove si esercita l'attività di impresa (...), non dunque, ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dell'impresa (...), ma quella consistente entità aziendale (...) che, anche se articolata in organismi minori, si caratterizzi per sostanziali condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa, tali che in esse si svolga e si concluda il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell'attività produttiva”; sul concetto di unità produttiva v. l'ampia trattazione di CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Cedam, 1983.

<sup>51</sup> Cfr. LISO, *op. cit.*, pp. 273-274, che ne indica, in via esemplificativa, alcuni: “l'interesse a rimanere nella propria unità produttiva che non sarà interessata dal provvedimento di riduzione del personale; l'interesse a rimanere nella propria unità produttiva che, avendo più di 15 dipendenti, consente di godere di una tutela «reale» contro il licenziamento; l'interesse al mantenimento di una situazione di fatto in cui le mansioni effettivamente svolte hanno raggiunto – nell'ambito della organizzazione concreta del lavoro – un certo assetto soddisfacente (ad esempio un certo standard particolarmente non usurante, affiatamento con i colleghi, ecc.) che con un eventuale trasferimento, pur nel pieno rispetto della qualità professionale della prestazione richiesta, potrebbe peggiorare; l'aspettativa di carriera che può essere connessa all'occupazione di un certo posto in una determinata unità produttiva, che in genere costituisce l'area all'interno della quale gli spostamenti del lavoratore sono caratterizzati da un certo grado di normalità”.

<sup>52</sup> GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1987, II ed., p. 167.

mento per incompatibilità ambientale risieda nella relazione intercorrente tra le “ragioni tecniche, organizzative e produttive”, il provvedimento di trasferimento e la sua causa negoziale. Al fine di comprendere, cioè, se tale atto datoriale possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento, è possibile sottoporlo a un duplice “controllo causale”. Questo controllo attiene alla “causa” dell’atto di trasferimento, da intendersi in due sensi distinti e ciò perché, secondo il linguaggio comune, il termine “causa” può assumere due diversi significati. Da un lato, la “causa” costituisce “la determinante rispetto al verificarsi di un fatto o di una situazione” e attiene, quindi, “alla spiegazione di un evento”. Dall’altro lato, invece, la causa designa il “registro della comprensione e serve ad interpretare un atto in relazione alle sue ragioni”, inscrivendosi “nell’ordine della giustificazione” e rimandando “ai fini dell’azione”<sup>53</sup>.

Per capire come possa avvenire il controllo causale scaturente dal primo significato di causa proposto, è utile ricordare come il compito di attribuire i poteri necessari al perseguimento dell’interesse datoriale spetti al legislatore il quale, in questo modo, delimita i confini della libertà di impresa, a protezione del lavoratore, in attuazione dell’art. 41, co. 2, Cost.<sup>54</sup>. La delimitazione legislativa dei poteri datoriali emerge con maggiore chiarezza dalle disposizioni, come l’art. 2103, co. 8, cod. civ., in cui il legislatore subordina espressamente l’esercizio di alcuni di essi alla presenza di ragioni oggettive, più precisamente “tecniche, organizzative e produttive” o, se si preferisce l’espressione coniata in materia di licenziamenti, alla sussistenza di un “giustificato motivo oggettivo”<sup>55</sup>. Tali ragioni, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria,

<sup>53</sup> PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, in *LD*, 2002, p. 405.

<sup>54</sup> Da tempo si è escluso che la libertà di iniziativa economica sia “funzionalizzata” all’ “utilità sociale”. Infatti, l’art. 41, co. 2, Cost. non produrrebbe effetti tra i privati, se non in forza dell’intervento legislativo. In questo senso, v. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, p. 618 ss., nonché, da ultimo, BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, p. 78 ss.

<sup>55</sup> In particolare, si fa riferimento al licenziamento individuale, di cui all’art. 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, ai licenziamenti collettivi, ai sensi dell’art. 24 l. 223/91, al distacco, ex art. 30, co. 3, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, nonché, appunto, al trasferimento del lavoratore, ex art. 2103, co. 8, cod. civ. In queste disposizioni, il legislatore pone il limite del giustificato motivo oggettivo utilizzando espressioni differenti: “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, per il licenziamento, “riduzione o trasformazione di attività o di lavoro” oppure “cessazione di attività”, nel caso dei licenziamenti collettivi, “ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive”, per il distacco, “ragioni tecniche, organizzative e produttive”, per il trasferimento. Va aggiunto che il riferimento alle “ragioni oggettive”, con le modifiche del d.l. 20 marzo 2014 n. 34, conv. con mod. in l. 16 maggio 2014 n. 78, è stato eliminato

identificano “i presupposti di fatto dell’atto”, i quali, “pur rimanendo al di fuori della struttura negoziale, sono considerati requisiti di validità dell’atto”<sup>56</sup>. Si tratta, quindi, di limiti “esterni” al potere datoriale, perché posti a tutela di interessi diversi (e antagonistici) rispetto a quelli per i quali il potere è stato attribuito, ossia a garanzia dell’interesse dei lavoratori<sup>57</sup>. Proprio a tali limiti attiene il controllo causale che scaturisce dal termine “causa” nell’accezione di “determinante di un fatto”, atteso che l’atto datoriale risulta in questo caso valido solo se sorretto da una ragione oggettiva, ossia da un fatto che lo giustifichi.

Analizzando poi la giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di trasferimento del lavoratore, è possibile individuare in cosa consistano tali ragioni oggettive, ossia quale fatto sia idoneo a giustificare il trasferimento. Ebbene, spesso la Suprema Corte, nel ricercare la sussistenza del nesso di causalità tra le ragioni oggettive e il provvedimento di trasferimento, chiede al datore di lavoro di provare l’esistenza di una modifica nell’organizzazione della propria azienda<sup>58</sup>. In particolare, il trasferimento viene ritenuto legittimo

negli istituti del contratto a termine, di cui al Capo III del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81, e del contratto di somministrazione, di cui al Capo IV dello stesso decreto. Si segnala, inoltre, che, con l’introduzione dell’art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010 n. 183, il quale sembrerebbe qualificare il giustificato motivo oggettivo come clausola generale, gli interpreti sono tornati a interrogarsi sulla natura del concetto stesso di giustificato motivo oggettivo. Ebbene, la dottrina maggioritaria esclude che il giustificato motivo oggettivo sia una clausola generale. Come evidenzia VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *DLRI*, 2011, p. 447 ss., considerare il giustificato motivo oggettivo quale clausola generale comporterebbe, da un lato, l’estensione a dimisura del potere di controllo del giudice, a causa dell’apertura della sua attività interpretativa al sentire sociale, e, dall’altro, la necessità di “individuare dei limiti alla possibilità per le previsioni convenzionali di integrare le disposizioni legali”, che, “per quanto considerate clausole generali, conserverebbero l’attributo dell’imperatività e dovrebbero comunque restare gerarchicamente sovra ordinate all’autonomia negoziale privata”. Inoltre, secondo CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010*, in *WP CSDLE* “Massimo D’Antona”. *IT - 114/2011*, il significato di giustificato motivo oggettivo sarebbe tutto interno alla legge e non rintracciabile nella realtà sociale. Sulle clausole generali nel diritto del lavoro v. da ultimo le tre relazioni alle Giornate di studio AIDLASS 2014 di BELLOMO, CAMPANELLA E LOY, consultabili sul sito [www.aidlass.it](http://www.aidlass.it), ora in *DLRI*, 2015, p. 3 ss.

<sup>56</sup> NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1982, p. 16. V. da ultimo ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, I, 2008, p. 42.

<sup>57</sup> Cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell’imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *RIDL*, 2015, I, p. 89; ZOLI, *op. cit.*, p. 42.

<sup>58</sup> Cfr. Cass. 25 ottobre 2013 n. 24189, in *DeJure*; Cass. 7 agosto 2013 n. 18827, *ivi*; Cass. 23

se il datore di lavoro ponga in essere una riorganizzazione “effettiva, seria e non solo dichiarata, attuale e non solo futura o eventuale”<sup>59</sup>. Ciò significa che il trasferimento sarà valido solo se occasionato da una modifica nell’organizzazione aziendale del datore di lavoro che lo dispone, modifica che, dunque, costituisce la ragione giustificativa, il presupposto di fatto del trasferimento.

L’esistenza del presupposto “ragione oggettiva” o, se si preferisce, “modifica organizzativa”, però, non è sufficiente a garantire la validità dell’atto di trasferimento. Va infatti osservato – e si passa così alla seconda accezione di causa, delineata sopra come “fine dell’azione” – che il trasferimento, quale atto tipico di esercizio del potere direttivo del datore di lavoro<sup>60</sup>, rientra a pieno titolo tra gli atti unilaterali di cui all’art. 1324 cod. civ. e, pertanto, ad esso si applicheranno, in quanto compatibili, le disposizioni del diritto comune dei contratti. Di conseguenza, il trasferimento, inteso come negozio causale, avrà una propria causa negoziale<sup>61</sup>, ex art. 1325 cod. civ., la cui liceità è necessaria perché l’atto sia valido<sup>62</sup>. Dunque, laddove il negozio in oggetto presentasse una deviazione rispetto alla causa sua propria, da intendersi come causa in concreto<sup>63</sup>, ossia come “sintesi degli interessi concretamente perseguiti”<sup>64</sup>, ci troveremmo di fronte a un abuso del diritto<sup>65</sup>, in questo caso di

marzo 2012 n. 4709, *ivi*; Cass. 2 marzo 2011 n. 5099, *ivi*; Cass. 23 luglio 2010 n. 17365, *ivi*; Cass. 28 aprile 2009 n. 9921, *ivi*; nonché CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Cedam, 2005, p. 56 ss., con abbondanti rinvii giurisprudenziali sul tema.

<sup>59</sup> CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., pp. 56–57, anche se il requisito dell’“attualità”, come puntualizzato dall’autrice nella nota 172, va inteso in senso elastico, attese le necessità di programmazione e organizzazione aziendale che possono determinare ritardi nella realizzazione della modifica, purché ciò avvenga in tempi ragionevoli; per quest’ultimo punto v. da ultimo Cass. 18827/2013.

<sup>60</sup> Infatti, gli atti di amministrazione del rapporto di lavoro sono caratterizzati dalla tipicità, quale corollario del principio di legalità. In questo senso, GHEZZI, ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 133; MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRL*, 1989, p. 588; *id.*, *Diritto del lavoro*, in *Tr. Iudica-Zatti*, 2013, p. 536.

<sup>61</sup> Cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., pp. 87–88.

<sup>62</sup> Cfr., con riferimento generale agli atti datoriali, SIOTTO, *Sicurezza, libertà e dignità nel licenziamento individuale*, in *IANUS*, 2011, p. 278; PERULLI, *Il potere direttivo*, cit., p. 405.

<sup>63</sup> Per tale nota ricostruzione v. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 345 ss., nonché in giurisprudenza Cass. Sez. III 8 maggio 2006 n. 10490, in *GC*, 2007, I, p. 1985 ss., con nota di IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*.

<sup>64</sup> SIOTTO, *op. cit.*, p. 278.

<sup>65</sup> Su tale figura v. Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss., con com-

trasferire<sup>66</sup>, e, pertanto, il trasferimento sarebbe nullo per illiceità della causa, ai sensi degli artt. 1343 e 1418, co. 2, cod. civ.<sup>67</sup>. Peraltro, non necessariamente l'illiceità della causa si manifesterà per diretta contrarietà alla legge, *ex art.* 1343 cod. civ. È possibile, anzi, che la deviazione dalla causa si realizzi, in modo meno appariscente, “mediante una sorta di manovra di aggiramento”<sup>68</sup> della legge, ossia in frode ad essa, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ.<sup>69</sup>. In tal caso, l'atto datoriale, singolarmente considerato, sarà lecito ma il suo collegamento con altri atti, all'interno di un'operazione negoziale finalizzata all'elusione di norme imperative, ne comporterà l'illiceità della causa<sup>70</sup>.

Alla luce di ciò, è a questo punto necessario individuare la causa negoziale del trasferimento, costituendo essa il presupposto per comprendere se il trasferimento sia legittimo.

Ebbene, i poteri del datore di lavoro sono finalizzati al suo interesse “a creare e a modificare un'organizzazione in vista dello svolgimento di un'attività”<sup>71</sup>. L'ordinamento giuridico ha cioè attribuito al datore, in ragione dell'instaurazione del rapporto di lavoro, una serie di poteri in funzione del

mento di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*. Tale pronuncia ha riaperto il dibattito, in campo civilistico, sull'abuso del diritto. Si vedano in particolare le tesi contrapposte di GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit*, in *Contratto impr.*, 2011, p. 311 ss. e di D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 ss. Per una ricognizione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema, alla luce della sentenza citata, v. SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Treccani: il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2013, pp. 33-41.

<sup>66</sup> Per tale ricostruzione, con esplicito riferimento, in via esemplificativa, al trasferimento del lavoratore, v. LOFFREDO, *Il mobbing*, in RUSCIANO, NATULLO (a cura di), *Ambiente e sicurezza del lavoro*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, VIII, Utet, 2007, p. 533 ss.; LOFFREDO, *Mobbing e poteri*, cit., p. 84 ss., nonché TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2000, I, p. 251 ss.

<sup>67</sup> V. ancora STOTTO, *op. cit.*, p. 278.

<sup>68</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, 2013, p. 829.

<sup>69</sup> In tal senso, come sostenuto da CARINCI M.T., *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *RIDL*, 2007, I, p. 151, la frode alla legge altro non sarebbe che “un'ipotesi di abuso perpetrato tramite una pluralità di atti giuridici e dunque anch'essa espressione dello stesso principio generale”.

<sup>70</sup> Cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tr. Ciau-Messineo*, 1972, 2, p. 280 ss.; NOGLER, *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *DLRI*, 2011, pp. 127-128; ID., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 619; ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, 2014, pp. 730-731. V. inoltre l'ampia trattazione di BOLEGO, *op. cit.*

<sup>71</sup> CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 127.

perseguimento di un interesse organizzativo, cosicché l'esercizio di quei poteri sarà legittimo solo in presenza di un interesse di tale natura. Allora, la causa degli atti di amministrazione del rapporto di lavoro risiede proprio nella realizzazione dell' "interesse tecnico-organizzativo"<sup>72</sup> del datore di lavoro, nel suo atteggiarsi in concreto. Così, la causa negoziale del trasferimento può identificarsi nel perseguimento di questo interesse da parte del datore di lavoro<sup>73</sup>, in mancanza del quale si configurerà un abuso del diritto "causale", ossia una deviazione dallo scopo al cui fine l'ordinamento giuridico ha attribuito quel potere al datore<sup>74</sup>.

Il controllo sulla liceità della causa negoziale del trasferimento, a ben vedere, non è estraneo alla giurisprudenza di legittimità. Come si è già anticipato, infatti, ai fini della validità del trasferimento è richiesta l'esistenza di una ragione oggettiva, ossia di una modifica organizzativa. Tuttavia, è noto come nell'accertamento del giustificato motivo oggettivo venga richiesta pure la sussistenza di un nesso di causalità tra tale modifica e l'atto di trasferimento. Ebbene, tramite questo accertamento il giudice non fa che certificare l'esistenza di un genuino interesse organizzativo, non lesivo della posizione del dipendente, poiché se il trasferimento è stato effettivamente occasionato da una determinata modifica organizzativa, è ragionevole ritenere che lo scopo perseguito dal datore fosse proprio quello di fornire una risposta al fatto modificativo alla base della propria decisione. Tramite la verifica del nesso di causalità, cioè, non si fa che vagliare la conformità dell'atto datoriale rispetto alla sua causa negoziale<sup>75</sup>. In sintesi: se tale nesso sussiste, l'atto sarà legittimo, perché disposto allo scopo di perseguire un genuino in-

<sup>72</sup> CARINCI M.T., *Il bossing fra*, cit., p. 150.

<sup>73</sup> Cfr. BOLEGO, *op. cit.*, p. 197, il quale ritiene che la causa del trasferimento debba essere identificata nell'"inserimento del lavoratore in una unità produttiva diversa". Sembra che in tal modo, però, si finisca per confondere l'atto tipico stesso del trasferimento con la sua causa negoziale, rimanendo ancorati a una nozione di causa come funzione economico-sociale. A nostro avviso, invece, l'interesse tecnico-organizzativo del datore, che individua la causa dell'atto datoriale, è qualcosa di distinto dal provvedimento e non definibile *a priori*. Se si vuole, infatti, seguire la ricostruzione della causa in concreto, come funzione economico-individuale dell'atto, la causa negoziale e, dunque, l'interesse tecnico-organizzativo, può identificarsi solamente caso per caso, in relazione al singolo atto datoriale nella realtà dei fatti. Come sostiene GAZZONI, *op. cit.*, p. 817, far coincidere la causa dell'atto con il tipo renderebbe la causa stessa sempre lecita "perché non sarebbe possibile concepire un tipo legale... *contra legem*".

<sup>74</sup> Cfr. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 125 ss.

<sup>75</sup> Cfr. PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., pp. 87-88.

teresse organizzativo; al contrario, laddove l'atto di trasferimento non abbia alcun collegamento con la modifica organizzativa che ne è alla base, si verificherà una deviazione del negozio dalla causa negoziale, con lesione dell'interesse della controparte e conseguente illegittimità dell'atto.

Essendo la verifica del nesso di causalità inerente all'accertamento giuridiale del giustificato motivo oggettivo del trasferimento, quest'ultimo può leggersi come ipotesi tipizzata di divieto di abuso del diritto<sup>76</sup>. Con ciò, però, non si intende introdurre un limite "interno" al potere del datore di lavoro, "funzionalizzandolo"<sup>77</sup>. Il divieto di abuso del diritto espresso dal giustificato motivo del trasferimento ha piuttosto la natura di limite "esterno"<sup>78</sup>, a tutela della posizione del lavoratore, anche se "intrinseco"<sup>79</sup>. Si tratta, cioè, di "un limite che implica un controllo sull'aderenza del comportamento all'assetto di interessi cui la decisione è finalizzata"<sup>80</sup> ed è, appunto, "intrinseco", attenendo al contenuto delle prerogative attribuite dall'ordinamento al datore, come risultante dalle modalità del loro esercizio<sup>81</sup>. Per tali ragioni, il controllo del nesso di causalità, essendo occasionato dal limite esterno<sup>82</sup> del divieto di abuso del diritto *ex art. 2103, co. 8, cod. civ.*, non si risolve in un sindacato di merito della scelta datoriale. La verifica del nesso di causalità, infatti, ossia,

<sup>76</sup> Per tale tesi v. ancora CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 125 ss. Contro la ricostruzione del giustificato motivo oggettivo come divieto di abuso del diritto v. NOGLER, *La disciplina dei*, cit., e BOLEGO, *op. cit.*, p. 110 ss.

<sup>77</sup> V. *retro* nota 54.

<sup>78</sup> Come è noto, la dottrina è divisa sulla natura dei limiti ai poteri datoriali come interni o esterni. Oramai, comunque, come notano anche VARVA, *op. cit.*, p. 450, e BOLEGO, *op. cit.*, pp. 80-81, la dottrina maggioritaria propende per la seconda soluzione. All'interno di questo filone si vedano, in particolare, NAPOLI, *op. cit.*, pp. 16-17; ZOLI, *I licenziamenti per*, cit., p. 42; ID., *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, 1988, pp. 90 e 153; MAZZOTTA, *Variazioni su poteri*, cit., p. 148; PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *ADL*, 1995, I, p. 1; SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, p. 28; LISO, *op. cit.*, p. 72.

<sup>79</sup> Cfr. ZOLI, *I licenziamenti per*, cit., in *ADL*, I, 2008, p. 43, il quale osserva come coloro che negli ultimi anni hanno parlato di limiti "interni" al potere datoriale, lo hanno fatto intendendo quali limiti "intrinseci". Tra questi v., in particolare, CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 115 ss.

<sup>80</sup> ZOLI, *La tutela delle*, cit., p. 161.

<sup>81</sup> Cfr. *ibidem*. Nello stesso senso ZOLI, *I licenziamenti per*, cit., p. 43.

<sup>82</sup> Cfr. ZOLI, *La tutela delle*, cit., p. 160, il quale qualifica la verifica del nesso di causalità nella scelta del personale da collocare in Cassa integrazione come limite "esterno" ma "intrinseco".

“di riflesso”, l’indagine circa l’esistenza di un interesse tecnico-organizzativo perseguito concretamente, non mette in discussione la libertà di iniziativa economica privata, di cui all’art. 41, co. 1, Cost., attenendo esclusivamente all’accertamento del rispetto da parte del datore di lavoro dei limiti che il legislatore ha disposto in forza dell’art. 41, co. 2, Cost. La giurisprudenza condivide tale impostazione, limitando il proprio giudizio alla legittimità delle scelte datoriali<sup>83</sup>, conformemente all’art. 30, co. 1, l. 183/2010<sup>84</sup>, cosicché è orientamento consolidato che l’esercizio del potere di trasferire “non deve presentare necessariamente i caratteri dell’inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ugualmente ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. 24189/2013; Cass. 19425/2013; Cass. 18827/2013; Cass. 25799/2011; Cass. 5099/2011; Cass. 9921/2009; Cass. 4265/2007; Cass. 5320/2006; Cass. 17786/2002; Cass. 11624/2002.

<sup>84</sup> Non si ignora l’ampio dibattito nato intorno a tale disposizione a causa dell’utilizzo improprio che essa farebbe dell’espressione “clausole generali”, sui cui v. per tutti BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *LD*, 2014, p. 389 ss.; nonché VARVA, *op. cit.* Si condividono le preoccupazioni di chi ha segnalato il preciso intento del legislatore di limitare il controllo giudiziale sui poteri datoriali, tra cui, in particolare, MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, p. 235 ss., il quale definisce la normativa del Collegato Lavoro come “apertamente rancorosa nei confronti del giudice del lavoro”; BENASSI, *Clausole generali e giudice del lavoro: l’art.30, primo comma, della legge n.183 del 2010*, in *ADL*, 2012, I, p. 91 ss., secondo cui il legislatore avrebbe voluto ridurre il compito dell’interprete “alla mera sussunzione logica della fattispecie concreta sotto una regola legale, in ossequio al principio della completezza della legislazione e della correlativa assenza di lacune”; PERULLI, *Il ruolo e le prerogative del giudice nella conciliazione giudiziale, certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell’imprenditore*, in PERULLI, FIORILLO (a cura di), *Il nuovo diritto del lavoro*, III, Giappichelli, 2014, p. 280, che sottolinea la percezione del giudice del lavoro da parte del legislatore come “elemento di disturbo dei processi economici”. Tuttavia, sembra che tali timori possano essere ridimensionati alla luce della mancata definizione, da parte del legislatore, del concetto di clausola generale, definizione che, quindi, rimane appannaggio dell’interprete, come sostenuto da BALLESTRERO, *op. cit.* Inoltre, come giustamente osservato da NOGLER, *Opinioni sul “collegato*, cit., p. 124 ss., le espressioni richiamate dalla disposizione in esame non sarebbero clausole generali, perciò essa finirebbe per essere inutile. In conclusione, si può sostenere, con CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione*, cit., e con DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, I, p. 461 ss., che la disposizione in oggetto non abbia una reale portata innovativa ma finisca per riproporre una regola assimilata da tempo dalla giurisprudenza del lavoro.

<sup>85</sup> Cfr. Cass. 18827/2013; Cass. 19425/2013; Cass. 5099/2011; Cass. 9921/2009; Cass. 4265/2007; Cass. 5320/2006; Cass. 17786/2002; Cass. 11624/2002. Alla luce di tale affermazione,

## 6. *Alla ricerca di un bilanciamento di interessi nell'incompatibilità ambientale*

Sulla scorta della ricostruzione che precede, valevole per il trasferimento in generale, ci si domanda se, in astratto, il trasferimento per incompatibilità ambientale sia conforme alla causa negoziale del trasferimento, oppure se configuri un'ipotesi di deviazione dalla stessa.

La risposta a tale interrogativo può essere trovata individuando in cosa consistano la modifica organizzativa e l'interesse organizzativo, nel caso in cui si presenti una situazione di incompatibilità ambientale.

Ebbene, sembra che la modifica organizzativa sia qui presente nella forma di "disorganizzazione e disfunzione" dell'unità produttiva, generate dalla condotta del lavoratore. Infatti, l'incompatibilità ambientale può rendere più macchinosa l'attività aziendale, determinando una modifica dell'organizzazione, anche se, per così dire, "indotta" dalle relazioni tra i soggetti coinvolti nella situazione di incompatibilità. Per esemplificare, si può immaginare che un litigio tra colleghi, i quali necessariamente devono collaborare tra di loro, renda difficile lo svolgimento normale dell'attività. Gli stessi, infatti, potrebbero ostacolarsi nelle attività di propria competenza oppure, nell'intento di evitarsi, potrebbero adottare metodi di lavoro idonei a rallentare il ciclo produttivo. A ciò si aggiunga che, in presenza di situazioni di questo genere,

sembra comunque che la Suprema Corte si ispiri, in questi casi, a un controllo di proporzionalità della scelta datoriale. Tale controllo, come descritto da PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 12, con riferimento alle decisioni della Corte di Giustizia Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al fine di valutare la razionalità della legge, si basa su tre parametri: a) che il mezzo sia idoneo a perseguire il fine; b) che la misura del mezzo utilizzato risulti calibrata correttamente rispetto al fine e il mezzo appaia necessario per raggiungere lo scopo; c) che il mezzo sia quello più lieve in rapporto alla rilevanza dei beni costituzionalmente coinvolti e dei motivi di interesse pubblico che lo rendano necessario. L'autore, in particolare (*ivi*, p. 28), riconduce espressamente la verifica del nesso di causalità tra atto datoriale e scelta organizzativa alla sua base al "primo gradino" del controllo di proporzionalità, sostanziandosi in un controllo di legittimità sulla coerenza tecnico-organizzativa degli atti di esercizio dei poteri. Tra l'altro, secondo PERULLI, *Il controllo giudiziale*, cit., p. 88, la tecnica dell'abuso del diritto sarebbe proprio espressione della "razionalità strumentale" richiesta al potere datoriale, la quale imporrebbe ad esso l'"adeguatezza e congruenza tra i mezzi ed i fini dell'azione, affinché l'amministrazione del rapporto di lavoro si svolga in maniera corretta, equilibrata, funzionale, secondo vincoli interni di razionalità teleologica". Con riferimento al rapporto tra controllo di proporzionalità e potere direttivo dell'imprenditore, v. inoltre PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in questa rivista, 2011, p. 403 ss., nonché ID., *Il potere direttivo*, cit.

il datore di lavoro potrebbe vedersi costretto a modificare le mansioni dei soggetti coinvolti o, per di più, di altri colleghi, oppure a prendere provvedimenti organizzativi diversi per risolvere la situazione di incompatibilità.

Attesa, poi, la modifica organizzativa appena prospettata, nella forma di “disorganizzazione e disfunzione” dell’unità produttiva, il trasferimento sembra trovare il proprio interesse organizzativo nell’interesse del datore a ristabilire la situazione preesistente all’incompatibilità. L’atto di trasferimento per incompatibilità ambientale, cioè, risulta finalizzato a ripristinare il normale funzionamento del ciclo produttivo<sup>86</sup>.

Sulla scorta di tale analisi, i dubbi di parte della dottrina sulla legittimità in astratto del trasferimento per incompatibilità ambientale sembrano perdere consistenza.

Come ricordato sopra, alcuni autori hanno sostenuto che la natura disciplinare di un provvedimento datoriale andrebbe ricercata nelle sue origini, ovvero nella fonte da cui determinati effetti scaturiscono, cosicché, anche laddove sussistessero delle esigenze aziendali originate dall’attività di un dipendente, l’atto avrebbe natura disciplinare<sup>87</sup>. Questa impostazione, come statuito dalla Cassazione, trova un ostacolo difficilmente superabile nella formulazione dell’art. 2103, co. 8, cod. civ., che non richiede alcuna indagine sull’origine delle ragioni oggettive, essendo sufficiente che le stesse siano “comprovate”<sup>88</sup>. Del resto, come sopra prospettato, l’indagine sulla legittimità del trasferimento attiene alla conformità dell’atto rispetto alla sua causa negoziale e all’esistenza di ragioni oggettive. In sostanza, è sufficiente che tali ragioni ci siano, senza che rilevi la loro “paternità”.

Di conseguenza, la distinzione tra “incompatibilità ambientale colpevole” e “incolpevole” è del tutto superflua. Infatti, che ci sia stato o no un inadempimento poco importa, rilevando soltanto che la condotta del dipendente abbia cagionato una modifica organizzativa, intesa quale “disfunzione e disorganizzazione” dell’unità produttiva.

Inoltre, è incontestabile la presenza nei codici disciplinari di fattispecie

<sup>86</sup> Affermando ciò, si dissente da chi, come CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., p. 56, nota 167, dichiara che il trasferimento per incompatibilità ambientale verrebbe disposto per “conservare inalterata l’organizzazione esistente”, in quanto tale espressione sembra escludere che l’incompatibilità ambientale comporti modifiche organizzative le quali, diversamente, a nostro avviso sussistono.

<sup>87</sup> Cfr. *retro* par. 4.

<sup>88</sup> Cfr. *retro* par. 2.

che spesso attengono a situazioni di incompatibilità ambientale<sup>89</sup> ma, appunto, come condotte che danno origine alla stessa e, pertanto, idonee a generare ragioni oggettive. Così, il datore di lavoro potrà certamente punire l'inadempimento del dipendente con la corrispondente sanzione disciplinare, senza che ciò escluda un successivo trasferimento del lavoratore, purché vi siano ragioni oggettive.

Il ragionamento fin qui condotto porta, quindi, alla conclusione che il trasferimento per incompatibilità ambientale non è per sé in contrasto con i principi del nostro ordinamento, risolvendosi, a ben vedere, in un provvedimento datoriale non dissimile da altri, occasionato da ragioni oggettive, con l'unica precisazione che la modifica organizzativa trova la sua fonte in una condotta del dipendente.

Sotto altro profilo, come è ovvio, la valutazione in concreto della legittimità del trasferimento per incompatibilità ambientale non può darsi *a priori*<sup>90</sup>. Un giudizio di tal genere non può che essere fornito, caso per caso, dal giudice, il quale, di fronte a un trasferimento disposto per incompatibilità del lavoratore, non dovrà far altro che verificare, come in qualsiasi altro caso di trasferimento, l'esistenza delle ragioni oggettive e la conformità del provvedimento rispetto alla sua causa, tramite l'indagine sul nesso di causalità tra le ragioni e il trasferimento. Così, essendo l'onere di provare le esigenze aziendali e di dimostrare che il provvedimento abbia eliminato la situazione di incompatibilità a carico del datore di lavoro<sup>91</sup>, laddove questi produca in

<sup>89</sup> V. ad esempio art. 10, Sez. IV, Tit. VII, ccnl 5 dicembre 2012 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti, che prevede il licenziamento con preavviso nel caso di insubordinazione nei confronti dei superiori o di rissa fuori dai reparti di lavorazione, e il licenziamento senza preavviso in occasione di grave insubordinazione o di rissa all'interno dei reparti; art. 74, co. 2, lett. f) e k), ccnl 4 febbraio 2014 tessili-abbigliamento, che puniscono con il licenziamento disciplinare, rispettivamente, "litigi di particolare gravità e seguiti da vie di fatto, entro il recinto dello stabilimento, quando mostrino o confermino una tendenza agli atti violenti" e "insubordinazione nei confronti dell'impresa o degli elementi da essa delegati, quando non vi siano ragioni largamente attenuanti o l'insubordinazione, per la poca gravità degli atti, non abbia nuociuto alla disciplina della fabbrica"; art. 67, lett. h), ccnl 18 giugno 2014 per i dipendenti delle aziende piccole e medie imprese, delle società cooperative e delle aziende artigiane del settore ceramica, che dispone il licenziamento disciplinare nel caso di "diverbio litigioso, seguito da vie di fatto, avvenuto nel recinto dello stabilimento e che rechi grave perturbamento alla vita aziendale".

<sup>90</sup> V. retro nota 73.

<sup>91</sup> È questo, oramai pacificamente, l'orientamento condiviso da dottrina e giurisprudenza;

giudizio prove che attestino l'esistenza di "disorganizzazioni o disfunzioni" oggettivamente riscontrabili nell'unità produttiva, dimostri che quella condotta ne sia effettivamente stata causa, e venga accertato il nesso di causalità tra il trasferimento e la modifica organizzativa, il provvedimento sarà legittimo. Al contrario, nel caso in cui il datore di lavoro non riesca a fornire una prova del genere, il provvedimento di trasferimento sarà nullo in quanto disposto in ragione di una causa diversa dall'interesse organizzativo, configurandosi, così, un trasferimento per ragioni soggettive o disciplinare.

Va peraltro aggiunto che il potere di trasferimento trova ulteriori limiti esterni rispetto a quelli sopra descritti, che esigono la proporzionalità dell'esercizio del potere datoriale rispetto all'interesse contrapposto dei lavoratori.

In primo luogo, si osserva che il datore di lavoro, come qualunque contraente, ha il dovere di rispettare i principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto, *ex artt. 1175 e 1375 cod. civ.*<sup>92</sup>. Per il tramite di tali principi, la giurisprudenza ha affermato che il datore di lavoro, nell'esercizio del potere di trasferimento, dovrebbe tenere conto delle condizioni personali e familiari del dipendente<sup>93</sup>, utilizzando queste ultime quali parametri da seguire nella scelta del soggetto da trasferire, sulla scorta di quanto il legislatore ha previsto, con i criteri *ex art. 5 l. 223/91*, per i licenziamenti collettivi<sup>94</sup>. Infatti, agire secondo buona fede e correttezza significherebbe esercitare i poteri datoriali nel rispetto dei valori costituzionali e, precisamente, senza ledere la sicurezza, la libertà e la dignità umana, di cui all'art. 41, co. 2, Cost.<sup>95</sup>.

cf. CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., pp. 61-62; CALÀ, *op. cit.*, p. 193 ss.; BROLLO, *op. cit.*, p. 614 ss.; in giurisprudenza v. da ultimo Cass. 24260/2013; Cass. 4709/2012.

<sup>92</sup> Come osservato da ZOLI, *La tutela delle*, cit., p. 161, tali principi potranno essere considerati alternativamente limiti "intrinseci", "qualora si accolga la lettura propensa a riconoscerne il carattere di valutazione dell'attività esplicata dalle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni", oppure "estrinseci", laddove se ne ammetta la configurazione in termini di fonti integrative del regolamento contrattuale.

<sup>93</sup> A volte sono i contratti collettivi a subordinare l'esercizio del potere di trasferire alla valutazione delle condizioni personali e familiari dei dipendenti. V., ad esempio, art. 58, co. 1, ccnl 5 marzo 2004 edilizia cemento, calce, gesso; art. 8, co. 1-2, Sez. IV, Tit. I, ccnl 5 dicembre 2012 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata e alla installazione di impianti.

<sup>94</sup> Cfr. da ultimo Cass. 28 gennaio 2016 n. 1608, in *RGL*, 2016, II, con nota di TUFO, *Trasferimento del lavoratore, correttezza e buona fede* (in corso di pubblicazione); Cass. 14 maggio 2013 n. 11527, in *DeJure*; sulla scelta del dipendente da trasferire v. DE FALCO, *op. cit.*, p. 95 ss.; CARINCI M.T., *Il giustificato motivo*, cit., pp. 60-61; BROLLO, *op. cit.*, p. 521 ss.

<sup>95</sup> Cfr. BROLLO, *op. cit.*, p. 530 ss.

Così, nel caso in cui la condizione del soggetto scelto ai fini del trasferimento renda troppo gravoso lo spostamento, il datore dovrà rivolgersi a un altro lavoratore<sup>96</sup>. Ciò considerato, la dottrina ha diviso il procedimento di scelta del datore in due fasi<sup>97</sup>. La prima fase consisterebbe nell'individuazione della "cerchia dei trasferibili", ossia nell'identificare i soggetti il cui trasferimento soddisferebbe l'interesse organizzativo. La seconda fase avrebbe ad oggetto proprio l'applicazione dei criteri di scelta. In sintesi, si chiede al datore di seguire il principio secondo cui andrebbe trasferito "il lavoratore 'più forte' anziché quello 'più debole'"<sup>98</sup>.

Quanto appena detto può essere utilizzato per rispondere a coloro che si domandano come identificare il lavoratore da trasferire, in una situazione di incompatibilità ambientale, laddove l'incompatibilità non sia palesemente ascrivibile a un unico soggetto<sup>99</sup>. Infatti, atteso che il trasferimento per incompatibilità ambientale è identico a un normale trasferimento *ex art. 2103 cod. civ.*, i criteri da seguire nella scelta del lavoratore da trasferire dovranno essere gli stessi utilizzati per qualunque trasferimento. Quindi, due saranno le fasi da attuare. La prima consisterà nella definizione della "cerchia dei trasferibili", che qui prenderà in considerazione coloro che risultano coinvolti nelle vicende che hanno dato origine all'incompatibilità, atteso che l'interesse organizzativo da soddisfare si identifica con l'eliminazione dell'incompatibilità. La seconda fase riguarderà l'applicazione dei criteri predetti e, perciò, il trasferimento del lavoratore "più forte" e non del "più debole".

In secondo luogo, l'ulteriore limite esterno che viene in rilievo esige la proporzionalità dell'esercizio del potere di trasferire rispetto all'interesse di una particolare categoria di lavoratori, ossia quella dei soggetti protetti dalla l. 104/92. In tali circostanze, laddove si versi in un caso di incompatibilità

<sup>96</sup> Si tratta, come già anticipato, di un controllo di proporzionalità sull'esercizio del potere di trasferimento, come espressamente affermato da PERULLI, *Il potere direttivo*, cit., p. 412.

<sup>97</sup> Per tale procedimento v. BROLO, *op. cit.*, p. 523 ss.

<sup>98</sup> Così BROLO, *op. cit.*, p. 530, per la quale la violazione di tale principio comporterebbe la nullità dell'atto di trasferimento, in quanto il rispetto dei criteri di scelta atterrebbe all'elemento eziologico e, dunque, alla sussistenza del nesso di causalità tra il provvedimento datoriale e il singolo lavoratore trasferito. Al contrario, NOGLER, *La disciplina dei*, cit., p. 645, ritiene che, se i criteri di scelta hanno ingresso nel controllo del giustificato motivo oggettivo tramite le clausole di correttezza e buona fede, la violazione di essi si risolverebbe nell'inosservanza di tali clausole generali e, quindi, la conseguenza sarebbe il "semplice" risarcimento del danno.

<sup>99</sup> Cfr. par. 4.

ambientale, la Corte di Cassazione effettua un “equo bilanciamento” tra gli interessi costituzionalmente garantiti del datore e dei lavoratori predetti, proclamando la prevalenza delle esigenze dell’impresa sul diritto al consenso *ex art. 33 l. 104/92*, in ragione del danno che quest’ultimo potrebbe cagionare all’organizzazione produttiva<sup>100</sup>. Sul punto, vale la pena di precisare che, in tali casi, un contemperamento di interessi è imposto dalla legge stessa. Infatti, il legislatore ha attribuito al soggetto disabile o alla persona che lo assiste il diritto soggettivo, di matrice costituzionale, a opporsi al trasferimento ordinato dal datore. Tuttavia, tale diritto non è assoluto, in quanto si trova a dover fronteggiare un diritto ugualmente riconosciuto dalla Costituzione: quello alla libertà di impresa. Così, la formulazione dell’art. 33, co. 5, l. 104/92 sembra imporre al giudice, appunto, un bilanciamento tra interessi diversi ma, comunque, costituzionalmente tutelati. In queste vicende, la prevalenza dell’esigenza aziendale e, nello specifico, dell’incompatibilità ambientale, sembrerebbe configurare una soluzione tutta a favore del datore di lavoro. In realtà, come ha espressamente statuito la Suprema Corte, proprio in virtù del contemperamento di interessi suddetto, una soluzione siffatta è tesa a evitare un aggravio della condizione del disabile stesso. Infatti, atteso che una alternativa possibile al trasferimento potrebbe essere il licenziamento del lavoratore protetto, il disabile, sia che rivesta il ruolo di lavoratore destinatario del trasferimento, sia che rivesta il ruolo di persona assistita dal lavoratore trasferito, perderebbe la fonte economica per il suo sostentamento o la sua assistenza<sup>101</sup> nel caso in cui il datore optasse per il recesso.

Queste ultime riflessioni sono utili a esprimere una ulteriore osservazione.

Si può sostenere che, nei casi più gravi di incompatibilità ambientale, il datore di lavoro potrebbe ricorrere al licenziamento motivandolo con ragioni oggettive<sup>102</sup> o disciplinari. Questa, certamente, costituirebbe una perdita mag-

<sup>100</sup> Cass. 24775/2013; Cass. 16102/2009.

<sup>101</sup> Cfr. Cass. 16102/2009.

<sup>102</sup> Il datore di lavoro potrebbe porre in essere un licenziamento per incompatibilità ambientale, purché la condotta del lavoratore non superi la soglia dell’inadempimento. Tuttavia, in pochi casi la giurisprudenza si è occupata del licenziamento per incompatibilità ambientale. Tra i più noti, v. Cass. 11 agosto 1998 n. 7904, in *RIDL*, 1999, II, p. 370 ss., con nota di MARINO, *Accusa di collusione mafiosa e licenziamento*, e in *RGL*, 2000, II, p. 37 ss., con nota di DE PAOLA, *Licenziamento per “incompatibilità ambientale”*, la quale riconduce il licenziamento originato da un

giore per il lavoratore rispetto a un trasferimento. Quindi, negare *in toto* la legittimità del trasferimento per incompatibilità ambientale, cioè anche quando legittimamente disposto, perché fondato su ragioni oggettive, significherebbe esporre il dipendente a conseguenze ben più gravi rispetto a quelle che uno spostamento geografico può determinare. Allora, in questi casi, lo strumento del trasferimento potrebbe avere la funzione di “proteggere” il dipendente da una possibile perdita del posto di lavoro. Dunque, la soluzione prospettata potrebbe essere apparentemente più a vantaggio del dipendente che a favore del datore, il quale, diversamente, potrebbe risolvere la situazione con un provvedimento espulsivo.

Va osservato che il trasferimento per incompatibilità ambientale, quale alternativa al licenziamento, permetterebbe al datore di conservare la professionalità del dipendente. Infatti, la scelta di un licenziamento potrebbe essere antieconomica, non solo per la necessità di ricercare sul mercato un nuovo lavoratore che abbia le stesse caratteristiche e competenze del licenziato, ricerca che ha una difficoltà proporzionale al grado di specializzazione del lavoratore espulso, ma anche per il probabile contenzioso giudiziario che verrebbe instaurato a causa del licenziamento. Pertanto, il trasferimento, in situazioni del genere, potrebbe mettere d'accordo entrambe le parti del rapporto, attese le conseguenze più gravose che determinerebbe un provvedimento espulsivo<sup>103</sup>.

Si potrebbe comunque obiettare che lo stesso risultato sarebbe raggiungibile con l'adibizione del lavoratore ad altre mansioni. Peraltro, le nuove mansioni assegnate al dipendente non dovrebbero appartenere necessariamente al precedente livello di inquadramento. Infatti, il nuovo art. 2103 cod. civ.<sup>104</sup>, come riformulato dall'art. 3 di cui al d.lgs. 81/2015, attuativo della l.

comportamento del dipendente, ma che non integra l'inadempimento, ad un licenziamento “per ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro”. V. da ultimo Cass. 17 maggio 2016 n. 10071, in *DeJure*.

<sup>103</sup> Il medesimo incontro di interessi si trova nel caso in cui il trasferimento sia previsto dal contratto collettivo come sanzione tipica. In questo caso, però, si aggiunge anche l'interesse dell'organizzazione sindacale alla graduazione della sanzione disciplinare, a fronte del più gravoso provvedimento di licenziamento. In proposito, v. Cass. 10252/1995; Cass. 11233/1990.

<sup>104</sup> Su cui v. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in CARINCI F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 29 ss.; LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 257/2015; VOZA, *Autonomia privata e norma in-*

183/2014, in tema di “Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni”, consente, “In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”, l’assegnazione dello stesso a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, “purché rientranti nella medesima categoria legale”. A ciò si aggiunga che i nuovi commi quarto e sesto dell’art. 2013 cod. civ. prevedono ulteriori ipotesi di demansionamento per mezzo dei contratti collettivi o tramite accordi individuali stipulati “Nelle sedi di cui all’articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione (...) nell’interesse del lavoratore alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita”, con notevole riduzione degli spazi di operatività della nullità dei patti contrari<sup>105</sup>. Non è detto, però, che l’adibizione a mansioni diverse possa eliminare la situazione di incompatibilità. In effetti, il trasferimento sembra il provvedimento più adatto allo scopo perché, se l’incompatibilità trae origine dai rapporti sociali tra gli attori aziendali, l’eliminazione di essa richiederebbe la riduzione o la rimozione di quei rapporti e tale risultato appare raggiungibile con maggiore efficacia ponendo in essere uno spostamento fisico del dipendente. Va poi ribadito che, in presenza di ragioni oggettive, e quindi anche in caso di incompatibilità ambientale, la scelta di trasferire il lavoratore o di adottare un diverso provvedimento spetta esclusivamente al datore di lavoro, nel rispetto dei limiti esterni che circoscrivono il suo potere. Diversamente, il controllo di legittimità sulle scelte datoriali si trasformerebbe in un sindacato di merito, con lesione della libertà d’impresa di cui all’art. 41, co. 1, Cost.

In conclusione, il trasferimento per incompatibilità ambientale è certamente una fattispecie che genera preoccupazioni tra gli studiosi per la sua ambiguità e per gli interessi rilevanti del dipendente su cui incide. Tuttavia, alla luce dello studio svolto, sembra ragionevole condividere la tesi della giurisprudenza maggioritaria, che appare non solo conforme ai principi del di-

*derogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 262/2015.*

<sup>105</sup> Operazione che, peraltro, era già iniziata da tempo in giurisprudenza. Cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 65 ss.; LISO, *Brevi osservazioni sulla*, cit., p. 10 ss.; VOZA, *op. cit.*, p. 3 ss. Come osserva BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 86, l’unica modifica che si nota, invece, con riferimento alla disciplina sul trasferimento del lavoratore, consiste nella sostituzione del pronome “Egli”, di cui al vecchio art. 2103, co. 1, ultimo periodo, cod. civ., con l’articolo e il sostantivo “Il lavoratore”.

ritto positivo, ma anche orientata a ricercare, tramite un controllo di proporzionalità, “il giusto equilibrio tra benefici organizzativi (...) e situazioni soggettive dei lavoratori”<sup>106</sup>.

<sup>106</sup> PERULLI, *I concetti qualitativi*, cit., p. 413.

### **Abstract**

Con il presente lavoro si intende indagare sulla natura del trasferimento per incompatibilità ambientale. Dalla ricognizione della giurisprudenza e dottrina sul tema emerge come la prima abbia ammesso tale figura di trasferimento nel nostro ordinamento, intendendola come atto di natura oggettiva, mentre la seconda ne abbia segnalato l'illegittimità, attesa la sua natura disciplinare. Si propone, allora, una ricostruzione dei limiti esterni della fattispecie, tesa a valutarne la legittimità in astratto e gli effetti in concreto.

The paper aims to inquire about the nature of the transfer of the employee for incompatibility. On the one hand, jurisprudence has admitted this type of transfer, considering it of objective nature; on the other hand, scholars have claimed its non compliance with the Italian legal system, due to its disciplinary essence. Therefore, a research on the external limits of this figure is proposed, with the aim of assessing both its abstract legality and tangible effects.

### **Key words**

Trasferimento del lavoratore, incompatibilità ambientale, giustificato motivo oggettivo, controllo causale, limiti esterni, proporzionalità.

Transfer of the employee, incompatibility, justified objective reason, causation control, external limits, proportionality.

**Corte d'Appello di Firenze, 6 luglio 2015 n. 441 – Pres. Bronzini – C. (avv.ti Pluderi, Casini) c. Monte dei Paschi di Siena (avv.ti Scognamiglio, Nuti)**

(riforma Trib. Arezzo, 24/25 febbraio 2014)

**Licenziamento disciplinare – Contestazione tardiva – Illegittimità – Nullità**

*La tardività della contestazione degli addebiti nell'ambito del licenziamento disciplinare – fattispecie non disciplinata sul piano degli effetti sanzionatori dall'art. 18 stat. lav. come novellato dalla l. n. 92/2012 – determina il venir meno di uno degli elementi costitutivi del diritto di recesso con la preclusione dell'esercizio del relativo diritto e la conseguente nullità del licenziamento.*

★ ★ ★

## Pasqualino Albi

### Il licenziamento disciplinare illegittimo per tardiva contestazione degli addebiti tra vecchio e nuovo diritto

**Sommario:** 1. Spunti problematici. 2. Il quadro normativo vigente. 3. Tardività della contestazione e nullità del licenziamento.

#### 1. Spunti problematici

La decisione in commento rivela, ben oltre il tema deciso, il corto circuito ermeneutico che interessa il tema del licenziamento disciplinare dopo le recenti riforme.

Il tentativo di leggere il nuovo diritto alla luce della lunga maturazione compiutasi nel vecchio appartiene senza dubbio ad una secolare tradizione ermeneutica che non può essere ripudiata, così come è da ritenersi che l'introduzione di nuovi frammenti normativi nel sistema giuridico richiede un naturale e fisiologico processo di sedimentazione, finalizzato a mettere pazientemente in ordine le aree di intervento della nuova regolazione, individuandone le *rationes* funzionali, decodificando gli elementi innovativi e quelli che esprimono continuità.

La giurisprudenza deve dunque fronteggiare contestualmente la lunga sedimentazione maturata in più di quarant'anni di elaborazione dottrina e giurisprudenziale, le profonde innovazioni introdotte dalla c.d. riforma Monti-Fornero del 2012 (l. 28 giugno 2012 n. 92) e i radicali interventi messi in atto dalla disciplina del c.d. contratto a tutele crescenti (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23).

Tuttavia nella nostra specie il naturale processo osmotico fra vecchio e nuovo diritto si rivela problematico giacché emergono nodi critici rispetto ai quali lo sforzo dell'interpretazione è a tratti *ultra vires*, in ragione degli elementi fortemente contraddittori ed incoerenti della nuova legislazione, elementi che finiscono per rendere incerta l'interpretazione sul tema.

La riprova di tali gravi difficoltà può ben cogliersi anche nella decisione che si commenta, chiamata a fare i conti con le conseguenze sanzionatorie del licenziamento disciplinare ai sensi dell'art. 18 St. lav. nel testo novellato dalla l. n. 92/2012.

Operiamo anzitutto di seguito una breve ricognizione del quadro normativo vigente sul tema.

## 2. *Il quadro normativo vigente*

La riforma della disciplina dei licenziamenti, introdotta dalla l. n. 92/2012<sup>1</sup>, pur confermando l'ambito oggettivo-dimensionale dell'art. 18 St. lav., ha previsto un'articolazione interna delle conseguenze sanzionatorie per il licenziamento illegittimo: il campo di applicazione dell'art. 18 St. lav. non coincide più con il campo di applicazione della tutela reintegratoria.

L'innovazione radicale introdotta dalla riforma riguarda le diversificazioni interne all'art. 18 stat. lav. che, come già annunciato, non viene più ad identificarsi con la sola tutela reintegratoria, prevedendosi importanti differenze regolative del sistema rimediale.

Nel nuovo art. 18 St. lav. ad essere ridefiniti sono a ben vedere gli stessi presupposti giustificativi sostanziali del recesso datoriale, delineandosi una distinzione che attiene alla "gravità" – individuata dal legislatore con una tecnica che suscita non poche perplessità – della violazione posta in essere del datore di lavoro delle regole che abilitano il recesso legittimo.

Per quanto concerne il tema del licenziamento disciplinare illegittimo viene prevista la tutela reintegratoria attenuata (art. 18, co. 4 e co. 7, primo periodo: condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di una indennità risarcitoria che non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto) quando "non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili".

È invece prevista la tutela indennitaria (art. 18, co. 5, co. 6 e co. 7, secondo periodo: condanna ad una "indennità risarcitoria onnicomprensiva" determinata fra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità del-

<sup>1</sup> Su tale riforma v. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti del nuovo art. 18 st. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro - Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 235 ss.; DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in RIDL, 2013, I, p. 3 ss.; TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in RIDL, 2013, I, p. 147 ss.

l'ultima retribuzione globale di fatto) negli *altri casi* in cui “non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro”.

La risposta sanzionatoria di natura indennitaria è infine ancora più mite (con quella che può definirsi la tutela indennitaria dimezzata: tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità della retribuzione globale di fatto) in ragione delle violazioni che attengono ai profili procedurali del licenziamento disciplinare.

Il d.lgs. n. 23/2015 introduce un particolare regime di tutela in materia di licenziamento, applicabile ai rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sorti a far data dal 7 marzo 2015<sup>2</sup>, un regime che, per quanto qui interessa, può essere così declinato:

a) la reintegrazione attenuata per le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa “*in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*” (art. 3 d.lgs. n. 23/2015)<sup>3</sup>;

b) la tutela indennitaria (un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità) per l'illegittimità del licenziamento intimato in carenza di giustificato motivo soggettivo o di giusta causa;

c) del pari la tutela indennitaria di contenuto ancor più esile (indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale pari a una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità: art. 4, d.lgs. n. 23/2015) per l'illegittimità del licenziamento disciplinare per vizi procedurali<sup>4</sup>.

Dal nuovo quadro legale emerge, senza dubbio alcuno, una notevole re-

<sup>2</sup> F. CARINCI, CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *AdaptLabourStudies, e-Book*, n. 46, 2015, p. VII.

<sup>3</sup> F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI, CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 73 ss.; MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. CARINCI, CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 118 ss.

<sup>4</sup> DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in F. CARINCI, CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 134 ss.

strizione del campo di applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo, che assume dunque il carattere dell'eccezione alla regola generale, rappresentata dalla tutela indennitaria.

La riforma sancisce l'operatività di uno statuto protettivo differenziato contro i licenziamenti secondo l'appartenenza del lavoratore ad una delle due generazioni contrattuali che emergono dalla lettura delle fonti vigenti: alla prima generazione appartengono i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati prima del 7 marzo 2015 – cui continua ad applicarsi il vecchio ma vigente art. 18 Stat. Lav. – mentre alla seconda i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulati a decorrere dalla medesima data, cui dunque si applica la nuova disciplina del c.d. contratto a tutele crescenti.

La riforma del 2015 fa, per altro verso, salvo il regime di tutela applicabile all'impugnazione dei licenziamenti intimati dai datori di lavoro con requisiti dimensionali inferiori a quelli previsti dall'art. 18 stat. lav., regime rappresentato dall'art. 8 l. n. 604/1966.

Su quest'ultimo versante l'art. 1, co. 3, d.lgs. n. 23/2015 prevede peraltro che: “Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'art. 18, ottavo e nono co., della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto”<sup>5</sup>.

La disposizione sopra citata prevede dunque che la nuova disciplina si applichi anche ai lavoratori assunti a tempo indeterminato prima della data della sua entrata in vigore da un datore di lavoro che, per effetto di assunzioni a tempo indeterminato intervenute da tale data in poi, integri il requisito occupazionale di cui ai co. 8 e 9 dell'art. 18 St. lav.

La conseguenza del quadro sopra esposto è che, inevitabilmente, verranno a coesistere ben diverse discipline: quella previgente, che continuerà ad applicarsi ai rapporti già in essere, e quella prevista dal d.lgs. n. 23/2015 per i rapporti a tempo indeterminato instaurati a far data dall'entrata in vigore dello stesso decreto.

<sup>5</sup> In dottrina, GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 55 ss.

### 3. *Tardività della contestazione e nullità del licenziamento*

Il quadro descritto ci consente adesso di esaminare più da vicino la decisione dei giudici fiorentini, secondo i quali il ventaglio rimediabile predisposto dall'art. 18 St. lav. nel testo novellato dalla l. n. 92/2012 non ha affatto regolato sul piano sanzionatorio il tema dell'illegittimità del licenziamento disciplinare per tardività della contestazione degli addebiti.

La sentenza in commento afferma infatti che la tardività della contestazione degli addebiti (e in particolare della giusta causa) determina il venir meno di uno degli elementi costitutivi del diritto di recesso o anche la preclusione all'esercizio del relativo potere.

Questa affermazione viene motivata dalla Corte fiorentina muovendo dall'adesione ad una serie di decisioni di legittimità emanate tuttavia nel sistema antecedente all'entrata in vigore della riforma del 2012.

Secondo la sentenza in commento deve giungersi alla conclusione che “in tutti i casi – come nella specie – in cui il trascorrere del tempo e i fatti concludenti acquistino un significato così evidente e conclamato, si sia in presenza di un “*fatto negoziale*” di natura sostanzialmente abdicativa, che preclude l'esercizio del diritto di recesso, essendo questo venuto meno per una forma di rinuncia (vedi anche art. 1324 c.c.)”.

Proprio per questa ragione la tardività della contestazione disciplinare non rientra nel novero delle fattispecie sanzionatorie del nuovo art. 18 St. lav.: “Un'ipotesi siffatta, a giudizio del Collegio, che discende direttamente dalla disciplina codicistica in materia di obbligazioni si pone “prima” e al di fuori della casistica di cui all'art. 18 Statuto, come novellato dalla legge 28.6.2012, n. 92”.

Muovendo da tale premessa i giudici fiorentini giungono a dichiarare la nullità del licenziamento intimato al lavoratore e “l'attuale persistenza” del rapporto di lavoro.

Orbene se può certamente condividersi la premessa da cui ha preso le mosse la sentenza in commento, qualche dubbio può invece esprimersi sulle conclusioni e dunque sulla declaratoria di nullità del licenziamento.

È in effetti da condividersi l'assunto secondo cui la tardività della contestazione disciplinare non assume i connotati di un vizio procedurale, attenendo invece al fondamento sostanziale del potere di recesso<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> MAZZOTTA, *Fatti e misfatti nell'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in RIDL,

In particolare, prendendo a prestito le parole di una recente decisione della Cassazione, in tal caso si è in presenza della “illegittimità del licenziamento per contestazione tardiva dell’addebito, vale a dire per atipica perdita del potere di licenziare dovuta al trascorrere del tempo”<sup>7</sup>.

Tuttavia, una volta preso atto che è davvero discutibile identificare la tardività della contestazione disciplinare con un vizio procedurale, occorre mettere a fuoco il quadro rimediabile delineato dall’art. 18 St. lav.

Tale operazione si rivela particolarmente complessa perché se è condivisibile la conclusione che l’illegittimità del licenziamento per tardività della contestazione disciplinare non può essere ricondotta alla sanzione prevista dall’art 18, co. 6, St. lav. (indennità risarcitoria fra un minimo di sei e un massimo di sei mensilità per violazione dell’art. 7 St. lav.) è meno chiara la riconduzione della fattispecie decisa dalla sentenza in commento alla declaratoria di nullità.

Sul tema vanno delineandosi in giurisprudenza alcune tendenze, invero ancora poco nitide, che è utile riassumere.

In un *obiter dictum* di una ormai celebre decisione della Cassazione si afferma che si dovrebbe applicare l’art 18, comma 5 (indennità risarcitoria fra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità) in caso di violazione del requisito di tempestività del recesso mentre invece dovrebbe applicarsi il già citato art. 18, co. 6, in caso di violazione del requisito della immediatezza della contestazione, che rientrerebbe tra le violazioni delle regole procedurali<sup>8</sup>: si tratta, a ben vedere, di una distinzione davvero poco chiara e decisamente discutibile posto che la tardività può riferirsi sia alla contestazione sia al licenziamento intimato dopo la contestazione con effetti che non sembra possano condurre a differenziazioni radicali.

In un successivo intervento la Cassazione ha invece affermato che l’illegittimità del licenziamento disciplinare per tardività della contestazione non rientra nell’ambito previsionale dell’art. 18, co. 4 St. lav. “nè in nessun’altra delle ipotesi contemplate in tale articolo che prevedano, oltre al pagamento di un’indennità risarcitoria, anche la condanna della parte datoriale alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al versamento dei con-

2016, II, 102 ss.; DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, *ivi*, 2015, II, 32 ss.; MARTELLONI, *Nuovo art 18: la Cassazione getta un ponte fra riforma Fornero e Jobs act*, *ivi*, 2015, II, 39 ss.

<sup>7</sup> Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *RIDL*, 2016, II, 102 ss.

<sup>8</sup> Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *D&G*, 2014, 7 novembre 2014.

tributi previdenziali e assistenziali fino al giorno dell'effettiva reintegra; nel caso all'esame, pertanto, la tutela prestata è limitata al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva da determinarsi fra un minimo ed un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"<sup>9</sup>. In tale decisione la Corte di legittimità ha concluso che "la determinazione di tale indennità risarcitoria, implicando una valutazione di merito con onere di specifica motivazione, dovrà essere effettuata dal Giudice del rinvio".

Una ulteriore decisione di legittimità ha invece affermato che la tardività della contestazione disciplinare comporta l'invalidità del licenziamento: tale decisione tuttavia ha applicato l'art. 18 nel testo previgente rispetto alla riforma del 2012<sup>10</sup>.

Non mancano poi decisioni di merito che sono giunte ad esiti contrastanti<sup>11</sup>.

Orbene, alla luce dell'esame condotto deve ritenersi che, esclusa la riconducibilità della fattispecie del licenziamento disciplinare illegittimo per tardività della contestazione alla conseguenza sanzionatoria dell'art. 18, comma 6, l'indagine sul profilo sanzionatorio consente di concludere che, essendo il vizio in questione di natura sostanziale, la conseguenza sanzionatoria debba essere o inquadrata nell'ipotesi della "insussistenza del fatto contestato" ai sensi dell'art. 18, co. 4, St. lav. o, ancora nelle "altre ipotesi" indicate nell'art. 18 comma 5, St. lav.

L'ipotesi della nullità nella nostra specie risulta di più complessa confi-

<sup>9</sup> Cass. 9 luglio 2015 n. 14324.

<sup>10</sup> Cass. 13 febbraio 2015 n. 2902.

<sup>11</sup> App. Bologna 28 gennaio 2016 n. 93 (in *Ilgiuslavorista.it*, 2016, 31 marzo, con nota di COSTANTINI): "La tardività della contestazione disciplinare integra una violazione cd. formale nell'ambito del procedimento disciplinare regolato dall'art. 7 l. n. 300/1970, con conseguente applicabilità del regime sanzionatorio di cui all'art. 18, co. 6, l. n. 300/1970"; diverse le conclusioni di Trib. Milano, 15 novembre 2014 (in *Giustiziavivile.com*, 14 aprile 2015, con nota di VITALETTI) di cui si riporta un brano della motivazione: "Ne deriva che, se la tardività della contestazione disciplinare ingenera il legittimo affidamento circa l'intenzione del datore di lavoro di non attribuire valenza disciplinare alla condotta del dipendente, nonostante il possibile rilievo penale, l'assenza di una condotta disciplinarmente rilevante, per scelta del datore di lavoro manifestata in concreto mediante comportamento concludente integra la fattispecie della manifesta insussistenza del fatto, ai sensi dell'art. 18, 4 co., St. lav., con applicazione delle conseguenze ivi previste. Non può invece trovare applicazione il comma 5 della norma medesima, in quanto il "fatto" manifestamente insussistente non è il mero fatto materiale, bensì il fatto disciplinarmente rilevante e si è visto come, nel caso di specie, sia stato lo stesso datore di lavoro a rinunciare, di fatto, a connotare in tal senso la condotta del ricorrente".

gurazione, dovendo tenere a mente che l'art 18, co. 1, contempla l'invalidità radicale per fattispecie specifiche; si potrebbe valutare la riconduzione agli "altri casi di nullità previsti dalla legge" ma si tratta di un percorso ermeneutico che presuppone un'interpretazione estensiva che non sembra possibile alla luce del tenore letterale della disposizione.

**Key words**

Rapporto di lavoro, licenziamento disciplinare, illegittimità, nullità, art. 18 Statuto dei lavoratori.

Employment relationship, Dismissal based on grounds concerning the behaviour of the employee, Unlawfulness, Voidness, art. 18 workers' Statute.

**Trib. Milano, lavoro, 16 dicembre 2015 n. 3460 – Est. Di Leo – E. A. e altri (avv.ti Neri, Guariso e Marzolla) c. Autostrade per l'Italia s.p.a. (avv. Vercelli).**

**Rapporto di lavoro – Prescrizione dei crediti retributivi – Sanzioni per il licenziamento illegittimo – Art. 18 St. lav. come modificato dalla l. n. 92/2012 – Incertezza nell'applicazione della tutela reintegratoria – Decorrenza della prescrizione in corso di rapporto – Esclusione.**

*Dall'entrata in vigore della l. n. 92/12, che ha modificato l'art. 18 St. lav. prevedendo, al comma cinque, ipotesi nelle quali, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela resta solo di tipo indennitario, si deve ritenere che i lavoratori, pur dipendenti di un'azienda ricadente nell'area di applicazione della tutela reale, possano incorrere – per la durata della relazione lavorativa – nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, così che la decorrenza della prescrizione deve ritenersi sospesa in corso di rapporto.*

★ ★ ★

## Vito Pinto

### Nuovi rimedi per i licenziamenti illegittimi e diritto vivente nella prescrizione dei crediti retributivi

**Sommario:** 1. La questione. 2. Giurisprudenza costituzionale e diritto vivente in materia di decorrenza della prescrizione. 3. L'incidenza della nuova disciplina dei licenziamenti sul decorso della prescrizione.

#### 1. *La questione*

Il Tribunale di Milano, nella sentenza che si annota, prende atto della riforma dell'art. 18 st. lav. ad opera della legge n. 92/12 e, argomentando dalla circostanza che nel nuovo regime vi sono “ipotesi nelle quali, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela resta solo di tipo indennitario, senza possibilità di reintegrazione”, conclude per la non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto. Secondo il giudice, posto che al fine di stabilire la decorrenza o meno della prescrizione in corso di rapporto rileva la “effettiva esistenza di una situazione psicologica di ‘metus’ del lavoratore”, il sistema rimediale attualmente configurato dall'art. 18 St. lav. non esclude che i lavoratori possano “incorrere – per la durata della relazione lavorativa – nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, a fronte della diminuita resistenza della propria stabilità”. A sostegno di questa posizione, il Tribunale adduce un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla soluzione da dare ad alcuni casi in cui la questione della decorrenza della prescrizione era particolarmente controversa. La novella dell'art. 18 st. lav., più precisamente, metterebbe il lavoratore in una situazione psicologica analoga a quella in cui in passato ci si trovava allorché, in ragione del continuo oscillare del numero degli occupati, il lavoratore fosse incerto in ordine alle dimensioni effettive dell'organico dell'impresa e, di conseguenza, sull'applicabilità o meno della tutela reale<sup>1</sup>. A questa ipotesi si potrebbe aggiungere quella del rapporto instaurato in vio-

<sup>1</sup> Si noti che la massima riportata nella sentenza, da riferire a Cass. 13 dicembre 2004 n. 23227 (inedita a quanto consta), decide esattamente un caso di questo tipo.

lazione del divieto di interposizione, in cui sorgeva la questione se il regime della prescrizione fosse quello previsto per il datore di lavoro interposto (rientrante nell'area di applicazione della tutela obbligatoria) oppure quello – meno favorevole per il lavoratore – applicabile al datore di lavoro interponente (assoggettato al vincolo della stabilità reale) al quale il rapporto era imputato *ex post* dal giudice; o l'altra, in cui il rapporto formalmente definito tra le parti come incarico di lavoro autonomo fosse stato successivamente riqualificato dal giudice come subordinato<sup>2</sup>. In tutti questi casi, infatti, i giudici hanno evitato che lo stato di incertezza in cui verteva il lavoratore – definitivamente eliminabile solo all'esito di un giudizio – potesse ritorcersi contro di lui e, pertanto, hanno posticipato la prescrizione dei diritti retributivi alla cessazione del rapporto (e ciò anche a prezzo di qualche forzatura concettuale, come accaduto con riferimento all'ultima delle ipotesi ora ricordate).

Attraverso l'assimilazione in discorso, insomma, il Tribunale indica abbastanza chiaramente – seppure in modo implicito – per quale ragione ritenga che l'art. 18 St. lav. non sia più idoneo a proteggere il lavoratore da un licenziamento ritorsivo eventualmente intimatogli a seguito della richiesta di pagamento dei crediti retributivi. Il nuovo regime giuridico, infatti, facendo dipendere la tutela (restitutoria o indennitaria) che sarà applicata in caso di licenziamento da circostanze future ed incerte al momento della maturazione del credito retributivo, non libera il lavoratore dal suo stato di “soggezione” e, pertanto, non permette di escludere che la sua inerzia nel sollecitare l'adempimento del datore di lavoro sia determinata dal timore di ritorsioni<sup>3</sup>. Di qui il condivisibile differimento della decorrenza della prescrizione dal momento della cessazione del rapporto.

<sup>2</sup> Sugli aspetti applicativi particolari del principio della non decorrenza in costanza di rapporto sia consentito il rinvio a PINTO, *Prescrizione, decadenza e tutela dei crediti di lavoro*, in *Tr. Bessone*, p. 621, qui 632. V. anche, più di recente, NOVELLA, *Prescrizione e decadenza*, in MARTONE, MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in PERSIANI, CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, vol. 4, tomo II, p. 1990, qui p. 2007.

<sup>3</sup> CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, p. 547, qui p. 562.

2. *Giurisprudenza costituzionale e diritto vivente in materia di decorrenza della prescrizione*

La sentenza interviene su una materia complessa che, col tempo, ha trovato nel diritto vivente una sua precisa sistemazione. Una valutazione critica della stessa e degli sviluppi che essa prefigura dopo la novella dell'art. 18 St. lav. e l'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, pertanto, richiede una ricostruzione puntuale dell'assetto giuridico consolidatosi a partire dalla celeberrima sentenza 1° giugno 1966 n. 63.

Nel giudizio concluso da quest'ultima decisione, come è noto, la Corte era chiamata a scrutinare la costituzionalità degli artt. 2948, nn. 4 e 5, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. in relazione agli artt. 3, 4 e 36 della Costituzione e a pronunciarsi sulla tesi, prospettata dal giudice remittente, che “la prescrizione quinquennale e quella presuntiva [fossero] incompatibili con la natura del diritto al salario qual è garantito dalla Costituzione”. L'opinione fu nettamente respinta dalla Corte rilevando, per un verso, che “la prescrizione è modo generale d'estinzione dei diritti” e, per altro, che “la tutela costituzionale dà al diritto soggettivo una forza maggiore di quella che gli deriverebbe dalla legge ordinaria; ma non lo rende necessariamente perpetuo”<sup>4</sup>. La Corte proseguì escludendo che vi fosse una qualche previsione costituzionale che conferisse al “diritto alle prestazioni salariali” una natura “indisponibile” e, di conseguenza, esso non risultava neppure sottratto all'operare della prescrizione, secondo la regola generale prevista dall'art. 2934, co. 2, c.c. La Corte, però, riconobbe che l'art. 36 Cost. attribuiva ai crediti retributivi – al pari del diritto alle ferie e al riposo settimanale – carattere irrinunciabile<sup>5</sup>. È su questa irrinunciabilità che la Corte, in un contesto socio-economico caratterizzato dalla pratica del c.d. sottosalario e con un quadro legale che ancora ammetteva il licenziamento *ad nutum*, fondò l'affermazione che “non tutto il regime della prescrizione è compatibile con la speciale garanzia che deriva dall'art. 36 Cost.”. Il punto è che l'inerzia del lavoratore, presupposto della prescrizione, non costituisce necessariamente una “libera espressione di volontà negoziale” perché, “in un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico, il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia

<sup>4</sup> V. RGL 1966, II, p. 369 e qui p. 371.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

[tacita] a una parte dei propri diritti”. In altri termini, “la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell’effetto che l’art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione”. Per questi motivi, pur non essendo chiamata a sindacare la legittimità costituzionale del regime della decorrenza della prescrizione (che, come è noto, è contenuto nell’art. 2935 c.c.), la Corte dichiarò l’illegittimità degli artt. 2948 n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, c.c. “limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro”.

La portata di questa sentenza, ampiamente studiata e criticata<sup>6</sup>, fu precisata da due decisioni successive. Con la prima, la Corte dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale della prescrizione biennale dei crediti retributivi dei pubblici dipendenti affermando che ad essi non poteva essere estesa la “regola” enunciata nella sentenza n. 63/1966 in considerazione della “particolare forza di resistenza che caratterizza il rapporto di pubblico impiego”, a sua volta effetto di “una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto” e delle “garanzie di rimedi giurisdizionali contro l’illegittima risoluzione di esso, le quali escludono che il timore del licenziamento possa indurre l’impiegato a rinunciare ai propri diritti”<sup>7</sup>. Così facendo, la Corte precisava quanto era già desumibile dalla motivazione – ma non, si noti, dal dispositivo<sup>8</sup> – della precedente sentenza, ossia che la regola del differimento della prescrizione al momento dell’estinzione del rapporto di lavoro riguardava soltanto “i rapporti di lavoro regolati dal diritto privato e non si [estendeva] ai rapporti di pubblico impiego, sia che si [trattasse] di rapporti con lo Stato, sia che si [trattasse] di rapporti con altri enti pubblici”<sup>9</sup>. La seconda sentenza che conviene qui richiamare è quella avente ad oggetto la disciplina della prescrizione ordi-

<sup>6</sup> V., se vuoi, ancora PINTO, *Prescrizione, decadenza e tutela*, cit., p. 629 ss.; anche NOVELLA, *Prescrizione e decadenza*, cit., p. 2003 ss.

<sup>7</sup> C. Cost., 20 novembre 1969 n. 143, in *RGL*, 1969, II, p. 711.

<sup>8</sup> Circostanza rilevante posto che soltanto il dispositivo delle sentenze dichiarative dell’illegittimità costituzionale fanno parte del contesto normativo.

<sup>9</sup> Si noti altresì che la Corte, già in questa sentenza, esplicitamente attribuisce alla propria decisione del 1966 una valenza dichiarativa di una “parziale illegittimità costituzionale”, con ciò superando lo stesso tenore testuale del dispositivo della sentenza n. 63.

naria dettata dall'art. 2946 c.c.<sup>10</sup>. In questo caso la Corte non si pronunciò nel merito, ritenendo irrilevante il quesito rispetto a tutte e tre le controverse che avevano dato origine alla rimessione. In particolare, la Corte ritenne irrilevante la questione sollevata dalla Cassazione perché la regola enunciata dalla sentenza del 1966 riguardava soltanto i rapporti di lavoro privati mentre nel giudizio *de quo* era convenuto un ente pubblico economico (e ciò nonostante il fatto che, all'epoca, il rapporto con gli enti pubblici economici fosse ritenuto pacificamente o di natura privata o, comunque, a regolamentazione privata).

Ben diversa fu la portata della sentenza del 1972, sebbene essa avesse ad oggetto una clausola collettiva con efficacia *erga omnes* in materia di decadenza (e quindi, a rigore, fosse relativa ad una materia diversa da quella della prescrizione). In questo caso, infatti, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui faceva "decorrere il termine di decadenza per i reclami [in materia retributiva] dal giorno in cui il pagamento [era] effettuato o omesso, anche per i rapporti di lavoro *non considerati* dalla legge 15 luglio 1966, n. 604"<sup>11</sup>. In effetti, la pronuncia interveniva in un assetto legislativo profondamente modificato ad opera della legge 15 luglio 1966 n. 604 e dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 e ciò spiega perché la Corte, tornando sul concetto di "stabilità" del rapporto di lavoro, abbia affermato che "una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare"<sup>12</sup>.

La decisione, conviene ribadire, riguardava una decadenza convenzionale e non l'istituto della prescrizione dei diritti. Sta di fatto che l'indirizzo espresso dalla Corte Costituzionale fu prontamente ripreso dalla Corte di

<sup>10</sup> C. Cost. 29 aprile 1971 n. 86, in *FI*, 1971, I, c. 1447 ss. Qualche anno dopo, la Corte ha avuto modo di occuparsi della legittimità dell'art. 2946 "nella parte in cui prevede il termine di prescrizione decennale decorra in pendenza di rapporto di lavoro [rispetto] agli artt. 3, 24 e 36 della Costituzione in quanto applicabile al diritto del lavoratore dipendente da ente pubblico economico". Essa considerò inammissibile la questione perché la regolamentazione organica o la contrattazione collettiva assicuravano che anche il licenziamento intimato da questo tipo di enti potesse avvenire "soltanto per cause precise e determinate": v. C. Cost. 21 maggio 1975 n. 115, in *FI*, 1975, I, c. 309 ss.

<sup>11</sup> Questo il dispositivo della sentenza, corsivo di chi scrive.

<sup>12</sup> C. Cost. 12 dicembre 1972 n. 174, in *RGL*, 1973, II, p. 17, con nota di VENTURA, *Corte costituzionale prescrizione dei crediti di lavoro: brevi considerazioni su di una norma di legge inesistente e su di una sentenza che l'ha dichiarata (parzialmente) costituzionale*, p. 19 ss.

Cassazione<sup>13</sup> e, dopo alcune oscillazioni, è diventato assolutamente pacifico. Il consolidamento, più precisamente, avvenne ad opera delle Sezioni Unite allorché precizarono come sia stabile “ogni rapporto che, *indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro*, sia regolato da una disciplina che, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l’efficacia della risoluzione del rapporto alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate; e sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo”<sup>14</sup>. Anche la Corte Costituzionale ebbe modo di tornare sulla nozione di “stabilità” in una serie di pronunce in materia di prescrizione emesse nel periodo tra il 1979 e il 1981<sup>15</sup>. Pur dichiarando inammissibili le questioni proposte, in queste sentenze la Corte ribadisce il principio di cui alla sentenza n. 174/1972 chiarendo definitivamente che “il corso delle prescrizioni brevi e presuntive durante il rapporto di lavoro privato” è subordinato “al verificarsi delle due condizioni” dell’annullamento del licenziamento e della “completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare”<sup>16</sup>.

Questo stesso gruppo di sentenze chiarisce anche altri due aspetti, pure rilevanti in questa sede. Il primo è che il dispositivo della sentenza n. 63/1966 non può essere correttamente inteso se avulso dalla motivazione della stessa o, se si preferisce, che costituiscono vere e proprie norme giuridiche “anche i dispositivi di pronunce di fondatezza di questioni di legittimità costituzionale [...] nel senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione espressa [...] nelle motivazioni delle pronunce medesime”<sup>17</sup>. Il secondo aspetto da ricordare è che la “norma di diritto che sorge dal connubio tra le tre disposizioni codicistiche dichiarate parzialmente illegittime e il dispositivo della sentenza n. 63/1966 non può reputarsi di grado superiore alla legislazione che l’ha seguita”<sup>18</sup>. Da qui alcune

<sup>13</sup> V. Cass. 11 marzo 1973 n. 1256, in *MGL*, 1973, p. 312, nt. PERA, *Prescrizione e diritti dei lavoratori (posizione e delimitazione di una norma nella giurisprudenza costituzionale)*.

<sup>14</sup> Così Cass. Sez. un., 12 aprile 1976 n. 1268, in *FI*, 1976, I, c. 915 ss. e qui c. 922, corsivo di chi scrive.

<sup>15</sup> C. Cost., 10 giugno 1979 nn. 40 e 41 e 18 giugno 1979, nn. 42, 43, 44 e 45, in *RGL*, 1979, II, p. 378 ss. con nota di MARESCA, *Decorre o non decorre la prescrizione in costanza del rapporto di lavoro subordinato? L’ultima parola al legislatore*; Corte Cost., 10 febbraio 1981 n. 13, in *FI*, 1981, I, c. 609-610.

<sup>16</sup> C. Cost. n. 41/1979, cit., p. 409.

<sup>17</sup> C. Cost. n. 44/1979, cit., p. 404; ma v. anche Corte Cost. n. 41/1979, cit., p. 408.

<sup>18</sup> C. Cost. n. 41/1979, cit., p. 408.

significative implicazioni. Anzitutto, l'interpretazione di siffatta "norma di diritto" spetta al giudice ordinario e non alla Corte. Tra i provvedimenti della Corte, infatti, "non si annovera né può annoverarsi l'accertamento del contenuto di precedenti sue sentenze, una sorta cioè di provvedimento di secondo grado, del quale oggetto immediato non è la disposizione o il gruppo di norme impugnate, ma altra sua sentenza"<sup>19</sup>. Inoltre, è compito della Corte di Cassazione e non della Corte Costituzionale "verificare se i giudici delle controversie intendano nel senso conforme alla legge [...] la duplice condizione, chiaramente puntualizzata nella sent. 174/1972 (possibilità di annullamento dell'atto di licenziamento; completa reintegrazione della posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare)" che legittima la decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto<sup>20</sup>. Infine, è del giudice ordinario e non della Corte Costituzionale la competenza a conoscere "il rapporto tra la disciplina normativa, modificata da sentenza di accoglimento della Corte medesima, e la disciplina successivamente adottata con legge o atto avente forza di legge (a loro volta non sospettati d'incostituzionalità)" nonché le "vicende di parziale o totale abrogazione tacita" che così si producono nell'ordine giuridico<sup>21</sup>. Il principio del *ne bis in idem*, del resto, impedisce che "la Corte [possa] riprendere in esame la questione di costituzionalità, già definita con pronuncia di fondatezza rassegnata nella sentenza 63/1966", solo perché muti il regime sanzionatorio in materia di licenziamenti<sup>22</sup>.

### 3. *L'incidenza della nuova disciplina dei licenziamenti sul decorso della prescrizione*

In sintesi, si può affermare che la Corte Costituzionale – seppure in modo eterodosso e, secondo alcuni, concettualmente poco rigoroso – ha sot-

<sup>19</sup> C. Cost. n. 40/1979, cit., p. 412.

<sup>20</sup> C. Cost. n. 44/1979, cit., p. 409.

<sup>21</sup> C. Cost. n. 13/1981, cit., c. 610; ma v. già Corte Cost. n. 41/1979, cit., p. 408.

<sup>22</sup> C. Cost. n. 43/1979, cit., p. 405. Non pare possibile, quindi, la "rilettura" della nozione di "stabilità" da parte della Corte Costituzionale, così come auspicato da MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, F. Angeli, 2012, p. 833 e da CIUCCIOVINO, voce *Prescrizione [dir. lav.]*, in *Diritto on line*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, par. 3.

tratto il decorso della prescrizione alle regole proprie del diritto civile con un'unica eccezione<sup>23</sup>, ossia nell'ipotesi in cui il lavoratore possa fare affidamento su un sistema rimediale che in caso di licenziamento illegittimo – quale sarebbe un eventuale licenziamento per ritorsione – imponga al datore di lavoro “di ricostruire la situazione di fatto anteriore” e renda “così possibile l'esatta soddisfazione” del lavoratore (il quale, pertanto, “non [è] tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario”)<sup>24</sup>. Orbene, il Tribunale di Milano ritiene che dal 18 luglio 2012 la tutela garantita dall'art. 18 St. lav. non sia affatto idonea a liberare il lavoratore dalla preoccupazione di perdere il posto, ragione per cui un'eventuale inerzia dello stesso non potrebbe essere ascritta con certezza ad una scelta libera e spontanea del medesimo. Di qui, appunto, la generalizzazione della prescrizione posticipata dei crediti retributivi e la conseguente istituzione di un perfetto parallelismo con la decadenza dall'impugnativa dei negozi abdicativi (art. 2113, co. 2, c.c.).

Questo, peraltro, è l'orientamento attualmente prevalente anche in dottrina con riferimento sia all'art. 18 novellato sia, e maggior ragione, al d.lgs. n. 23/2015<sup>25</sup>. In entrambi i casi, infatti, vi è un'oggettiva difficoltà per il lavo-

<sup>23</sup> V. Cass. 16 maggio 2012 n. 7640 in *GI*, 2013, 4, p. 881 (nt. MAINARDI, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*) la quale, imputando al datore di lavoro che intenda sottrarsi al pagamento del debito retributivo l'onere di provare il requisito della stabilità, ha esplicitamente affermato che “in tema di prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore [...] alla luce della tutela ex art. 36 Cost. [...] la sospensione in costanza di rapporto costituisce la regola e l'immediata decorrenza l'eccezione”.

<sup>24</sup> Così Cass. Sez. un., 10 gennaio 2006 n. 141, in *FI*, 2006, I, c. 704, e qui c. 715, la quale – come è noto – ha ritenuto gravante sul datore di lavoro l'onere di provare l'assenza dei requisiti dimensionali necessari per la reintegrazione nel posto di lavoro ex art. 18 st. lav. in caso di licenziamento ingiustificato in base al presupposto che, nel diritto civile (comprensivo anche del diritto del lavoro) la tutela specifica costituisce la regola e quella per equivalente monetario l'eccezione.

<sup>25</sup> CESTER, *Il progetto di riforma ...*, cit., p. 562 e ID., *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT*, 2015, n. 273, p. 11; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto ...*, cit., 833; MATTONI, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti dei lavoratori*, in AMATO, SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012: un'analisi ragionata*, Altalex, 2013, p. 225-226; GHERA, GARILLI, GAROFALO D., *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2015, p. 335-336; MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT*, 2012, n. 159, p. 12 e ID., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, p. 886; ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 387-388; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO (a cura di), *Il licenziamento*

ratore di prevedere le conseguenze giuridiche che deriveranno da una sentenza che dichiara l'illegittimità di un eventuale licenziamento ritorsivo. Limitando per comodità il discorso alla prima disposizione, è un dato di fatto che il sistema rimediale sia strutturato in modo che la tutela effettivamente riconosciuta al lavoratore, se si esclude l'improbabile ipotesi in cui il datore di lavoro espliciti il motivo ritorsivo, dipenda dalla circostanza che egli riesca a provare in giudizio l'esistenza di un motivo illecito e la sua valenza determinante nel recesso del datore di lavoro (unico caso in cui il lavoratore sarà reintegrato pienamente nella situazione precedente); ma, se la prova non dovesse essere data, la tutela sarà diversa (e minore) in ragione vuoi dall'ascrivibilità del motivo formalmente addotto dal datore di lavoro ad una causa soggettiva oppure oggettiva di licenziamento, vuoi dal convincimento del giudice in ordine allo specifico vizio che affligge il recesso. Un'incertezza prognostica, è appena il caso di avvertire, perfino esaltata dalle gravi difficoltà interpretative ed applicative poste dai due provvedimenti legislativi in discorso<sup>26</sup>.

Sia tra gli operatori<sup>27</sup> che tra gli studiosi, però, non mancano opinioni favorevoli alla perdurante applicazione della prescrizione in corso di rapporto. Gli argomenti addotti finora da questi ultimi sono essenzialmente due.

Quanto all'art. 18 St. lav. novellato, è stato osservato come esso garantisca la tutela reintegratoria piena in caso di licenziamento intimato per un motivo

*individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 18, nt. 26; MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, I, p. 556-557; CASIELLO, *Contratto a tutele crescenti e regime della prescrizione*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario Breve alle riforme "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 299; CIUCCIOVINO, voce *Prescrizione*, cit., par. 3; NUZZO, *La prescrizione dei crediti di lavoro e il timore del licenziamento dopo la legge Fornero*, in *RIDL*, 2016, II, p. 119; TALARICO, *La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la cd. legge Fornero e il cd. Jobs Act*, in *RGL*, 2016, II, p. 232.

<sup>26</sup> Ragioni di economia del discorso impediscono l'analisi della questione con riferimento ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Qui, infatti, il problema è reso più complesso dall'incertezza in ordine all'applicabilità dell'art. 18 St. lav. nel testo novellato nel 2012 (in senso favorevole, Cass. 26 novembre 2015 n. 24157 e Trib. Rimini 7 gennaio 2016; *contra* Cass. 9 giugno 2016 n. 11868 e 13 settembre 2016 n. 17965) nonché dai dubbi, manifestati anche da alcuni studiosi, in ordine all'assoggettamento dei rapporti instaurati dopo il 7 marzo 2015 alla disciplina di cui al d. lgs. n. 23/2015.

<sup>27</sup> Cfr. la circolare della Fondazione Studi Consulenti del lavoro n. 4 del 18 febbraio 2015, p. 5. Secondo la circolare, infatti, la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto dovrebbe comunque aver luogo perché "il contratto a tutele crescenti, pur depotenziando la tutela reale, delinea comunque il diritto alla reintegra per i licenziamenti disciplinari in cui si dimostri l'insussistenza del fatto contestato e per quelli affetti da nullità".

illecito determinante quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, ragione per cui si è concluso addirittura per la generalizzata decorrenza della prescrizione in corso di rapporto<sup>28</sup>. Sennonché, come è stato condivisibilmente obiettato, la disciplina del licenziamento nullo per motivo illecito *ex art.* 1345 c.c. è, grosso modo, identica a quella preesistente (anche per ciò che riguarda la sua operatività a prescindere dal numero dei dipendenti)<sup>29</sup> e, ciò nonostante, non pare che qualche giudice abbia dubitato del differimento del decorso della prescrizione nell'area di applicazione della tutela c.d. obbligatoria<sup>30</sup>.

Un secondo argomento, anch'esso proposto all'indomani della legge n. 92/2012 ma riproponibile anche dopo l'introduzione del c.d. contratto a tutele crescenti, fa leva sulla diversità dell'assetto legislativo attuale – caratterizzato da una molteplicità di istituti funzionali alla protezione del lavoro – rispetto a quello molto meno articolato vigente al tempo della prima sentenza della Corte Costituzionale. In base a questo presupposto, si ritiene “tuttora fondata la persistenza di un regime prescrizionale dei crediti di lavoro diversificato, in cui la decorrenza dei termini nella vigenza del rapporto permane in collegamento con l'attuale tutela contro i licenziamenti individuali ancora spettante [...] ad una vasta area del lavoro dipendente dove la protezione rimane comunque più penetrante rispetto al differente e meno stringente regime di stabilità obbligatoria”<sup>31</sup>. Chi sostiene questa tesi, se ben si comprende, ammette che la revisione dei rimedi in materia di licenziamento illegittimo, isolatamente considerata, sia tale da indurre il lavoratore in quello

<sup>28</sup> PACCHIANA PARRAVICINI, *Il nuovo art. 18 St. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *MGL*, 2012, p. 753.

<sup>29</sup> Del licenziamento per motivo illecito e delle sue conseguenze si discuteva già prima dell'entrata in vigore della legge n. 604/1966. Per un resoconto del dibattito dell'epoca, v. PERA, *Sindacabilità dei motivi del licenziamento in sede giurisdizionale*, ora in PERA, *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. I, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 125 ss. (il quale si esprime in favore della nullità del licenziamento con riammissione in servizio e pagamento delle retribuzioni dovute). Sul tema v. anche, dopo la legge n. 92/2012, le riflessioni di CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, cit., p. 293-294 e, dopo il d.lgs. 23/2015, quelle di BIASI, *Il licenziamento nullo: chivistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?*, in *Commentario Breve alle riforme “Jobs Act”*, cit., p. 160-161.

<sup>30</sup> MAIO, *Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti*, in *ADL*, 2015, I, p. 554.

<sup>31</sup> Così SANTONI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e la legge n. 92/2012*, in *RIDL* 2013, I, p. 881, e qui p. 898; in termini, PROIA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2016, p. 288.

stato psicologico da cui la Corte Costituzionale ha inteso liberarlo; ma ritiene che un siffatto rischio non ricorra in concreto in ragione del complesso di tutele di cui lo svolgimento del rapporto sarebbe tuttora circondato. Siffatte considerazioni, però, possono ispirare un legislatore intenzionato a dettare una disciplina speciale della prescrizione ma non possono indurre i giudici ad un ripensamento del diritto vivente, ostandovi un preciso vincolo costituzionale che collega la decorrenza della prescrizione al regime dei licenziamenti e non anche ad altro. Ma, anche se così non fosse, bisogna ammettere che la valorizzazione di una serie di previsioni normative e la loro ponderazione moltiplicherebbe i fattori di incertezza in una materia orientata a dare certezza e definitività ai rapporti giuridici.

Sussistono tutti i presupposti, insomma, affinché si consolidi quel risultato “decisamente paradossale” paventato da uno studioso, rappresentato dalla circostanza che “lo smantellamento della tutela reale condurrebbe ad un trattamento non di favore per l'imprenditore che, da un lato vede svanire lo spettro della reintegra, ma dall'altro vedrebbe, in parallelo, il moltiplicarsi di pretese economiche che riteneva prescritte”<sup>32</sup>. Si tratta di una valutazione forse eccessiva, ma che bene evidenzia come, per effetto del diritto vivente scaturito dall'art. 36 Cost., le attuali discipline del licenziamento sembrano destinate a modificare l'equilibrio finora esistente tra le ragioni creditorie del lavoratore e l'opposto interesse del datore di lavoro alla certezza dei rapporti giuridici.

### Key words

Prescrizione, crediti di lavoro, decorrenza, riforma dei licenziamenti, stabilità del rapporto.

Prescription, salary credits, running, reform of dismissals, stability of the employment relationship.

<sup>32</sup> ROMEO, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, 2015, reperibile all'indirizzo <http://csdile.lex.unict.it/docs/generic/Prescrizione-dei-crediti-di-lavoro-recenti-profilo-problematici/5468.aspx>, p. 9.

**Corte di Cassazione – Sezione Lavoro – sentenza 6 novembre 2015 n. 22710 – Pres. Amoroso, Rel. Berrino – B. C. e altro (avv. Storace) v. Fincantieri Cantieri Navali Italiani S.p.A. e altro (avv. Morrico)**

**Rapporto di lavoro – Salute e sicurezza – Rischio amianto – Responsabilità del datore di lavoro – Art. 2087 cod. civ. – d.P.R. n. 303/1956 – Onere della prova.**

*Poiché la pericolosità intrinseca delle fibre dell'amianto è nota sin dall'inizio del secolo scorso e, dunque, da epoca ben anteriore all'inizio del rapporto di lavoro oggetto della controversia, si impone il concreto accertamento dell'adozione di misure idonee a ridurre il rischio connaturale al suo impiego, in relazione alla norma di chiusura di cui all'art. 2087 cod. civ. ed al d.P.R. n. 303/1956. L'onere della prova grava sul datore di lavoro, tenuto a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno (prova liberatoria) attraverso l'adozione di cautele previste in via generale e specifica dalle disposizioni suddette.*

★ ★ ★

## Chiara Lazzari

### Rischio amianto e responsabilità datoriale

**Sommario:** **1.** Considerazioni introduttive. **2.** La vicenda all'esame della Cassazione. **3.** I principi affermati dalla Suprema Corte quale conferma di orientamenti consolidati nella giurisprudenza di legittimità in tema di amianto. **4.** (*Segue*) Il ruolo dell'art. 2087 cod. civ. come norma di chiusura del sistema.

#### I. *Considerazioni introduttive*

Le forme di utilizzazione dell'amianto sono state molteplici, e in svariati campi, sino a tempi relativamente recenti: per le sue proprietà tecniche (specie di resistenza meccanica, elettrica, chimica e termica, nonché di flessibilità), conosciute almeno in parte fin dall'antichità<sup>1</sup>, oltre che per la facilità di lavorazione ed il basso costo, l'asbesto è stato ampiamente usato soprattutto nel settore dei trasporti e in quello tessile, in edilizia e nell'industria, tanto da potersi parlare di "natura ubiquitaria dell'esposizione"<sup>2</sup> ad esso.

Da tempo altrettanto nota è, tuttavia, la sua pericolosità per la salute dell'uomo, in particolare con riferimento all'apparato respiratorio. Invero, la consistenza fibrosa di tale minerale, alla base delle caratteristiche che ne hanno decretato un così largo impiego, è altresì all'origine della sua nocività. I materiali di amianto sono, infatti, capaci di rilasciare fibre che si disperdono nell'ambiente con estrema facilità e rapidità, anche per la tendenza a suddividersi in parti sempre più sottili, le quali possono essere respirate e penetrare in profondità negli alveoli polmonari, ove permangono pressoché all'infinito, esercitando un'accertata azione fibrogena e cancerogena.

Il fatto che le manifestazioni cliniche delle patologie correlate all'inalazione di fibre di asbesto<sup>3</sup> possano rivelarsi dopo un periodo di latenza molto

<sup>1</sup> Cfr. FABIANI, BONANNO, *Il danno da amianto. Profili risarcitori e tutela medico-legale*, Giuffrè, 2013, pp. 2-3.

<sup>2</sup> SPADONI, MORRA, *Titolo IX Sostanze pericolose*, in TULLINI (a cura di), *Gestione della prevenzione, La nuova sicurezza sul lavoro*, commentario diretto da MONTUSCHI, Zanichelli, 2011, II, p. 373.

<sup>3</sup> Com'è noto, le patologie principali legate all'amianto sono l'asbestosi, il mesotelioma maligno della pleura e il carcinoma polmonare, ma vanno segnalati anche tumori del tratto ga-

lungo, cioè anche a distanza di parecchi decenni dall'inizio dell'esposizione, spiega perché – nonostante l'emanazione della l. 27 marzo 1992 n. 257, relativa alla cessazione dell'impiego dell'amianto – ancora oggi le cause intentate in materia siano assai frequenti. Per altro verso, e in coerenza con la citata l. 257/92, sono state ridefinite – da ultimo con il d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 – le misure di prevenzione e protezione da applicare alle rimanenti attività lavorative che possano comportare esposizione per gli operatori, quali quelle di manutenzione e rimozione dell'amianto e dei materiali che lo contengono, smaltimento e trattamento dei relativi rifiuti, bonifica delle aree interessate (art. 246 d.lgs. 81/08)<sup>4</sup>.

Insomma, trattasi di un tema che non ha perso d'attualità con il trascorrere del tempo. Il che giustifica l'attenzione riservatagli con queste note, peraltro necessariamente limitate ad una riflessione sulle questioni espressamente toccate dalla sentenza in commento.

## 2. *La vicenda all'esame della Cassazione*

La vicenda sottoposta all'esame della Cassazione ne ricorda tristemente molte altre di segno analogo.

Gli eredi di un impiegato della Fincantieri di Genova, addetto, dal 1955 al 1982, al controllo ed alla rilevazione dell'orario di lavoro degli operai, agiscono, sia *iure proprio* che *iure hereditatis*, per ottenere il risarcimento del danno a seguito della morte del loro dante causa<sup>5</sup>, provocata da mesotelioma pleurico. In primo e secondo grado, tuttavia, la domanda è respinta. Confermando le statuizioni del giudice di prime cure, infatti, la Corte d'Appello di Genova

strointestinale e laringeo o in altre sedi, nonché pleuropatie benigne: cfr., *amplius*, FABIANI, BONANNO, *op. cit.*, p. 379 ss.

<sup>4</sup> Per tutti, ARGANESE, *Le sostanze pericolose*, in ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, Ipsoa, 2010, p. 747 ss.; FRANCIOSI, *Protezione dall'amianto*, in TIRABOSCHI, FANTINI (a cura di), *Il Testò unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo*, Giuffrè, 2009, p. 801 ss.; MONTANARI, *Artt. 246 ss.*, in CARINCI F., GRAGNOLI (a cura di), *Codice commentato della sicurezza sul lavoro*, Utet, 2010, p. 839 ss.

<sup>5</sup> Sulle poste risarcitorie invocabili dalle vittime secondarie cfr. FABIANI, BONANNO, *op. cit.*, pp. 309-310; con riguardo, invece, alla tutela risarcitoria reclamabile dal lavoratore RIVERSO, *La tutela risarcitoria dei più deboli tra i deboli (gli esposti all'amianto)*, in LG, 2012, p. 429 ss.; sul tema cfr. pure TULLINI, *La responsabilità civile per esposizione lavorativa all'amianto: obbligo di sicurezza, limiti dell'esonero assicurativo e risarcibilità del danno*, in RDSS, 2016, p. 56 ss.

rigetta l'impugnazione proposta avverso la pronuncia del Tribunale, sulla base dell'assunto giusta il quale – incontestata l'origine professionale della patologia tumorale – non era stato, tuttavia, dimostrato che gli ambienti di lavoro, frequentati dal defunto, richiedessero l'adozione di particolare cautele a causa della polvere presente. Pertanto, difettando la prova dell'elemento soggettivo della colpa in relazione alla condotta omissiva ascritta al datore di lavoro, non poteva ritenersi fondata la responsabilità di quest'ultimo.

Due sono, sostanzialmente, le argomentazioni attorno alle quali ruotano i motivi del ricorso per Cassazione – esaminati congiuntamente dalla Suprema Corte proprio in ragione dell'identità delle questioni ad essi sottese, pur riguardate di volta in volta da angolazioni diverse – e che si appuntano sugli stessi profili accolti da certa giurisprudenza di merito sintonica con la decisione impugnata<sup>6</sup>.

Da un lato, si contesta l'affermazione, ivi contenuta e ricorrente nelle difese di parte datoriale sia in sede civile che penale<sup>7</sup>, relativa all'ignoranza circa la pericolosità dell'amianto al tempo in cui il lavoratore ne aveva inalato le fibre. Dall'altro, e in stretta connessione, si nega la fondatezza dell'argomento che fa perno sull'inutilità delle misure di protezione al fine di prevenire il rischio di contrarre il mesotelioma, sul presupposto che l'unica precauzione efficace sarebbe stata la cessata utilizzazione dell'asbesto.

Avversando tali asserzioni, i ricorrenti osservano, invece, come soprattutto l'art. 21 d.P.R. 19 marzo 1956 n. 303, letto in combinato disposto con l'art. 2087 cod. civ., deponga in senso contrario, in virtù della sua ampia formulazione, funzionale a garantire la più estesa tutela al bene salute e tale da imporre la maggiore riduzione possibile dell'esposizione a “polveri di qualunque specie”, secondo i mezzi conosciuti all'epoca dei fatti.

<sup>6</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, App. Milano 9 gennaio 2003 e App. Genova 31 ottobre 2002, entrambe in *Dejure*; Trib. Genova 5 aprile 2004, in *GL*, 2004, n. 36, p. 37; Trib. Milano 13 febbraio 2004 e App. Trieste 13 gennaio 2006, ambedue in VINCIERI, *Rassegna della giurisprudenza (di legittimità e di merito)*, in MONTUSCHI, INSOLERA (a cura di), *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, Bononia University Press, 2006, p. 131.

<sup>7</sup> Cfr. RIVERSO, *L'amianto negato ed impunito per i lavoratori morti per mesotelioma: ovvero quando le fibre non sono polveri*, in *LG*, 2006, p. 418; ID., *La tutela del lavoratore esposto all'amianto sul piano previdenziale, civile e penale: un confronto*, in MONTUSCHI, INSOLERA (a cura di), *op. cit.*, p. 83.

3. *I principi affermati dalla Suprema Corte quale conferma di orientamenti consolidati nella giurisprudenza di legittimità in tema di amianto*

La Suprema Corte, decidendo di cassare la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'Appello di Genova in diversa composizione, ribadisce principi ormai consolidati nella sua giurisprudenza.

Innanzitutto, relativamente al primo profilo, allineandosi, in questa come in altre pronunce<sup>8</sup>, a quanto sostenuto dalla Cassazione penale<sup>9</sup>, nega ogni rilievo all'ignoranza circa la pericolosità dell'amianto all'epoca dell'avvenuta esposizione ad esso. E ciò fa recuperando il lungo *excursus* storico, che inizia addirittura dal 1909, tracciato da sentenze precedenti per evidenziare le tappe che segnalano la progressiva presa di coscienza, da parte dell'ordinamento, della nocività delle fibre d'asbesto. L'esito appare necessitato: l'imperizia, alla quale va ascritto anche il mancato possesso delle dovute conoscenze tecnico-scientifiche, costituisce uno dei parametri cui commisurare la colpa, non potendo, quindi, fungere da esimente della responsabilità datoriale. Insomma, il datore non può invocare la propria personale ignoranza, dovendo semmai dimostrare – ma l'eventualità appare remota – “che la sua carenza conoscitiva era (all'epoca) comune a tutti gli imprenditori del settore, corrispondeva cioè a un dato di esperienza condiviso in quel determinato frangente storico e in quel settore produttivo”<sup>10</sup>.

Continua così a rimanere minoritario l'indirizzo della Cassazione che ha ritenuto congrua la motivazione della sentenza d'appello, giusta la quale la violazione dell'art. 2087 cod. civ., risalente ad un arco di tempo in cui il

<sup>8</sup> Cfr., *ex multis*, con riguardo anche a patologie diverse dal mesotelioma pleurico, Cass. 15 luglio 2014 n. 16149; Cass. 27 giugno 2014 n. 14614; Cass. 14 maggio 2014 n. 10425; Cass. 24 gennaio 2014 n. 1477; Cass. 5 agosto 2013 n. 18626; Cass. 9 ottobre 2012 n. 17172; Cass. 8 ottobre 2012 n. 17092; Cass. 3 agosto 2012 n. 13956; Cass. 30 maggio 2012 n. 8655; Cass. 29 marzo 2012 n. 5086; Cass. 16 febbraio 2012 n. 2251; Cass. 11 luglio 2011 n. 15156; Cass. 21 aprile 2011 n. 9238; Cass. 1 febbraio 2008 n. 2491; Cass. 30 giugno 2005 n. 14010; Cass. 14 gennaio 2005 n. 644; Cass. 23 maggio 2003 n. 8204; Cass. 9 maggio 1998 n. 4712, tutte in <http://olympus.uniurb.it>; nella giurisprudenza di merito, per tutti, Trib. Bergamo 28 giugno 2012 e App. Venezia 27 maggio 2011 n. 229, *ibidem*.

<sup>9</sup> Sui percorsi della Cassazione penale su tale specifico punto, DEIDDA, *Causalità e colpa nella responsabilità penale nei reati di infortunio e malattia professionale*, in *WPO*, 2013, n. 19, pp. 7-8 e RIVERSO, *L'amianto negato*, cit., p. 418 ss.

<sup>10</sup> MONTUSCHI, *Il rischio amianto: quale tutela? Introduzione al dialogo*, in MONTUSCHI, IN-SOLERA (a cura di), *op. cit.*, p. 18.

nesso causale tra amianto e mesotelioma non era accertato, non sarebbe in grado di fondare la responsabilità datoriale, perché le cautele imposte sarebbero state finalizzate alla prevenzione solo dell'asbestosi e non avrebbero impedito l'insorgere della diversa patologia, in quanto malattia dose-indipendente<sup>11</sup>.

Peraltro, proprio la questione concernente l'efficacia impeditiva, rispetto alla contrazione del mesotelioma, delle misure da adottare – che incide sulla sussistenza del nesso causale e sulla configurabilità dell'elemento soggettivo della colpa<sup>12</sup> – resta in ombra nella pronuncia in commento. Il motivo sembra desumersi da un passaggio della stessa: “quel che rileva è...il mancato assolvimento della...prova liberatoria da parte della datrice di lavoro, trattandosi di responsabilità contrattuale per omessa adozione, ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., delle opportune misure di prevenzione atte a preservare l'integrità psico-fisica del lavoratore”. In altri termini, come affermato in una precedente sentenza che richiama le stesse previsioni considerate nel percorso argomentativo in esame, ossia l'art. 2087 cod. civ. e le disposizioni del d.P.R. 303/56, “pure in assenza di norme specifiche per il trattamento dei materiali contenenti amianto..., era tuttavia imposta l'adozione di misure idonee a ridurre il rischio di esposizione dei lavoratori alle polveri, in virtù del d.P.R. n. 303 del 1956, art. 21: facente obbligo al datore, nei lavori normalmente fonte di polveri di qualunque specie, di adottare provvedimenti atti ad impedirne o a ridurne la diffusione nell'ambiente di lavoro (comma 1) e, in caso di impossibilità di sostituzione del materiale di lavoro polveroso, di adot-

<sup>11</sup> Così Cass. 23 settembre 2010 n. 20142, in <http://olympus.uniurb.it>, su cui vedi le considerazioni di ACCONCIA, *Amianto e mesotelioma pleurico: riflessioni sulla giurisprudenza di Cassazione verso un nuovo assetto delle tutele assicurative e sociali*, in *RIML*, 2013, pp. 287-288; in tema cfr. pure RIVERSO, *L'amianto negato*, cit., p. 414 ss., che però appunta le proprie critiche su Cass. 11 aprile 2005 n. 7362, in <http://olympus.uniurb.it>, e su App. Genova 31 ottobre 2002 (v. *supra*, nt. 6), da essa confermata; sull'intenso dibattito scientifico circa l'eziopatogenesi del mesotelioma, che incide sulla sua qualificazione come malattia dose-correlata o dose-indipendente, e su ciò che ne consegue sul piano delle responsabilità, cfr., *ex multis*, ALBERICO, *La colpa, il principio di precauzione, la giurisprudenza in tema di amianto*, in *SI*, 2015, p. 677 ss.; CIMMAROTTA, *Il rischio-amianto: prevenzione e responsabilità*, in NATULLO (a cura di), *Salute e sicurezza sul lavoro*, Utet, 2015, p. 952 ss.; DEIDDA, *op. cit.*, p. 4 ss.; MERLER, *L'associazione causale tra esposizione ad amianto e mesotelioma: la ricostruzione della dose di esposizione, la relazione dose-risposta, la necessità di non travisare, strumentalmente, le conoscenze scientifiche*, in MONTUSCHI, INSOLERA (a cura di), *op. cit.*, p. 97 ss.

<sup>12</sup> In generale, sulla considerazione di entrambi i profili nella più recente giurisprudenza del lavoro cfr. TULLINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 46 ss.

tare procedimenti lavorativi in apparecchi chiusi o muniti di sistemi di aspirazione e raccolta delle polveri per impedirne la dispersione (comma 3); ed ancora, quando inattuabili tali misure tecniche di prevenzione e possibile per la natura del materiale polveroso, di provvedere all'inumidimento del materiale (comma 4); infine, qualunque sistema adottato per la raccolta e l'eliminazione delle polveri, di impedire che esse possano rientrare nell'ambiente di lavoro (comma 5). Ed è stato accertato che nessuna di tali misure sia stata adottata...<sup>13</sup>. Insomma, anche con riferimento al mesotelioma, s'imponeva l'abbattimento, o la riduzione fino al limite del possibile, di ogni tipo di polveri. Ciò in linea con quella giurisprudenza penale secondo cui, pur in assenza di certezze scientifiche sulla dose sufficiente a scatenarne l'insorgenza, il rischio di contrarre tale patologia sarebbe proporzionale al tempo e all'intensità dell'esposizione, sicché l'ignoranza dell'agente circa la sua possibile comparsa appare irrilevante a fronte dell'omissione di cautele che, in base alle conoscenze dell'epoca, sarebbero state comunque doverose per prevenire lesioni del bene salute, potendo incidere positivamente anche solo sul periodo di latenza<sup>14</sup>. In definitiva, "la mancata eliminazione o riduzione della fonte di rischio basta a qualificare come 'prevedibile' l'insorgenza della malattia professionale"<sup>15</sup>.

Difficile non cogliere – e non comprendere, sol che si pensi alla portata della tragedia legata all'uso dell'amianto – la "forte tensione etica"<sup>16</sup> che anima questa giurisprudenza, tesa ad affermare in maniera rigorosa la responsabilità datoriale, peraltro spesso a fronte di conclamate violazioni dell'obbligo di sicurezza. Del resto, il fatto che, nel solco delle sentenze precedenti, la pronuncia abbia cura di precisare come l'adempimento di tale obbligo vada valutato tenendo conto della concreta realtà aziendale, e della

<sup>13</sup> Cass. 27 giugno 2014 n. 14614, cit.; conformi Cass. 9 ottobre 2012 n. 17172, cit. e Cass. 8 ottobre 2012 n. 17092, cit.: "la sentenza impugnata... nel respingere la tesi... secondo cui 'nessuna delle possibili precauzioni che erano previste all'epoca della presunta insorgenza della patologia avrebbe potuto rivelarsi efficace contro le inalazioni da microfibre di asbesto', ha rilevato che 'era sempre e comunque esigibile... la predisposizione di tutte quelle misure di prevenzione non adottate nel caso di specie'; analogamente, ma in casi di fibrosi polmonare e placche pleuriche, Cass. 24 gennaio 2014 n. 1477, cit. e Cass. 15 luglio 2014 n. 16149, cit.

<sup>14</sup> Da ultimo, Cass. Pen. 24 agosto 2015 n. 35341, in <http://olympus.uniurb.it>; cfr. pure DEIDDA, *op. cit.*, pp. 9-10; peraltro, sulla discussa eziopatogenesi del mesotelioma v. *supra*, nt. II.

<sup>15</sup> TULLINI, *Giurisprudenza penale e del lavoro. Introduzione*, in MONTUSCHI, INSOLERA (a cura di), *op. cit.*, p. 122.

<sup>16</sup> MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 14.

maggiore, o minore, possibilità d'indagare l'esistenza di fattori di rischio in un dato momento storico, conferma la volontà della Cassazione di contestualizzare detto adempimento alla luce del singolo caso, senza imputare al datore la mancata predisposizione di misure inesistenti o più evolute di quelle disponibili in una determinata epoca<sup>17</sup>. Nondimeno, poiché far derivare in modo automatico la responsabilità datoriale dall'omessa attuazione delle misure imposte dal d.P.R. 303/56, senza averne verificato l'idoneità a prevenire la patologia considerata, può equivalere a sanzionare in modo aprioristico comportamenti d'incerta rilevanza causale<sup>18</sup>, si avverte l'assenza, nella pronuncia in commento, di un'analisi più approfondita sul punto (foss'anche per pervenire alla stessa conclusione<sup>19</sup>).

#### 4. (Segue) *Il ruolo dell'art. 2087 cod. civ. come norma di chiusura del sistema*

La sentenza annotata attesta altresì il ruolo di primo piano che l'art. 2087 cod. civ. continua a conservare nei percorsi logico-giuridici seguiti dalla giurisprudenza.

Com'è noto, infatti, il suo carattere di “norma generale”<sup>20</sup> – evidenziato dalla felice formulazione, che richiama i parametri della “particolarità del lavoro”, dell’“esperienza” e della “tecnica”, alla cui stregua commisurare l'ampiezza dell'obbligo datoriale di sicurezza – rende la disposizione particolarmente idonea a svolgere una funzione al contempo di apertura, integrazione e chiusura dell'ordinamento: “in sostanza, la norma ‘apre’ il sistema legislativo di tutela delle condizioni di lavoro, che si articola nel ponderoso *corpus* delle norme tecniche, ed allo stesso tempo lo integra e lo chiude, nell'ipotesi in cui, pur non sussistendo obblighi legislativi prevenzionali specifici,

<sup>17</sup> Cfr. TULLINI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 49–50.

<sup>18</sup> Cfr. MONTUSCHI, *op. cit.*, p. 15.

<sup>19</sup> Cfr., con specifico riguardo ai mezzi personali di protezione, Cass. 12 agosto 2009 n. 18246, in <http://olympus.uniurb.it>: “...non è determinante ai fini della decisione il dato relativo alla mancata fornitura al lavoratore delle mascherine, omissione ammessa dalla società ricorrente che esclude però la idoneità di tale strumento a filtrare l'amianto. In presenza di un qualificato rapporto di probabilità nel determinismo causale della malattia, la circostanza che siano stati forniti o meno strumenti di così ridotta incidenza protettiva...è elemento ininfluenza ai fini della valutazione della responsabilità”.

<sup>20</sup> Per tutti e da ultimo, con ampie argomentazioni, ALBI, *Sicurezza sul lavoro e sistema civile* (art. 2087 c.c.), in NATULLO (a cura di), *op. cit.*, p. 149 ss.

si accerti comunque l'esistenza di rischi e la possibilità, secondo le conoscenze tecniche del tempo, di apprestare delle misure di prevenzione"<sup>21</sup>.

Lo conferma l'opera d'interpretazione evolutiva compiuta dalla giurisprudenza, che ha consentito di colmare le lacune presenti nel quadro regolativo, così da sanzionare – sulla base della norma codicistica – fenomeni non oggetto di specifica disciplina, come nel caso del mobbing<sup>22</sup>. E lo dimostrano le decisioni, quale quella in esame, con cui è stata affermata la responsabilità datoriale per i danni subiti dal lavoratore (anche se non dipendente<sup>23</sup>) esposto ad amianto.

In effetti, a consentire alla pronuncia in commento di pervenire alle conclusioni ricordate è per l'appunto il richiamo all'art. 2087 cod. civ., in qualità di norma di chiusura<sup>24</sup> alla luce della quale leggere anche l'ormai abrogato d.P.R. 303/56, nelle parti in cui disciplina(va) il dovere datoriale di evitare il contatto dei lavoratori con polveri nocive, tenendo conto della loro natura e concentrazione nell'atmosfera<sup>25</sup>. In virtù del combinato disposto degli artt. 2087 e 1218 cod. civ., il datore è così gravato di un onere probatorio che avrebbe dovuto essere assolto nel senso di dimostrare il compimento di tutto quanto possibile per evitare il danno, stante l'irrelevanza dello svolgimento del rapporto di lavoro in epoca anteriore all'introduzione di specifiche disposizioni per il trattamento dei materiali contenenti amianto<sup>26</sup>. La mancata

<sup>21</sup> NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima Sicurezza possibile alla Massima Sicurezza effettivamente applicata?*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 13.

<sup>22</sup> Volendo, LAZZARI, *Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo*, in *RGL*, 2001, p. 59 ss.; in generale, per una panoramica sulle più recenti applicazioni giurisprudenziali dell'art. 2087 cod. civ., cfr. NATULLO, *op. cit.*, p. 13 ss.; TIMELLINI, *Il contenuto dell'obbligo di sicurezza alla luce del D.Lgs. n. 81 del 2008*, in BASENGHI, GOLZIO, ZINI (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e le nuove sanzioni*, Ipsos, 2008, p. 98 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. 24 marzo 2016 n. 5893, in <http://olympus.uniurb.it> e Cass. 8 ottobre 2012 n. 17092, cit., sempre in tema di amianto; in generale, sulla forza espansiva dell'art. 2087 cod. civ. al di là dei confini della subordinazione ci si permette di rinviare a LAZZARI, *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, Franco Angeli, 2015, spec. p. 81 ss., ed ivi per ulteriori riferimenti sulla questione.

<sup>24</sup> Cfr. Cass. 24 gennaio 2014 n. 1477, cit.; Cass. 8 ottobre 2012 n. 17092, cit.; Cass. 3 agosto 2012 n. 13956, cit.; Cass. 11 luglio 2011 n. 15156, cit.

<sup>25</sup> Come osserva ALBI, *op. cit.*, pp. 153-154, "quello fra norma generale e norme speciali è... un sistema circolare: la norma generale imprime una particolare direzione alle norme speciali offrendone un criterio imprescindibile di inquadramento; le norme speciali arricchiscono di una serie di specificazioni l'obbligo di sicurezza, specificazioni che rinvigoriscono la portata prevenzionale dell'obbligo e ne proiettano l'essenza in una pluralità di contesti...".

<sup>26</sup> Per tutte, Cass. 10 dicembre 2014 n. 26037, in <http://olympus.uniurb.it>.

prova liberatoria – che, nel caso di misure di sicurezza “innominate”, cioè ricavate dall’art. 2087 cod. civ., la giurisprudenza collega al grado di diligenza ritenuta esigibile, e traduce nella dimostrazione dell’avvenuta adozione di comportamenti specifici, suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche o dagli standard di sicurezza normalmente osservati<sup>27</sup> – fonda, in tal modo, la sua responsabilità. I due indici dell’“esperienza” e della “tecnica” sono, infatti, interpretati dalle pronunce intervenute in materia, cui la sentenza in esame si conforma, nel senso che la responsabilità *ex art.* 2087 cod. civ. “non è circoscritta alla violazione di regole d’esperienza o di regole tecniche preesistenti e collaudate, sanzionando anche, alla luce delle garanzie costituzionali... , l’omessa predisposizione di tutte le misure e cautele atte a preservare l’integrità psicofisica del lavoratore”<sup>28</sup>.

Da un lato, dunque, la Suprema Corte ribadisce il consolidato orientamento giusta il quale, pur in assenza di specifiche indicazioni normative di prevenzione, permane il dovere di adottare le generiche misure di prudenza e le cautele necessarie a tutelare il prestatore, costituendo la disposizione codicistica il canone ermeneutico ultimo alla cui stregua valutare il corretto adempimento dell’obbligo di sicurezza datoriale. Non sembra, pertanto, lontano dal vero affermare che, proprio in ragione dell’interpretazione giurisprudenziale, l’art. 2087 cod. civ. diviene “veicolo d’ingresso nel nostro ordinamento di un principio di precauzione temperato, nella misura in cui impone al datore di lavoro, ove vi sia rischio potenziale, di adottare misure idonee, senza poter invocare a proprio beneficio l’assenza di certezza scientifica sugli effetti negativi”<sup>29</sup>.

Dall’altro lato, l’ormai altrettanto consolidata (anche in giurisprudenza) qualificazione, in termini contrattuali, di tale responsabilità<sup>30</sup>, affermata nella sentenza annotata, certifica che la rilevanza pubblicistica dell’obbligo di sicurezza – la quale si traduce nel presidio penale garantito alle norme di preven-

<sup>27</sup> Invece, nel caso di misure cd. “nominate”, ossia specificamente definite dalla legge o da altra fonte vincolante, tale prova “si esaurisce nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore, ossia nel riscontro dell’insussistenza dell’inadempimento e del nesso eziologico tra quest’ultimo e il danno”: Cass. 15 luglio 2014 n. 16149, cit.; Cass. 2 luglio 2014 n. 15082, in <http://olympus.uniurb.it> e, sempre in tema di malattie professionali, Cass. 20 aprile 2016 n. 7840, *ibidem*.

<sup>28</sup> Così, per tutte, Cass. 24 gennaio 2014 n. 1477, cit.

<sup>29</sup> VISCOMI, *Amianto: precauzione, prevenzione e responsabilità*, in MONTUSCHI, INSOLERA (a cura di), *op. cit.*, p. 50.

<sup>30</sup> Per un riepilogo del dibattito dottrinale, e dei percorsi giurisprudenziali, sul tema, cfr. NATULLO, *Sicurezza del lavoro*, in *ED, Annali*, IV, 2011, pp. 1079-1080.

zione<sup>31</sup> – non oscura gli effetti spiegati dall’art. 2087 cod. civ. sul piano negoziale, risultando la disposizione, per il tramite del meccanismo d’integrazione degli effetti del contratto di cui all’art. 1374 cod. civ.<sup>32</sup>, “regola fondativa del dovere di sicurezza all’interno della relazione obbligatoria”<sup>33</sup>. Con tutto ciò che ne consegue, ad esempio, in tema di legittimità dei comportamenti di autotutela del prestatore, *sub specie* di eccezione d’inadempimento formulata a fronte della ritenuta violazione dell’obbligo in questione<sup>34</sup>; o – lo si accennava poc’anzi – di ripartizione dell’onere probatorio, incombendo sul lavoratore la prova dell’esistenza del danno e della nocività dell’ambiente di lavoro, nonché del nesso tra l’uno e l’altro, e gravando sul datore quella di aver fatto tutto il possibile per evitarlo<sup>35</sup>. Con la precisazione, peraltro, che l’onere di dimostrare detta nocività – che molte perplessità aveva sollevato<sup>36</sup> – non si concretizza nell’allegazione dettagliata delle cautele necessarie e omesse, risultando sufficiente quella relativa alla presenza del fattore nocivo, ossia l’amianto<sup>37</sup>.

Anche la pronuncia in esame si allinea così alla massima ricorrente secondo cui l’art. 2087 cod. civ. non configura un’ipotesi di responsabilità oggettiva. In effetti, la Cassazione è sempre molto attenta a rimarcare come dal dovere di prevenzione imposto dalla norma codicistica “non possa desumersi la prescrizione di un obbligo assoluto di rispettare ogni cautela possibile e innominata diretta ad evitare qualsiasi danno, con la conseguenza di ritenere

<sup>31</sup> In generale, classicamente, SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, 1974, spec. p. 149 ss.

<sup>32</sup> Per tutti, SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell’imprenditore*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971, II, p. 451 ss.

<sup>33</sup> MONTUSCHI, *Dai principi al sistema della sicurezza sul lavoro*, in ZOLI (a cura di), *Principi comuni, La nuova sicurezza sul lavoro*, cit., I, p. 9; sulla natura contrattuale dell’obbligo *de quo*, cfr. altresì ID., *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1986, III ed., e ALBI, *Adempimento dell’obbligo di sicurezza e tutela della persona. Art. 2087*, in SCHLESINGER, BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2008, p. 125 ss.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. 7 febbraio 2013 n. 2943; Cass. 22 gennaio 2013 n. 1478; Cass. 5 novembre 2012 n. 18921, tutte in <http://olympus.uniurb.it>, a proposito del diritto di rifiutare la prestazione di lavoro proprio in casi di esposizione ad amianto.

<sup>35</sup> Di recente, e ancora in tema di amianto, Cass. 27 giugno 2014 n. 14614, cit.; Cass. 24 gennaio 2014 n. 1477, cit.; Cass. 8 ottobre 2012 n. 17092, cit.

<sup>36</sup> Cfr. RIVERSO, *L’amianto negato*, cit., pp. 416-417.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. 3 agosto 2012, n. 13956, cit.: “la Corte d’Appello erra nel ritenere che la prova in merito fosse a carico del lavoratore e degli eredi, e che, di conseguenza, il Tribunale correttamente aveva risolto a svantaggio di questi ultimi l’incertezza in merito, sul presupposto non corretto, per le ragioni sopra esposte, che è il lavoratore a dover provare, *tout court*, l’omissione delle misure di sicurezza” e TULLINI, *La responsabilità civile*, cit., pp. 47-48.

la responsabilità del datore di lavoro ogni volta che un danno si sia comunque verificato, occorrendo invece che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa", per l'inosservanza di condotte previste dalla legge o suggerite dalla tecnica, ma in ogni caso concretamente individuate<sup>38</sup>. Nondimeno, il dubbio che "si tratt(i) ormai di una difesa d'ufficio"<sup>39</sup> resta, perché essere tenuti a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno significa, in ultima analisi, trovarsi gravati di un obbligo di diligenza dal contenuto amplissimo (che rischia di avere anche confini incerti, dovendosi valutare se le odierne acquisizioni scientifiche e tecniche in materia di amianto potessero dirsi tali al tempo dell'avvenuta esposizione o potessero dirsi patrimonio d'esperienza condiviso nei contesti produttivi di riferimento). Insomma, la prova liberatoria risulta difficile, se non impraticabile, specie quando il lavoratore, o gli eredi, abbiano dimostrato una lunga esposizione alle fibre d'asbesto non protetta dalle misure, pur modeste, disponibili all'epoca<sup>40</sup>. Al di là di ogni considerazione, che qui non è possibile approfondire, sulla ricerca di paradigmi di riferimento "altri" allorché si parli di responsabilità per rischi da "ignoto tecnologico"<sup>41</sup>, pare comunque difficile negare che, nella vicenda giurisprudenziale dell'amianto, il complesso intreccio fra regole civilistiche e valori costituzionali in gioco spinga i fondamenti teorici della responsabilità contrattuale del datore di lavoro al punto di massima tensione<sup>42</sup>.

### Key words

Salute e sicurezza sul lavoro, amianto, responsabilità del datore di lavoro, risarcimento del danno, art. 2087 cod. civ., onere della prova.

Health and safety at work, asbestos, employer's liability, compensation for damage, art. 2087 civil code, burden of proof.

<sup>38</sup> Per tutte, Cass. 15 luglio 2014, n. 16149, cit.

<sup>39</sup> TULLINI, *A rischio amianto?*, in *RIDL*, 2007, I, p. 465.

<sup>40</sup> Cfr. MONTUSCHI, *Il rischio amianto*, cit., p. 19.

<sup>41</sup> Cfr. TULLINI, *A rischio amianto?*, cit., p. 463 ss.

<sup>42</sup> Non a caso, TULLINI, *La responsabilità civile*, cit., p. 45, parla di "un sotto-sistema 'specializzato' della responsabilità civile che presenta rilevanti peculiarità rispetto al modello comune, perché più attento alle compatibilità costituzionali e al dialogo con i principi fondamentali di tutela della persona anziché ai vincoli posti dalla disciplina codicistica".

**Carmine Russo**

**Aspettando Godot?**

**Nuovi comparti e aree dirigenziali**

**in attesa del rinnovo contrattuale 2016-2018**

**Sommario:** **1.** L'antefatto. **2.** Il nuovo contesto. **3.** Il contenuto del contratto quadro. **4.** (*Segue*) I comparti e le aree dirigenziali (artt. 2-7, 12). **5.** (*Segue*) L'articolazione interna dei contratti nazionali (art. 8). **6.** (*Segue*) Rappresentatività e ammissione alla contrattazione (artt. 9-11).

### *1. L'antefatto*

Il contratto collettivo nazionale quadro 13/09/2016 ha definito numero e composizione dei comparti e delle aree dirigenziali di contrattazione collettiva nazionale per il triennio 2016-2018 e rappresenta l'avvio ufficiale di una stagione contrattuale dopo il blocco istituito con d.l. 31 maggio 2010 n. 78.

Questa funzione cui assolve non è rilevante tanto perché è naturale che ad ogni rinnovo si sia proceduto a definire in un accordo gli ambiti per i quali si negozieranno i contratti collettivi nazionali del pubblico impiego contrattualizzato, quanto perché esso è il segno concreto e visibile che qualcosa si è mosso da quel 2010, tanto da indurre le parti ad adempiere ad un obbligo di legge che era stato previsto fin dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, ma che non era stato finora onorato proprio in ragione del fatto che era stato ritenuto superfluo in presenza di un blocco del contratto nazionale.

Le ragioni di questo rinvio, in verità, derivavano anche dagli effetti diretti che la riduzione del numero dei comparti e delle aree dirigenziali di contrattazione collettiva avrebbe avuto sulla rappresentatività delle organiz-

zazioni sindacali, in ragione del più esteso ambito entro cui misurarla; come anche da quelli indiretti che ciò avrebbe determinato sul riconoscimento delle prerogative sindacali (che sono attribuite, come si sa, alle sole organizzazioni rappresentative), ma anche presumibilmente sulla sorte associativa che organizzazioni non più rappresentative avrebbero potuto vivere.

Come si sa, la riduzione del numero dei comparti faceva parte di quel pacchetto “Brunetta-Tremonti” che alla prima proclamazione della crisi finanziaria era intervenuto sul testo del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 accentuando, per quanto qui interessa, le procedure di controllo ad entrambi i livelli del modello di relazioni sindacali e, nella prospettiva della riduzione dei centri di costo, prevedendo non solo la riduzione di comparti ed aree ma anche la individuazione del numero massimo cui la contrattazione collettiva avrebbe dovuto attenersi.

Pur all’interno di un modello di relazioni sindacali fortemente proceduralizzato dalla legge, come quello che fin dalla riforma del 1993 caratterizza il settore del lavoro pubblico, l’intervento del d.lgs. 150/2009 ha un carattere di ingerenza superiore a quello precedente in quanto pone precisi paletti alla contrattazione collettiva chiedendole peraltro di farsi carico anche dell’ampliamento operato in precedenza dalla stessa legge: nel 1999 con la istituzione del comparto AFAM (scorporato dal comparto Scuola dalla legge 21 dicembre 1999 n. 508), del comparto Agenzie fiscali (scorporato dal comparto Ministeri dal d.lgs. 30 luglio 1999 n. 300), del comparto Presidenza del Consiglio dei Ministri dal d.lgs. 30 luglio 1999 (anch’esso scorporato dal comparto Ministeri), ma caso isolato rispetto ai precedenti, confermato anche dal d.lgs. 150/2009.

In altri termini, il decreto Brunetta, emendando contrattazione e legge, di fatto individua un limite numerico massimo senza fornire criteri attraverso la cui applicazione procedere alla riduzione e, come vedremo anche questo problema entrerà a far parte del confronto e del testo del ccnq del 2016.

Che questa decisione avrebbe avuto conseguenze dirette sui soggetti di rappresentanza e sulla loro rappresentatività era ovviamente chiaro fin dall’emanazione della nuova disciplina; soprattutto per quanto riguardava il calcolo del dato elettorale che proprio in quell’anno era stato rilevato con le elezioni delle Rsu.

Nell’esigenza di contemperare il futuro assetto con un dato da poco acquisito in un ambito di rilevazione successivamente mutato e nella ottimistica prospettiva di poter pervenire rapidamente ad un nuovo assetto dei comparti

che avrebbe consentito l'apertura della stagione contrattuale 2010-2012, l'art. 65, co. 3 dello stesso d.lgs. 150/2009 aveva "congelato legittimamente ed eccezionalmente gli organismi di rappresentanza" – come si sarebbe espresso il Parere del Consiglio di Stato (sez. I, 3 febbraio 2011n. 551) – e consentito una tantum all'Aran di avviare le trattative con le organizzazioni sindacali e le confederazioni da tale calcolo risultanti rappresentative.

Un tiro parzialmente corretto di lì a poco dal d.l. 30 dicembre 2009 n. 194 che, ancora nella speranza di un rinnovo contrattuale imminente, consentiva che nonostante i nuovi comparti (ancora da definire, in verità) fossero utilizzati i dati sulla rappresentatività relativi al biennio 2008-2009 (relativi quindi ai comparti e alle aree da superare).

È del tutto evidente che in queste soluzioni parziali adottate dal legislatore un ruolo decisivo lo giocava anche il clima di contrapposizione che in quegli anni caratterizzava i rapporti tra le principali confederazioni sulla convenienza (Cgil) o meno (Cisl e Uil) a ricorrere immediatamente ad una nuova misurazione della rappresentatività; come anche un peso importante, in vista di possibili elezioni delle Rsu da ripetere proprio in quel clima, lo aveva l'atteggiamento da ognuna di esse assunto nei confronti della nuova legge Brunetta.

In altre parole, preoccupazioni elettorali, diverso ambito di misurazione del dato soprattutto elettivo, clima di contrapposizione e diversa posizione nei confronti del governo furono tutti fattori che di fatto non fecero maturare una condizione di praticabilità del ccnq sui nuovi comparti.

Tanto che il blocco della contrattazione sancito dal d.l. 78/2010 consentì di rinviare una decisione spinosa e sta di fatto che, visto che non ce ne era bisogno in tempi brevi (ma certo nessuno pensava così a lungo), si decise di aspettare i tempi propizi di un rinnovo contrattuale possibile per mettere mano a una materia così delicata per i soggetti e le forme di rappresentanza.

Ma non fino al punto da rinviare per lo stesso tempo anche il rinnovo delle Rsu perché – come ebbe ad esprimersi il citato parere del Consiglio di Stato – che pure aveva aiutato un'interpretazione dilatoria della legge – "la norma dell'art. 65, comma 3 non ha in alcun modo espressamente sancito una sospensione *sine die* o termine *incertus an e quando* (perché legato all'incerto momento di definizione del ccnq) del diritto elettorale dei lavoratori inerente le rappresentanze sindacali del pubblico impiego".

## 2. *Il nuovo contesto*

Il riavvio dei rinnovi contrattuali conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità del protrarsi eccessivo del blocco, seppure con le cautele elencate nella sentenza della Corte Costituzionale 23 luglio 2015 n. 178 e il seppur limitato stanziamento di risorse contenuto nella legge di stabilità 2016 hanno riattualizzato l'esigenza della rideterminazione dei comparti e delle aree dirigenziali, in una situazione, peraltro, non lontana da quella che si era presentata nel 2009-2010; anche in questa occasione, infatti, si è proceduto da poco alle elezioni delle Rsu – in omaggio peraltro all'indicazione contenuta nel parere del Consiglio di Stato – sulla base degli ambiti contrattuali precedenti alle modifiche del d.lgs. 150/2009 e, inoltre nessuna organizzazione sindacale ha ritenuto di procedere nel frattempo a riassetti associativi che la preparassero alla nuova misurazione della rappresentatività.

Un elemento di novità è invece rappresentato dalla legge delega 7 agosto 2015 n. 124 che tra i criteri di delega di riforma della dirigenza ha previsto una aggregazione della dirigenza pubblica in ruoli tra i quali spiccano, per maggiore caratterizzazione professionale, quelli della sanità e della scuola. Inoltre, sulla stessa scia di omogeneizzazione delle discipline di comparto si pone tutta la legislazione degli ultimi anni che, anche con l'intento di favorire la mobilità conseguente a nuovi riassetti delle amministrazioni, con sempre maggiore decisione procede ad evidenziare le omogeneità amministrative dei rapporti di lavoro e a attenuare quelle specifiche di provenienza (come nei casi delle tabelle di equiparazione, della normativa sulla mobilità, del tentativo poi non riuscito di provvedere con contratto quadro all'omogeneizzazione degli istituti di tutela sociale del rapporto di lavoro).

L'attenzione all'omogeneizzazione, insomma, caratterizza la legislazione dell'ultimo governo e questo obiettivo si aggiunge in posizione non contraddittoria a quello, ugualmente sentito ancora, del controllo della spesa.

Tutti gli elementi del nuovo contesto, si ricavano chiaramente dal contenuto dell'Atto di indirizzo inviato dal Ministro Madia all'Aran il 12 febbraio 2016 per l'avvio del "tavolo" sui comparti; ed anzi la sua lettura consente di evidenziare un percorso più travagliato di quello ricavabile dal breve lasso di tempo che intercorre tra data dell'Atto di indirizzo e data di sottoscrizione dell'ipotesi di ccnq.

In una prima fase, ancora informale in quanto avviata fin dall'ottobre in assenza di un Atto di indirizzo, il principale argomento del confronto ri-

guarda il numero dei comparti e delle aree e i criteri da utilizzare per individuarne le amministrazioni componenti. Su questo tema si confrontano due esigenze diverse:

- da parte dell'Aran e del Governo quella di facilitare la via dell'armonizzazione massima delle discipline contrattuali, salvaguardando le sole spiccate professionalità: in questa prospettiva il criterio di riferimento é offerto dai criteri di definizione dei ruoli dirigenziali contenuti nella legge-delega 124/2015 e, di conseguenza il numero di comparti ipotizzati e di tre, con una autonomia solo di scuola e sanità;

- da parte delle organizzazioni sindacali, quella di evitare che una eccessiva aggregazione determini effetti non facilmente gestibili in ambito associativo, visto che anche in molti soggetti affiliati a confederazioni esistono sindacati di comparto con una rappresentatività misurata col voto delle Rsu del marzo 2015: una condizione che non avrebbe inciso negativamente nemmeno sulla rappresentatività delle aree dirigenziali anche se in esse la rappresentatività si ricava dal solo lato associativo. Secondo questa impostazione era opportuno utilizzare il numero massimo di comparti e aree consentito dalla legge e applicando la lettera dell'art. 40, co. 2, del d.lgs. 165/2001 la individuazione delle aree dirigenziali doveva essere consequenziale a quella dei comparti.

Corollari comuni alle due impostazioni sono stati:

- il ruolo eventualmente riconosciuto nel nuovo modello alle organizzazioni sindacali rappresentative nei precedenti comparti, sia in fase negoziale sia in quella di firma dei contratti nazionali;

- le modalità di redistribuzione delle prerogative sindacali in una normativa che le riconosce ai soli sindacati rappresentativi nell'ambito contrattuale nel quale si firma il contratto.

Anche in questo caso si confrontavano due posizioni: da una lato quella che richiedeva un'applicazione senza deroghe della disciplina legislativa con la conseguenza che entrambi i problemi posti non potevano trovare soluzione sul tavolo negoziale, ma dovevano essere risolti in ambito sindacale con regole esclusivamente di natura endosindacale; dall'altro, quella che riteneva che una rigida applicazione della legge avrebbe influito sulla libertà di organizzazione sindacale e che quindi seppure in via transitoria, quei temi potevano legittimamente trovare spazio nel confronto Aran, seppur con soluzioni che non escludevano il ricorso a regole endosindacali.

Si poneva infine l'ulteriore problema di come considerare i comparti istituiti per legge, e cioè se si aggiungessero a quelli da ridefinire con il con-

tratto quadro o dovessero anche essi essere ricompresi tra quelli da aggregare. In realtà, il problema riguardava principalmente il comparto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, rispetto al quale l'orientamento a considerarlo autonomo era condiviso sia da parte dei rappresentanti istituzionali per la rilevanza dell'istituzione stessa, sia da parte di un settore dello schieramento sindacale perché rappresentativi in quel comparto e/o perché solo con la possibilità di sommare quella rappresentatività potevano far valere anche una rappresentatività di confederazione (art. 43, co. 4, d.lgs. 165/2009). Entrambe le posizioni trovavano conforto e sostegno giuridico in quanto quel comparto era confermato dallo stesso d.lgs. 150/2009 che aveva contemporaneamente stabilito la riduzione dei comparti e delle aree.

È conoscendo queste premesse di contesto che si comprende l'anomala procedura per cui è solo al termine di una fase esplorativa, che il Ministro emana il formale atto di indirizzo nel febbraio 2016, anche sulla base di una nota dell'Aran che informa che “dal confronto con le parti sindacali emergono concrete possibilità che la trattativa si concluda in modo positivo”.

L'atto di indirizzo individua cinque punti di orientamento del confronto:

- la istituzione di 4 comparti;
- la salvaguardia dei settori caratterizzati da spiccata specificità;
- l'uniformità delle discipline di comparto con la previsione di sezioni per aspetti del rapporto di lavoro che “anche nel nuovo contesto necessitano di disciplina distinta”;
- il contemperamento nell'individuazione delle aree dirigenziali con i criteri della legge delega, tra cui l'inserimento della dirigenza amministrativa, tecnica e professionale della sanità insieme alla dirigenza regionale e l'inserimento dei segretari comunali e provinciali insieme alla dirigenza delle autonomie locali;
- una disciplina della rappresentatività mirante “a favorire processi di aggregazione e riorganizzazione”.

### 3. *Il contenuto del contratto quadro*

Dal frontespizio dell'ipotesi di contratto quadro si ricavano due informazioni che sia singolarmente che congiuntamente considerate danno il senso della delicatezza dell'equilibrio raggiunto: da un lato il fatto che, no-

nostante la diversa e a volte concorrenziale matrice sindacale, solo una delle 12 confederazioni ammesse abbia ritenuto di non poter apporre la propria firma; dall'altro, una durata della riunione di 16 ore che chi era presente afferma non sia stata un mero omaggio alla ritualità delle trattative sindacali.

Nell'articolato del contratto quadro si ritrovano tutti i temi richiamati nei paragrafi precedenti e i corrispondenti problemi che avevano animato per due volte per molti mesi, a distanza di sei anni, il clima delle relazioni sindacali nel settore del lavoro pubblico. Ed è quindi possibile esaminarne il contenuto procedendo per temi.

#### 4. (Segue) *I comparti e le aree dirigenziali (artt. 2-7, 12)*

Una volta fatta l'opzione di utilizzare per intero l'articolazione numerica massima prevista dall'art. 40, comma 2 e di far derivare dall'individuazione dei comparti quella delle aree dirigenziali, il contratto quadro adotta soluzioni diverse per quanto riguarda i comparti istituiti per legge. In verità la legge aveva adottato modalità diverse nell'istituzione dei tre comparti interessati in quanto:

a) il comparto della Presidenza del Consiglio dei Ministri, viene istituito con d.lgs. 313/1999 e confermato dall'art. 74, co. 3 del d.lgs. 150/2009 (che è la stessa fonte che ha modificato l'art. 40 del 165/2001 riducendo il numero dei comparti e delle aree) che ne fonda l'autonomia sulla base degli artt. 92 e 95 Cost. In questo caso è da ritenere che l'autonomia del comparto sia stata giustamente preservata;

b) il comparto delle Agenzie fiscali è previsto dall'art. 71, co. 1, del d.lgs. 300/1999 che affida alle procedure del d.lgs. 165/2001 la definizione del comparto. In questo caso è da ritenere che la contrattazione collettiva abbia potuto modificare la collocazione autonoma del comparto, valutando la possibilità di salvaguardare la specialità della disciplina o di specifici istituti.

c) il comparto delle Istituzioni di alta formazione è previsto dall'art. 2, co. 6 della legge 508/1999 che prevede un apposito comparto. In questo caso può ritenersi che la legge successiva (d.lgs. 165/2001 come modificato dal 150/2009) abbia potuto derogare a quella precedente; ma non si poteva negare nemmeno l'altra interpretazione per cui la legge generale non avesse potuto derogare a quella speciale. condividendo la prima interpretazione, si sarebbe potuto seguire la strada indicata sub b); condividendo la seconda, quella indicata sub a).

Sul punto, l'art. 2 adotta una soluzione riferita al solo comparto della Presidenza, riconoscendone l'autonomia ma tenendolo fuori dal novero dei comparti che, in caso di soluzione diversa, si sarebbero ridotti per ciò stesso a tre. E si tratta di una soluzione comunque inclusiva testimoniata dalla citazione (non necessaria, vista la istituzione per legge) nel testo dell'accordo: ciò che serve a consentire anche ai sindacati rappresentativi in questo comparto di aggiungere la propria rappresentatività a quella di altro comparto per il riconoscimento della rappresentatività di confederazione, secondo la previsione dell'art. 43, co. 2. Va comunque segnalato che a fine luglio il sindacato UN AUS ha presentato ricorso al Tribunale di Roma contro l'abrogazione contrattuale del comparto AFAM.

Altra operazione trasversale ai comparti operata dal contratto quadro è quella di includere nel loro ambito anche le amministrazioni che con contratto nazionale autonomo erano comunque rappresentate nel momento del rinnovo contrattuale dall'Aran. Si tratta dei cd. "enti *ex art. 70*" del d.lgs. 165/2001 che, peraltro, già una dichiarazione congiunta allegata al contratto quadro sui comparti per il quadriennio 2006-2009 (11 giugno 2007) aveva previsto di ricondurre all'interno dei comparti di contrattazione *ex art. 40* dello stesso decreto.

Una volta individuate le amministrazioni da distribuire nei quattro ambiti contrattuali, il contratto quadro individua i comparti utilizzando il criterio della "funzione" che in due casi è definita sulla base dell'ambito territoriale in cui si esercita (Comparto delle Funzioni centrali, Comparto delle Funzioni locali) e in due casi è definita sulla base della prevalente politica (nel senso di servizio) pubblica da realizzare (Comparto dell'Istruzione e della ricerca, Comparto della Sanità).

Di fatto, almeno sul fronte dei comparti – diverso, come vedremo, è il caso delle aree dirigenziali derivanti – i comparti di Sanità (D) e Funzioni locali (B) mantengono la stessa identità dei comparti preesistenti alla riforma, mentre i comparti (A) delle Funzioni centrali e (C) dell'Istruzione e ricerca risultano essere seppure in grado diverso resi più complessi in quanto in essi vengono compresi i comparti non più "attivi", secondo il seguente schema di aggregazione:

A) Comparto delle funzioni centrali che aggrega i precedenti comparti Ministeri, Agenzie fiscali, enti pubblici non economici e alcuni "enti *ex art. 70*".

C) Comparto dell'Istruzione e della ricerca che aggrega i precedenti comparti Scuola, AFAM, Università, Enti di ricerca e un ente "ex art. 70".

Questa soluzione comporta che sul fronte della rappresentatività e della presenza al tavolo negoziali sarà in questi due comparti che si pongono i più delicati problemi di transitorietà che saranno affrontati dagli artt. 9-11.

Il contratto quadro in esame si caratterizza anche per essere il primo ad affrontare nello stesso testo sia l'individuazione dei comparti che quella delle aree dirigenziali: ambiti che fino alla tornata precedente erano stati definiti con contratti quadro diversi.

Nel rispetto della lettera dell'art. 40, co. 2 del d.lgs. 165/2001 anche la denominazione delle aree dirigenziali ricalca quella dei comparti, ma in questo caso le maggiori complessità riguardano tutti e quattro gli ambiti, in quanto:

A) nell'Area delle Funzioni centrali è ricondotta la precedente area delle agenzie Fiscali che a sua volta aveva già incluso i dirigenti degli Enti pubblici non economici;

B) nell'Area delle Funzioni locali è ricondotta buona parte della precedente Area non medica (ruoli professionale, tecnico e amministrativo) della Sanità, nonché i Segretari comunali e provinciali che in precedenza avevano un contratto a parte non formalmente riconosciuto come dirigenziale. In questa area si realizza a pieno l'indicazione dell'Atto di indirizzo di contemperamento con i criteri di delega di cui alla legge delega 124/2016;

C) nell'Area dell'Istruzione e della ricerca sono ricondotte le precedenti aree Scuola che già includeva i dirigenti AFAM e dell'Università e Ricerca che già erano unificate;

D) nell'Area Sanità accanto alla Dirigenza medica che già godeva di un'area autonoma *ex* d.lgs. 502/1992, è inclusa la Dirigenza del ruolo sanitario non medico scorporato dagli altri ruoli di dirigenza non medica conglobati – come visto – nell'Area Funzioni locali.

Anche con riferimento alle aree dirigenziali quella della Presidenza del Consiglio dei Ministri si aggiunge alle aree individuate dal contratto quadro.

La nuova aggregazione di comparti (da dieci a quattro più PCM) e di aree dirigenziali (da otto a quattro più PCM) – alla quale si somma anche quella degli "enti *ex* art. 70" – pone problemi di riconoscimento di "specificità" di istituti contrattuali e di rappresentatività sindacali per ricomporre gli effetti di quella "fuga" dal modello unitario di riferimento al richiamo delle cui sirene nemmeno il legislatore aveva saputo resistere.

Esaminiamo separatamente i due casi.

5. (Segue) *L'articolazione interna dei contratti nazionali (art. 8)*

Come anticipato all'inizio di queste pagine, l'obiettivo principale dell'aggregazione di comparti e aree è nelle intenzioni del legislatore del 2009, ma anche di quelli successivi e dei corrispondenti Governi, quello di perseguire anche per questa via un maggiore controllo della spesa e una maggiore uniformità di regole per la disciplina del rapporto di lavoro pubblico, in modo che anche la contrattazione collettiva possa condividere l'opzione, perseguita attraverso la rilevante rilegificazione del rapporto di lavoro, di dettare quanto più possibile discipline unitarie.

Armonizzazione e integrazione delle discipline contrattuali all'interno dei nuovi comparti o aree diventa quindi l'obiettivo principale dell'art. 8 del contratto quadro; tanto che se leggiamo il breve dettato di questo articolo notiamo subito come le parole che indicano inclusività siano di gran lunga superiori a quelle che consentono specificità.

In verità, l'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 40 del d.lgs. 165/2001 (ovviamente come modificato dal d.lgs. 150/2009) prevede la possibilità che nell'ambito dei comparti possano essere costituite "sezioni contrattuali per specifiche professionalità". Questa locuzione è stata utilizzata dal contratto quadro in senso espansivo per quanto riguarda l'ambito (accanto alle "specifiche professionalità" anche "taluni peculiari aspetti del rapporto di lavoro che non siano pienamente o immediatamente uniformabili o che necessitino di una distinta disciplina") e in senso restrittivo per quanto riguarda le professionalità da riconoscere, in quanto deve trattarsi di "specifiche professionalità che *continuino a richiedere*, anche nel nuovo contesto, una peculiare regolamentazione"; e, quindi, che non siano riconosciute come tali *ex novo* dai nuovi contratti nazionali.

In questo senso, l'intera norma dell'art. 8 riconosce al contratto nazionale una funzione di sistema – pur nella chiarezza dell'obiettivo –, tecniche e tempi per coniugare uniformità e specificità.

6. (Segue) *Rappresentatività e ammissione alla contrattazione (artt. 9-11)*

Gli articoli 9, 10 (e 11) sono quelli sui quali maggiormente si è dovuta esercitare la capacità di mediazione delle parti, non solo per le questioni in gioco sul piano del riconoscimento del ruolo svolto da sindacati rappresen-

tativi nel precedente modello e che solo un anno prima avevano rilevato – attraverso le elezioni delle Rsu – il loro grado di consenso, ma perché questo dato di fatto doveva ora confrontarsi con un dettato legislativo che era rimasto invariato negli anni e che consente la misurazione della rappresentatività per l'ammissione alla contrattazione collettiva “nel comparto o nell'area” per il quale rinnovare il contratto, come recita il primo comma dell'art. 43 del d.lgs. 165/2001; dato da far valere anche al momento della verifica del consenso prima della sottoscrizione dei contratti da parte dell'Aran (art. 43, co. 3).

Diversamente da quanto fatto dalla maggioranza parlamentare e di governo nel 2010 (confronta il primo paragrafo di questo contributo), in questo caso non si era verificata alcuna disponibilità a prevedere una norma legislativa transitoria che ammettesse comunque i sindacati precedentemente rappresentativi; ragion per cui si sono confrontate diverse posizioni atte a definire per via contrattuale una normativa transitoria che accompagnasse la riorganizzazione dei sindacati verso il nuovo modello, ma che naturalmente non contraddicesse il dettato legislativo.

La disciplina dell'art. 9 è quella che più propriamente è possibile definire transitoria, in quanto opera soltanto sul processo di fusione/affiliazione (“o in altra forma”) da parte dei soggetti sindacali definendo lassi temporali di verifiche abbastanza ravvicinati per consentire alle nuove formazioni sindacali di partecipare con il nuovo indice di rappresentatività al tavolo negoziale.

Non essendo opportuno né necessario ripercorrere le diverse tappe del percorso di riconoscimento del nuovo soggetto, possiamo limitarci ad evidenziare i tratti salienti della normativa.

A questa finalità, va subito chiarito che l'art. 9 riguarda tutte le organizzazioni sindacali, comprese quelle che non avessero superato la soglia di rappresentatività nel precedente modello di comparti e aree. In questo caso, si è evitato di ricorrere ad una *conventio ad excludendum* che non avrebbe avuto legittimità visto che al processo di aggregazione possono in qualunque momento ricorrere tutte le organizzazioni sindacali; in questo senso il *cnq* opera solo sui tempi e non sulle regole, richiamando peraltro i vincoli di successione della titolarità tra organizzazioni già previste dall'art. 19 del *cnq* sulle modalità di utilizzo delle prerogative sindacali del 7 agosto 1998, rese più stringenti dall'art. 6 del *cnq* del 24 settembre 2007. Ciò che significa che il nuovo soggetto deve avere a pieno titolo, rispetto alle organizzazioni che gli abbiano dato vita, natura e poteri di un'organizzazione sindacale.

Proprio in quanto norma transitoria, l'opzione è garantita solo ai due comparti e relative aree dirigenziali che – che come abbiamo visto – maggiormente risentono degli effetti dell'aggregazione e nei quali, quindi la più ampia base di calcolo può suggerire la convenienza a nuove forme di aggregazione sindacale ai fini della misurazione della rappresentatività.

I nuovi soggetti così costituiti sono ammessi a tutti gli effetti alla contrattazione collettiva e fruiscono a pieno titolo delle prerogative sindacali.

Il termine ultimo per completare il processo di nuova aggregazione sindacale è individuato nel 31 dicembre 2017, visto che l'anno successivo si dovrà provvedere alla rielezione delle RSU che non potranno che essere svolte – per previsione legislativa – con riferimento ai vigenti (e nuovi) ambiti contrattuali (art. 43, d.lgs. 165/2001), esaurendo così il tempo di operatività della norma transitoria.

Ipotesi diversa è quella contemplata dall'art. 10 che viene infatti definita “clausola speciale”, da intendersi rispetto alla “norma transitoria” del precedente art. 9.

In questo caso, la disciplina riguarda organizzazioni sindacali che non intendano (in base al principio di libertà di organizzazione di cui all'art. 39 Cost., oppure perché regolate da norme statutarie che per la complessità organizzativa – *id est* struttura confederale – e tempistica congressuale) avvalersi della norma transitoria esaminata, ma che siano rappresentative nei precedenti comparti ma anche in base alla misurazione rilevata con dati associativi ed elettorali attuali.

Diversamente dall'ipotesi precedente, quindi, i destinatari dell'art. 10 sono soggetti sindacali selezionati in base ad una rappresentatività preesistente, ma anche confermata di recente in base ad un dato elettorale (“e una campagna elettorale”) svolta comunque in quegli ambiti contrattuali. La *ratio* della clausola speciale risiede nel fatto che una corretta rilevazione del dato elettorale avrebbe richiesto una nuova procedura elettorale che garantisse molto più della sola proiezione del dato elettorale precedente in quello dei nuovi ambiti. Va detto in verità che entrambe le ipotesi sono state prese in considerazione nel confronto, con posizioni che – accentuando per semplicità di esposizione gli elementi caratterizzanti – si differenziavano per proporre la prima l'applicazione piena della norma legislativa e, quindi, la perdita di rappresentatività a tutti gli effetti delle organizzazioni non più rappresentative; e la seconda l'ammissione alla contrattazione collettiva dei comparti nei quali erano confluiti e con pieni poteri e prerogative anche di tutte le

organizzazioni precedentemente rappresentative (magari con potere di negoziazione e firma della sola ed eventuale “sezione speciale”).

La soluzione compromissoria consente “la presenza” (connotazione di un dato di fatto, privo di attribuzione esplicita di funzione) di queste organizzazioni sindacali – accanto a quelle legittimate a pieno per aver conservato la rappresentatività anche nei nuovi ambiti – per le stesse finalità di accompagnamento nella fase (anch’essa limitata al triennio 2006–2009) del processo di armonizzazione e integrazione delle discipline contrattuali e di limitato riconoscimento di quelle specifiche.

Viene così istituito quello che è stato definito un “diritto di tribuna”, senza riconoscimento di prerogative sindacali (art. 10, comma 3) che potranno essere ridistribuite, in caso di organizzazioni affiliate alla stessa confederazione, sulla base di accordi endosindacali. Soluzione analoga a quella che si potrà adottare, magari anche in questo caso in un *mix* normativo tra contratto nazionale e norma endosindacale, per l’individuazione dei soggetti legittimati al secondo livello delle relazioni sindacali.

Va in conclusione a questo punto detto che benché l’art. 10 abbia anche esso il limitato ambito di applicazione dell’art. 9 (Funzioni centrali e Funzioni dell’Istruzione e della ricerca), una situazione del tutto identica si è poi verificata esistere anche nel caso dello sdoppiamento tra due Aree dirigenziali della dirigenza non medica. A questo proposito, va rilevato che, all’atto della firma definitiva, tutte le organizzazioni sindacali hanno presentato all’Aran (che si è riservato di verificarne la fattibilità) una dichiarazione nella quale si chiede di estendere la opportunità del “diritto di tribuna” anche a comparti o aree che risultassero escluse dal dettato dell’art. 10, ma che manifestassero la stessa situazione degli ambiti contrattuali in esso previsti.



## Emiliano Mandrone\*

### Il lavoro che *forse* verrà

**Sommario:** 1. Introduzione. 2. Il Quadro occupazionale. 3. Elementi di riflessione. 4. I nuovi scenari introdotti dal *Jobs Act*. 5. Considerazioni conclusive.

#### 1. *Introduzione*

*Fateci caso*<sup>1</sup>: sono molti anni che si creano nuove tipologie di lavoro atipiche e, parallelamente, si fanno interventi correttivi a causa degli effetti che generano. Ma se si corregge la precarietà che si trova non si capisce perché se ne produca dell'altra, comunque. È stato un continuo inseguimento tra riforme e controriforme che edificano e contrastano istituti contrattuali, allargano e restringono le interpretazioni, ostacolano o favoriscono certi comportamenti, sostenendo o combattendo la piega che certe norme prendono nella pratica. Marocco<sup>2</sup> parla di *ansia da prestazioni del riformismo nell'ambito del lavoro*. Il Legislatore pare Penelope che *disfa la notte la tela composta di giorno*, con un inconcludente lavoro di riscrittura, di cambi di direzione repentini e numerose eccezioni e concessioni, avviluppandosi tra monitoraggi incompleti e valutazioni temerarie. Parafrasando W.H. Auden “alla maggior parte dei Governi piace leggere *le proprie riforme*”.

\* Mi preme ringraziare Francesco Pomponi che ha redatto il quadro sinottico e Sante Marchetti e Debora Radicchia che hanno letto una prima versione del testo.

<sup>1</sup> “*C’avevete mai fatto caso, che si nun c’avevate mai fatto caso e qualcuno ve ce fa fa’ caso, poi ce fate sempre caso? Fatece caso?*” (Aldo Fabrizi, 1950).

<sup>2</sup> MAROCCO, *Il jobs Act: analisi di una riscrittura del diritto del lavoro*, in CANAL (a cura di), *L’Italia fra Jobs act ed Europa 2020: rapporto di monitoraggio del mercato del lavoro 2015*, I Libri del FSE, 2016.

## 2. Il quadro occupazionale

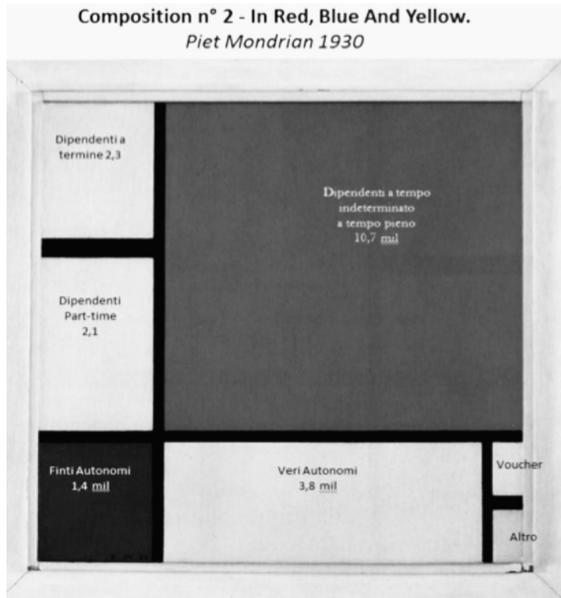
La leggenda – che si perde nella notte dei tempi dei primi anni ‘90 – vuole che in origine il mercato del lavoro fosse *troppo*<sup>3</sup> rigido e fosse necessario renderlo adattabile a esigenze produttive sempre più mutevoli. Come? Si pensò di iniziare dal *lavoro*: prima mutuando l’istituto anglosassone del lavoro interinale e poi creando il famigerato ossimoro *collaborazioni coordinate e continuative*. Si è poi sostenuto l’*apprendistato* come *regina viarum* per la transizione dalla scuola al lavoro ma, nonostante molteplici concessioni e varie rivisitazioni della regolazione dell’istituto, gli esiti delle trasformazioni sono stati modesti e gli usi al limite (e oltre) della *ratio legis*. In breve sono diventate endemiche anche le *Partite IVA* fittizie. La reazione è consistita nel contrastare le prestazioni autonome parasubordinate ed eterodirette.

Per far fronte ad esigenze temporanee (non estemporanee) delle imprese si è prima introdotto e poi liberalizzato il *tempo determinato*, tant’è che ormai, con l’ultimo intervento del Governo, è un fattore di produzione *sostituto perfetto* del tempo indeterminato. Per le esigenze episodiche si è previsto il *lavoro a chiamata* o il *lavoro condiviso* e, anche in questo caso, si è notato un diffuso abuso per cui si usano questi contratti per attività ricorrenti o pianificabili e non si corrispondono le indennità di disponibilità. Si sono introdotti i *voucher*, originariamente per far emergere il nero nelle attività informali (baby sitter, badanti, colf, ecc.) e poi autorizzati in maniera indifferenziata per tutti gli impieghi. Possiamo aggiungere il *part-time* involontario, spesso mera *foglia di fico* per pagare in parte in nero il lavoratore.

Un noto dipinto di Mondrian rende in maniera sorprendentemente fedele le proporzioni in cui è frammentato il mercato del lavoro.

<sup>3</sup> Troppo per chi? Per le imprese, forse! Nessun cittadino si è lamentato di avere continuità retributiva e contributiva, nessun governo dichiara di voler precarizzare i lavoratori. Quindi il mandato da dove arriva? Alcuni sostengono che ci sia stata ingerenza esterna (Commissione Europea) ma a loro chi ha dato il mandato? Riemerge la questione del primato tra politica ed economia.

Figura 1 - Il quadro occupazionale



Fonte dati: Isfol Plus 2014

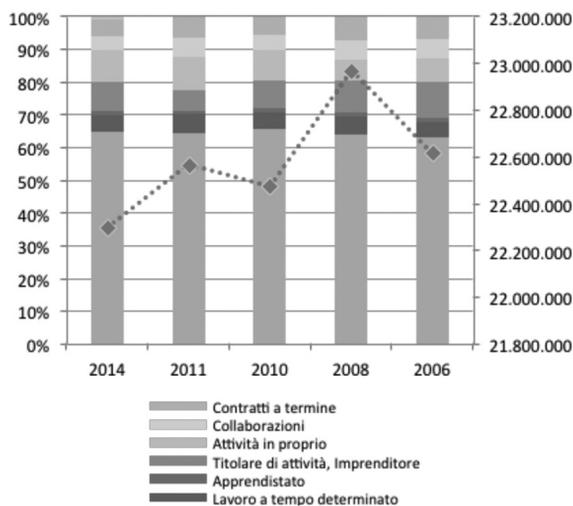
Meno della metà degli occupati ha un contratto *dipendente a tempo indeterminato* (47%), il 10% *a tempo determinato* e il 9% è *part-time*; gli *autonomi veri* sono il 17% mentre gli *autonomi finti* sono il 6%.

La circolarità della storia è paradossale: nel quadro sinottico in *appendice*, curato da Francesco Pomponi, è ricavabile una ricostruzione *cronologica* del riformismo sul lavoro dal 2000. Le conseguenze di questa normativa compulsiva le possiamo sommariamente riepilogare attraverso le serie storiche e i panel dell'indagine Plus. La composizione dell'occupazione nel 2014 mostra come il 14% dei lavoratori ha un contratto non standard, pari ad oltre 3 milioni di individui. L'incidenza è decisamente sbilanciata, coinvolgendo maggiormente i giovani tra i 18 e i 29 anni, le donne, i laureati e i residenti nelle regioni meridionali.

La serie storica della composizione contrattuale dal 2006 ad oggi, permette di osservare come dal 2008 i livelli sono diminuiti (fig. 1), a causa della contrazione della economia e della demografia, ma la struttura è rimasta sostanzialmente simile. Sembrerebbe che la flessibilità contrattuale

sia divenuta una quota stabile dell'occupazione richiesta dalla nostra economia. Ciò crea una contraddizione da risolvere: se la domanda di flessibilità non è transitoria, allora serve un'offerta di lavoro flessibile strutturale. Il problema è erogare flessibilità senza creare precarietà: è necessario trovare il modo di scindere la variabilità produttiva dalla incertezza lavorativa: contratti non temporanei per esigenze temporanee o pacchetti di lavoro per più imprese. Una risposta potrebbe essere un uso diverso della flessibilità organizzativa invece di quella contrattuale.

Figura 2- Livelli e composizione occupazione, serie storica 2006-2014



Fonte dati: Isfol Plus 2014

A questo va aggiunto l'uso improprio di molti contratti: quanta parte dell'occupazione non standard sottende esigenze di vera flessibilità produttiva e quanta sia un mero espediente per pagare meno il lavoro?

La dinamica dell'occupazione degli individui – attraverso l'analisi dei Panel Isfol Plus relativi ai periodi 2008-2011 e 2011-2014 – mostra le transizioni sul totale popolazione (tabella 1) e poi gli esiti della sottopopolazione più giovane (tabella 2). In grassetto si nota il c.d. *effetto ponte* del

lavoro non standard verso impieghi standard. In neretto corsivo, invece, il c.d. *effetto trappola*, ovvero il permanere nell'alveo degli impieghi non standard, la c.d. *precarietà lavorativa*. Gli esiti dei due periodi non differiscono in maniera marcata, emergono tuttavia performance medie nel periodo inferiori per tutte le condizioni, e degli occupati *non standard* in particolare, che più sovente del recente passato, non riescono a rimanere nell'occupazione. Ciò, inevitabilmente, accresce le file delle persone in cerca di lavoro.

I lavoratori atipici (ovvero non standard) possono essere immaginati come *archi rampanti*: strutture esterne, perlopiù invisibili, che sorreggono la costruzione (sociale, economica, politica) in modo ormai strutturale. L'idea originale era uno scambio contingente tra la sicurezza per gli *insider* e la precarietà degli *outsider*: far scaricare forze che non potrebbero essere sostenute politicamente e sindacalmente all'interno del sistema su contrafforti posti ai suoi margini, fuori dal corpo principale, poi è diventato una sorta di *male necessario*<sup>4</sup>.

Siamo, dunque, in presenza di una *selezione sistematica* tra chi sale stabilmente sulla *giostra del lavoro* rispetto a chi cade ad ogni giro. Gli esiti lavorativi dei giovani sono ancor più insoddisfacenti. L'*effetto trappola* è maggiore e l'uscita completa dall'occupazione un evento frequente. Si contrae ulteriormente la quota di impieghi stabili, con *non trascurabili e non transitorie implicazioni sociali* (basso tasso di fecondità, invecchiamento della popolazione, sostenibilità del sistema previdenziale). Gli esiti dei tre raggruppamenti di contratti atipici tra il 2011 e il 2014 sono stati i seguenti: circa il 30% è rimasto intrappolato in una forma lavorativa impropria (precaria), poco più del 30% hanno trovato uno sbocco in impieghi stabili e ben il 40% è uscito dall'occupazione, il c.d. *effetto rimbalzo*, ovvero hanno perso l'occupazione del 2011. Nel periodo 2011-2014 le collaborazioni hanno avuto i seguenti esiti: il 40% si è tradotto in un tempo indeterminato o è rimasto nel lavoro autonomo e il 20% è divenuto un tempo determinato.

<sup>4</sup> Si pensi all'impossibilità di totalizzare i contributi per chi ha avuto molti e brevi contratti lavorativi atipici: è un beffardo ed ingiusto trasferimento di risorse previdenziali dai giovani ai vecchi. Come se il tergiversare del legislatore nella applicazione dei coefficienti attuariali non fosse stata già una enorme regalia, foriera di dissesto finanziario e ingiustizia sociale.

Tab. 1 - Esiti condizione Panel 2008-11 e 2011-14, totale popolazione

2008	2011								
	Occupato standard	Occupato non standard	In cerca	Pensionato da lavoro	Studente	Altro inattivo		Totale (tot v.a. %)	
Occupato standard	80,9	5,2	7,8	4,8	0,3	0,9	100	19.614.228	60,5
Occupato non standard	<b>44,2</b>	<b>31,8</b>	18,8	1,5	2,4	1,3	100	3.581.823	11
In cerca	21,2	11,7	51,4	2,1	4,8	8,7	100	2.977.563	9,2
Pensionato da lavoro	1,2	0,3	0,9	97,7	0	0	100	1.804.618	5,6
Studente	9,1	14,9	20,6	0	53	2,5	100	2.645.588	8,2
Altro inattivo	8,5	3,3	38	0	4,6	45,6	100	1.805.887	5,6
Totale	57,1	9,2	15,4	8,7	5,5	4,2	100	30.623.820	100
2011	2014								
	Occupato standard	Occupato non standard	In cerca	Pensionato da lavoro	Studente	Altro inattivo		Totale (tot v.a. %)	
Occupato standard	80,2	4,4	7,7	4,3	0,4	3,1	100	19.030.863	60,5
Occupato non standard	<b>43</b>	<b>28,6</b>	21,3	1,6	2,1	3,5	100	3.536.655	11,3
In cerca	14,8	9,9	47,5	2	6	19,8	100	3.768.164	12
Pensionato da lavoro	2	0,4	0,3	93,1	0	4,2	100	2.575.979	8,2
Studente	8,6	14	20,7	0	55	1,7	100	2.519.926	8
Altro inattivo	13	6,2	28,5	0	4,2	48,1	100	1.595.760	5,1
Totale	53,9	8,1	15,1	10,2	5,5	7,2	100	31.431.587	100

Fonte: Panel Isfol Plus

Tab. 2 - Esiti condizione: panel 2008-11 e 2011-14, giovani 18-29 anni

Giovani 2008	Giovani 2011							
	Occupato standard	Occupato non standard	In cerca	Studente	Altro inattivo	Totale (tot v.a. %)		
Occupato standard	70,4	10,6	14,5	2,2	2,3	100	2.541.158	30,1
Occupato non standard	<b>38,1</b>	<b>32,6</b>	20,9	6,6	1,8	100	1.306.446	15,5
In cerca	21,4	15,6	42,4	12	8,6	100	1.192.690	14,1
Studente	9	14,8	20,7	53,4	2,2	100	2.617.765	31
Altro inattivo	10,6	3,1	44,5	9,7	32,2	100	776.989	9,2
Totale	33,9	15,3	24,1	20,8	5,8	100	8.435.048	100
Giovani 2011	Giovani 2014							
	Occupato standard	Occupato non standard	In cerca	Studente	Altro inattivo	Totale (tot v.a. %)		
Occupato standard	71,1	9,3	14,4	3,4	1,8	100	1.866.349	24,8
Occupato non standard	<b>38,5</b>	<b>32,3</b>	22,5	5,7	1	100	1.226.117	16,3
In cerca	15,6	14,3	47,3	15,1	7,7	100	1.442.981	19,1
Studente	8,3	14	20,5	55,6	1,6	100	2.472.143	32,8
Altro inattivo	15,2	10,3	36,2	26,6	11,8	100	531.088	7
Totale	30,6	15,6	25,5	23,7	4,5	100	7.538.678	100

Fonte: Panel Isfol Plus

### 3. Elementi di riflessione

A lungo si è lamentata l'assenza di *numeri idonei* che permettessero una valutazione tempestiva delle riforme del lavoro. L'indagine Isfol Plus nasce anche con questo intento. Poi i numeri sono arrivati – secondo alcuni, *pure troppi* – e il dibattito si è spostato sulla conta mensile del lavoro (e suoi *simulacri*) forniti da Istat (dati ufficiali), Inps e Ministero del lavoro, ecc.

Tuttavia il rischio di affidare ai dati il successo di una riforma è non inferiore a quello di difendere riforme senza il conforto di evidenze empiriche<sup>5</sup>. Inoltre, sfruttando alcune caratteristiche e tempistiche delle fonti in maniera opportuna, si *polarizza il dato*<sup>6</sup> dandogli una valenza predefinita, perdendo la necessaria ortogonalità dello strumento con l'ambito di misurazione. Anche in questo caso, paradossalmente, il risultato più evidente è discredito delle fonti e incertezza interpretativa.

Il prossimo dibattito sarà non sui dati ma su ciò che, ormai, rappresentano. Si pensi all'effetto dei *mini-job tedeschi* che rendono una persona statisticamente occupata ma non economicamente indipendente: c'è un *trade-off* tra *quantità* e *qualità* dell'occupazione da salvaguardare<sup>7</sup>. Infine, va considerato il ruolo che nelle performance del lavoro hanno *shock* più o meno esogeni quali la crisi internazionale o innovazioni tecnologiche o la demografia (immigrati e natalità) che producono relazioni spurie con le riforme istituzionali. Come abbinare questo succinto abito del lavoro con il mantello ordito dalla Costituzione?

Marx sosteneva che la storia si ripete sempre due volte: *la prima volta come tragedia, la seconda come farsa*. Le premesse sembrano esserci tutte.

Il Presidente statunitense Barack Obama ha impegnato due legislature per affermare una sanità e un'istruzione universali e di qualità, per dare un ruolo attivo alle *unions* nella difesa della qualità del lavoro, per definire un

<sup>5</sup> Attenzione ai *cabalisti* che anziché cercare nei numeri le risposte sperano di trovarvi le conferme alle loro opinioni. GALLEGATI, *Acrescita. Per una nuova economia*, Einaudi, 2016, a tal proposito afferma come “la teoria economica ha cercato di seguire una coerenza interna, perdendo ogni contatto con il mondo reale”. Di più “nonostante esteriormente assomigli alla fisica, l'economia non è una scienza, anzi ormai assomiglia più ad una religione”.

<sup>6</sup> Il Governo di turno sembra il medico che davanti alle radiografie o alle analisi che gli portate è scettico, consigliando subito nuove indagini presso laboratori di sua fiducia. Il dato, l'analisi o la radiografia o va bene per tutti, oppure non serve, è inattendibile.

<sup>7</sup> OECD, *Job Quality*, 2015, in [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

salario minimo in grado di dare una retribuzione dignitosa ai lavoratori più deboli – come se la *rivoluzione industriale* fosse finita da pochi mesi – e qui, dall'altra parte dell'oceano, queste stesse tutele apparentemente acquisite oggi sembrano *massi erratici*, posti lì da chissà quale forza invisibile.

Cogente in molti Paesi OCSE è la questione dell'affermarsi del *dependent self-employed*<sup>8</sup> (lavoro autonomo subordinato): americani ed europei scoprono, venti anni dopo di noi, il fascino sinistro della *para-subordinazione* e, più in generale, della occupazione debole. Si assiste a una beffarda *italianizzazione* del lavoro occidentale. Le implicazioni politiche sono rilevanti e noi – avanguardie inconsapevoli – lo sappiamo bene. Questa occupazione ibrida sarà feconda? Darà luogo a un nuovo paradigma sociale? Quali destini sono riservati alla “controparte debole” del lavoro?

Se il progresso economico, tecnologico e organizzativo comporta regressione sociale si può parlare ancora di sviluppo? Il nostro Paese è fondato sul lavoro: se il lavoro cambia natura, mutano pure le relazioni e le logiche che sostengono il patto sociale e, quindi, l'individuo sarà solidale con un diverso sistema di riferimento, e viceversa. Modificare il sistema valoriale comune implica un cambiamento rilevante e pervasivo tra i cittadini, gli operatori economici e le istituzioni. Di più: è giusto chiedere al cittadino di essere un *equilibrista*? I diritti e i servizi sono sempre meno esigibili, s'intravede già uno *Stato Quantico*<sup>9</sup>? Di questo tenore un recente libro di J. Stiglitz<sup>10</sup>: “serve una svolta, vanno riscritte le regole del mercato... disuguaglianze e sviluppo non vanno insieme”.

Il dubbio, a questo punto, è legittimo: ci serve tutta questa flessibilità? Sono più i vantaggi che crea o i problemi che provoca? O forse il problema

<sup>8</sup> Modulo ad hoc 2017 sul lavoro autonomo delle Labour Force Survey (<http://goo.gl/TMCzja>)

<sup>9</sup> Il patto sociale sta evolvendo più o meno surrettiziamente da alcuni anni: “...nel Libro bianco del Welfare si sosteneva l'universalismo selettivo, ponendo l'accento su “la capacità dell'operatore pubblico di stabilire priorità e dosare le risorse” legando il tema dei bisogni a quello del rischio il quale, però, trova il suo equilibrio nel terreno instabile della politica, con la conseguente «defondamentalizzazione» di questi diritti. Lo «Stato Quantico» è una idea delle Istituzioni più sfumata Mandrone (2014). Questo cambiamento dovrebbe portare ad un mutamento di comportamento. Invece niente. I diritti che percepiamo sono come i riflessi di un arto fantasma: l'idea che qualcosa ci sia ancora ci porta a condurre una esistenza normale, frutto però di una percezione errata.

<sup>10</sup> STIGLITZ, *The Great Divide: Unequal Societies and What We Can Do About Them*, Allen Lane, 2015.

è più di *merito* che di *metodo*: serve lo scatto culturale per superare l'idea di flessibilità contrattuale, implicitamente precarizzante, con quella di flessibilità organizzativa, la quale però richiede una profonda revisione della organizzazione del lavoro.

La *governance* dipende molto dal quadro economico e dai vincoli europei, oltre che dalla normativa regionale e dalla operatività delle riforme precedenti. L'inconcludente stato di *transizione permanente*<sup>11</sup> rende tutto troppo fluido per essere accuratamente valutato e la pervasività della riforma tarda a manifestarsi. Inoltre non è un tassello in un sistema ma sono simultaneamente molti tasselli del sistema che sono oggetto di revisione (quante riforme hanno riguardato la scuola, la sanità, la P.A., la giustizia), quasi come una auto trascurata per anni che improvvisamente deve fare un tagliando straordinario su tutte le componenti. La politica ha un adeguato mandato per attivare questa *governance*? Si discute dei dettagli ma pochi comprendono il disegno generale, il fine ultimo...

#### 4. I nuovi scenari introdotti dal Jobs Act

Il *Jobs act*, nelle intenzioni, vuol ricondurre la maggior parte del lavoro nell'alveo dell'occupazione standard. Il dispositivo agisce sia in termini *strutturali* sulla qualità della occupazione (indispensabile sostegno al *sistema previdenziale*) sia *coniunturali* come spinta all'occupazione (effetto *boosting*).

È vero che *le teorie si accomodano dove trovano posto*, spesso piegate a compromessi che ne minano l'efficacia. Ma a ben guardare, il Contratto a Tutele Crescenti (CTC) in realtà è un contratto a tempo indeterminato a indennizzo per licenziamento (blandamente) crescente e sgravi decrescenti. Tradizionalmente, i *bonus per le assunzioni* sono visti dagli economisti come *doping occupazionale*: consentono un miglioramento transitorio delle prestazioni, un *espediente costoso* (si stima per il periodo intero in oltre 15 mld) per sostenere l'occupazione o, per molti, un regalo alle imprese.

<sup>11</sup> Il Presidente del Consiglio Matteo Renzi, emblematicamente, ha citato Ennio Flaiano a proposito delle riforme europee "Siamo in una fase di transizione, come sempre". La recente fuoriuscita della Gran Bretagna, effettivamente sempre conservativa sull'integrazione di funzioni identitarie (moneta, difesa, tassazione) potrebbe dare maggior coesione e forza all'Europa.

Giavazzi<sup>12</sup> più volte ha ribadito come gli incentivi specifici siano inutili e si configurino come un regalo a chi li riceve. Sestito e Viviano<sup>13</sup> stimano l'effetto decontribuzione determinante per le assunzioni 2015, lasciando intendere che sulla stabilità di questa occupazione non si possa fare molto affidamento. Parrebbe quindi l'ennesima occasione colta dalle imprese per abbattere il costo del lavoro, senza far evolvere il sistema produttivo.

Per sortire gli effetti desiderati, il contratto sarebbe dovuto essere unico o prevalente, non uno fra tanti, altrimenti il fattore lavoro più a buon mercato sarà un concorrente difficile da battere (si pensi al tempo determinato e al fenomeno dei voucher). Coerentemente, Cappellari e Leonardi<sup>14</sup> osservano come “per indurre le imprese a utilizzare il contratto a tempo indeterminato quando gli incentivi saranno esauriti, sarà necessario restringere in qualche modo l'utilizzo del contratto a termine, attraverso la reintroduzione della causale o di qualche incentivo alla stabilità”. O più semplicemente calibrando il cuneo fiscale in favore di impieghi stabili (misure strutturali).

Lo schema, dunque, è *ab origine* esposto a forte *eterogenesi dei fini* in quanto può portare ad un aumento della precarietà come alla sua riduzione, ad una semplificazione del sistema o ad un ulteriore aumento delle tipologie, ad *effetti carosello* (un CTC dopo l'altro) o transizioni verso impieghi stabili, ad un aumento della mobilità o alla sua riduzione (si pensi a quella ascendente, la *carriera*, cui si rinuncia per paura delle nuove regole). Il CTC così congeniato appare un *volo a planare*: la meta (stabilità), la velocità (carriera) e la direzione (andamento economia) dipendono dalle correnti (ascensionali) che si troveranno sul cammino (ciclo economico produttivo o incentivi).

Il Rapporto 2016 dell'INPS ci offre alcune conferme interpretative sul cambiamento strutturale nell'atteggiamento delle aziende post crisi e Jobs act. Nota Saraceno<sup>15</sup>: “la crisi ha prodotto un forte turnover di imprese e una loro maggiore concentrazione, testimoniata dal fatto che la dimensione media è aumentata da 68 a 74 addetti. La ripresa occupazionale, favorita dalla forte decontribuzione del 2015, è quantitativamente contenuta e qualitativamente sconta una forte presenza di part time (sovente involontario)”. Ag-

<sup>12</sup> AA.VV., *Analisi e raccomandazioni sui contributi pubblici alle imprese*, in [www.camera.it](http://www.camera.it), 2012.

<sup>13</sup> SESTITO, VIVIANO, *Hiring incentives and/or firing cost reduction? Evaluating the impact of the 2015 policies on the Italian labour market*, in *Questioni di Economia e Finanze*, 2016, 325.

<sup>14</sup> CAPPELLARI, LEONARDI, *Quanta instabilità nei contratti a termine*, in *lavoce.info*, 2015.

<sup>15</sup> SARACENO, *Selfie in chiaroscuro della società italiana*, in *la voce.info*, 2016.

giunge Boeri<sup>16</sup>: “Non sembrano fondate le preoccupazioni di chi prevedeva un aumento dei licenziamenti dopo l’introduzione delle tutele crescenti: le cessazioni di rapporti a tempo indeterminato nel primo trimestre del 2016 sono state 377mila, in calo tendenziale rispetto alle 398mila dell’anno precedente.

Si consideri la sopravvivenza delle imprese: nel 2012 erano attive solo la metà delle imprese nate nel 2007<sup>17</sup>. Pur tenendo presente che l’impresa *formalmente* si fonde, cambia ragione sociale, si divide, si sposta ma *sostanzialmente* rimane il medesimo contenitore, l’aspettativa di continuità lavorativa presso un unico datore di lavoro è piuttosto bassa e ciò riguarda ogni anno (tasso di turn-over) oltre 830.000 persone. Appare velleitario confidare in un contratto a tempo indeterminato per avere una continuità lavorativa nel tempo, quindi serve un *quid* per tenere insieme le istanze individuali, collettive e delle imprese.

Croce<sup>18</sup> afferma come dopo il Jobs act “risulterà meno credibile il *commitment* dell’impresa a garantire *una relazione di lunga durata* con il lavoratore, sul quale si basavano anche profili salariali stabilmente crescenti. Il maggior peso della produttività individuale implicherà quindi un profilo salario-anzianità più piatto se non declinante nella parte finale e a un aumento dei differenziali di salario in funzione della produttività [...] in questo contesto aumenterà il rendimento dell’istruzione e della formazione migliorando l’occupabilità e la retribuzione relativa dei lavoratori qualificati.

Un effetto non di poco conto” [...]. Ma è pure un modo per (s)legare ulteriormente l’impresa e il lavoratore dal patto implicito *nel rapporto a tempo indeterminato*. Così facendo si riduce il rischio d’impresa alle aziende scaricandolo sui lavoratori che vengono salvaguardati rafforzano le politiche attive e passive (la NASPI vale 9 mld €/anno, per il 40% a carico del datore, la c.d. *quota assicurativa*). Si innesca un circuito di costi e benefici assai complesso da gestire, in particolare in una fase recessiva.

In un sistema così congeniato, per evitare di tornare a *socializzare le perdite*, parrebbe ragionevole prevedere un criterio di selezione delle imprese. Ma, purtroppo si è persa per strada la logica del *bonus-malus* per determinare l’entità dell’indennizzo: questo meccanismo avrebbe agito correggendo i comportamenti opportunistici facendo leva su costi di licenziamento legati all’uso

<sup>16</sup> BOERI, *Relazione annuale del Presidente INPS*, Anno 2015, in [www.inps.it](http://www.inps.it).

<sup>17</sup> Cfr. il rapporto ISTAT *Democrazia d’impresa*, pubblicato nell’anno 2015, in [www.istat.it](http://www.istat.it).

<sup>18</sup> CROCE, *Luci e ombre del Jobs Act. Tra manovra congiunturale e politica strutturale*, in *Etica e Economia*, 2015.

del fattore lavoro. Un approccio evolucionista, correttivo anziché coercitivo, che seleziona le imprese in base alla condotta adottata, sulla falsariga della responsabilità civile auto che è proporzionale a *come e dove* si è condotta l'auto.

Il Legislatore ha privilegiato un approccio indiretto: oggi circa 600 milioni l'anno vanno in fiscalità generale per finanziare la cassa integrazione guadagni<sup>19</sup>. L'idea è di far pagare un po' di più le aziende che più utilizzano la cassa, riducendo gli oneri ordinari che pagano tutti i datori di lavoro. Un passo avanti ma va introdotta una procedura standard: rapida e selettiva.

Molti sono inclini ad una certa indulgenza verso le imprese, fedeli all'adagio che *la domanda è data* o impauriti che quella poca che c'è delocalizzi. L'esperienza ci insegna che il fattore (lavoro) più a buon mercato viene scelto dall'impresa, in particolare da quelle meno radicate sul territorio. Ormai appare difficile che si possa ancora sostenere che la rigidità del lavoro sia un fattore di freno agli investimenti, semmai lo sia stato<sup>20</sup>. Quindi, a maggior ragione, la *penalizzazione all'uscita* – il disincentivo economico a comportamenti opportunistici da parte dell'impresa – dev'essere un deterrente credibile che va disegnato in modo da generare un costo-opportunità tale da garantire il più possibile l'*attachment* lavoratore-imprese, ovvero favorire le imprese con un progetto ampio e di lungo periodo.

Il Governatore Draghi ha messo l'accento sull'alta disoccupazione gio-

<sup>19</sup> Stefano Sacchi, nell'intervista rilasciata a Percorsi di secondo welfare il 16 aprile 2014, in [www.secondo.welfare.it](http://www.secondo.welfare.it), nota come nell'industria, tra il 2009 e il 2013, oltre il 45% delle imprese vi ha fatto ricorso almeno una volta e oltre un sesto l'ha chiesta tutti gli anni. L'incidenza aumenta per le imprese medio-grandi: delle 31mila imprese che hanno fatto ricorso alla Cig nei cinque anni (il 46% del totale), una su quattro l'ha chiesta tutti gli anni. Le attuali procedure di autorizzazione sono particolarmente complesse e lente (7 mesi in media) ma non altrettanto selettive, dato che il numero di domande respinte non supera l'1%. Anche la durata va rivista e limitata. Inoltre si intende dar l'avvio ai fondi di solidarietà previsti dalla legge 92/12 per attivare una base assicurativa per i soggetti che non sono coperti dalla Cig ordinaria.

<sup>20</sup> L'OCSE mette a disposizione i dati sul *grado di protezione generale* dell'occupazione (*Employment Protection Legislation*) dei contratti di lavoro "regolari" (a tempo indeterminato) e di quelli a termine. Risulta che tutti i paesi dell'Eurozona negli ultimi 25 anni hanno ridotto sensibilmente la protezione del lavoro e l'Italia è tra i paesi che si sono impegnati a fondo nel ridurre la protezione dell'occupazione, riducendo le tutele di oltre il 40%, dal valore 3,82 del 1990 al 2,26 del 2013, ormai in linea con la media dell'eurozona. In sintesi risulta come le politiche di flessibilità del lavoro *non hanno avuto alcun successo negli ultimi 25 anni* nel ridurre la disoccupazione in Eurozona e in Italia. Olivier Blanchard del FMI sostenne che "le differenze nei regimi di protezione dell'impiego appaiono largamente incorrelate alle differenze tra i tassi di disoccupazione dei vari Paesi". Addirittura, nel periodo 1990-2013 emerge un segno negativo: al ridursi della protezione del lavoro il tasso di disoccupazione è aumentato.

vanile che colpisce paradossalmente “la generazione più istruita di sempre che rischia di andare perduta”. Speriamo che un così autorevole monito *a volgere lo sguardo alla domanda* sortisca l’effetto di riproporre politiche industriali, orientate a produzioni innovative e qualificate, di imprese radicate sul territorio.

L’auspicio è che ci sia davvero una fase in cui vengano recepiti i suggerimenti – come si sostiene sempre in fase di sperimentazione con una certa ipocrisia – modulando gli sgravi vagliando le imprese innovative e radicate da quelle rapaci e tradizionali, sostenendo i giovani migliori ridando valore all’istruzione, facendo emergere l’occupazione informale, secondo le disponibilità indicate dal MEF.

Qualcosa si muove. Il Ministro dell’Economia Padoan nel DEF 2016 ha sostenuto che “l’intendimento del Governo è quello di diminuire il costo dello Stato attraverso un mix di interventi di revisione della spesa” ma, soprattutto, “è necessario rivedere gli sconti fiscali (attualmente 799) in vigore per cittadini e imprese” il cui ammontare complessivo, per la Corte dei Conti, di 313 mld di € all’anno! Le politiche industriali non sono solo fabbriche e infrastrutture ma indirizzo e premialità o, come si dice oggi, *governance* o *nudge*. Per farlo serve una regia, meglio europea, per evitare *incentivi concorrenti* che si neutralizzano tra loro o sono distorsivi.

Alcune politiche fiscali di stimolo alla crescita economica (sgravi, incentivi, decontribuzioni, bonus, ecc.) implicitamente aumentano le disegualianze, poiché inibiscono la progressività delle imposte e, quindi, la loro funzione redistributiva e perequativa.

##### 5. *Considerazioni conclusive*

Il *décalage* del contratto standard prodotto dal Jobs Act comporta cambiamenti strutturali per le aziende e lo Stato, molto più rilevanti dei saldi mensili dell’occupazione statistica. Infatti, da un lato l’aumento occupazione standard dovuta alla maggior facilità di licenziare comporta una riduzione dell’occupazione atipica (e quindi del fenomeno ancillare del precariato) e della disoccupazione tradizionale (primo ingresso). Il che conduce ad una estensione dei diritti, delle tutele, della copertura previdenziale ma anche alla riduzione dell’*attachment* lavoratore-impresa. La conseguenza è che aumenteranno le *separazioni involontarie* (impresa-lavoratore) e diminuirà la durata

dell'occupazione (*tenure*). Ciò comporterà un aumento della instabilità occupazionale (per cui si è previsto l'assegno di ricollocazione) e del ruolo della produttività (in luogo dell'anzianità) nella determinazione della retribuzione. Le implicazioni e le ricadute sull'attività di ricerca di lavoro e i servizi per il lavoro sono rilevanti.

Nel lungo periodo, il sottoprodotto della riforma sarà un aumento del valore relativo dell'istruzione (agita, o *saper fare*). Ma, l'esito distributivo di questo riassetto, dipenderà molto dalla capacità di realizzare strumenti di sostegno al *capitale umano* (e fisico) e a una ridefinizione del welfare (più politiche attive e meno pensioni). Si deve intervenire su l'accesso alle *vacancies*, sostenendo l'intermediazione palese<sup>21</sup> e sulle rendite di posizione. Altrimenti, il rischio è che il merito – se non si riducono le *diseguaglianze di partenza* – sia la scusa per perpetrare nuove ingiustizie<sup>22</sup>.

In questi anni le riforme hanno agito più per sottrazione, invertendo i sentimenti tipici che evocano i cambiamenti: dalla speranza al timore. Le riforme tornino ad essere *stagioni di bonifica* e si guardi a chi cerca di salvaguardare i propri diritti come l'altra faccia della *mano invisibile* di Smith, perché rivendicare un limite inferiore di trattamento rappresenta una difesa della civiltà esattamente come agire nel proprio interesse concorre al progresso collettivo.

Ma chi ha pensato tutto questo ne è consapevole? Henry Matisse all'inizio del novecento stupì il mondo con *tele* dai colori vivaci ma senza prospettiva. Un *salto indietro* (per molti contemporanei) rispetto ai soggetti e alla prospettiva tradizionali. I contemporanei la videro come una *apparente regressione*, un po' come oggi si percepisce la logica del Jobs Act: si passa da un mondo con prospettive lavorative lunghe e dettagliate ad un nuovo ordine in cui i toni sono forti ma poco comprensibili (*lavoro agile, workers on tap, sharing economy, co-working, telelavoro e smart works*).

La Presidenza del Consiglio è una *cage aux fauves*? O forse – più realisti del re – cercano di preparare il sistema al cambio di scenario, dando luogo

<sup>21</sup> MANDRONE, "La ricerca del lavoro in Italia: l'intermediazione pubblica, privata e informale, in *Politica Economica*, 2011, pp. 83-124; ID., *La garanzia giovani e il ruolo dei servizi pubblici per l'impiego*, in *EL*, 2015, pp. 143-168.

<sup>22</sup> Il cittadino italiano è ormai rassegnato, prende quello che viene: se il servizio c'è o il tram passa bene, altrimenti pazienza. Sono gli effetti collaterali dell'arte di arrangiarsi: se nel 1950, anziché appoggiarci ai nonni o salire sulla Vespa, avessimo preteso – come hanno fatto negli altri paesi – i servizi necessari, oggi avremmo asili e metropolitane che funzionano.

ad un *cambio di paradigma* dopo vent'anni di puro manierismo, in cui si è agito sul dettaglio sempre del medesimo soggetto, attaccati ad una immagine di lavoro che non c'è più. La questione è, dunque, se fidarsi di un Legislatore la cui credibilità è ai minimi termini o sospettare che i cambiamenti introdotti siano in realtà *trompe-l'œil* messe ad arte per creare prospettive ingannevoli. Una maniera diversa...

## Abstract

L'opera di riscrittura delle regole del lavoro non ha giovato, come si credeva, alla crescita e consolidamento dell'occupazione, sia in termini quantitativi che qualitativi.

Il susseguirsi di interventi legislativi episodici, quando non emergenziali, e difficilmente collocabili in un quadro organico ha portato il riformismo ad assumere connotati negativi, in quando ha agito più per sottrazione che creazione di diritti, tutele, aspettative, sicurezza, welfare... Il precipitato di questo processo sono più eccezioni che regole e ciò ha portato discredito al Legislatore stesso. Inoltre l'azione è stata asimmetrica: la regolazione sul versante della Offerta è stata di gran lunga più ampia che su quello della Domanda.

L'auspicio è quello che nella seconda fase dell'attuale processo di cambiamento si possa registrare quel cambio di prospettiva da molti auspicato, anche a livello europeo, in cui l'azione di consolidamento delle istituzioni del mercato del lavoro ridia al riformismo i suoi tratti tipici, forieri di benessere diffuso e di redistribuzione della ricchezza.

### Appendice - Quadro sinottico (a cura di Francesco Pomponi)

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Co.Co.Co Collaborazioni Coordinate e Continuative</b>	Art. 409, co.3, C.p.c., come modificato da L. 533/1973	L. 342/2000	Riqualificazione dei redditi da collaborazione da assimilati a quelli di lavoro autonomo (fino al 2000) a quelli da lavoro dipendente a partire dal 2001, comportando l'applicazione di tutti gli istituti tipici del rapporto di lavoro dipendente, come le diverse norme di definizione della base imponibile (art. 51 del TUIR - ex art. 48), il principio di cassa allargato, ecc.
<b>Co.Co.Pro modalità "a progetto"</b>	D.lgs. 276/2003, "Legge Biagi" art. 61, co.1		
<b>Co.co.co. Occasionali (c.d. Mini Co.Co.Co.)</b>	D.lgs. 276/2003, art. 61, co. 2		
<b>Prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo</b>	L. 92/2012 "Fornero": introduzione art. 69 bis nel d.lgs.276/2003		Introdotta con lo scopo di contrastare il fenomeno delle partite Iva "fittizie": sulla base di una presunzione relativa, in presenza di specifici requisiti, il "finto" lavoro autonomo viene riqualificato come una co.co.co.

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
		<b>D.lgs. 81/2015</b>	Abolizione artt. 61-69 <i>bis</i>
<b>Lavoro “Occasionale” Accessorio</b>	D.lgs. 276/2003, artt. 70 e ss.	L. 92/2012	Restensione dell’applicabilità del lavoro accessorio alla generalità dei settori produttivi
		D.l. 76/2013 convertito nella l. 99/2013	Eliminazione del limite dell’”occasionalità”
		<b>D.lgs. 81/2015</b>	<p>Abolizione artt. 70-73 del d.lgs. 276/03 e rimodulazione della fattispecie del Lavoro accessorio (art. 48): Le principali innovazioni confermano l’eliminazione dei limiti oggettivi e soggettivi per l’espletamento di prestazioni di lavoro accessorio.</p> <p>Può essere svolto da qualsiasi soggetto (disoccupato, inoccupato, lavoratore autonomo o subordinato, full-time o part-time, pensionato, studente, percettore di prestazioni a sostegno del reddito), nei limiti del nuovo compenso economico previsto. La sola eccezione riguarda il settore agricolo in cui il lavoro accessorio è ammesso per:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- innalzamento del limite economico del compenso percepito dal prestatore, da € 5000 a € 7000; compensi non superiori a € 2.000 per attività svolte a favore di ciascun singolo committente;</li> <li>- confermata l’eliminazione dell’occasionalità;</li> <li>- percettori di cassa integrazione salariale o di misure di sostegno del reddito, in qualsiasi settore produttivo, compresi gli Enti locali, potranno lavorare con contratto di lavoro accessorio per un compenso massimo di € 3.000 netti nell’anno civile.</li> </ul>

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Contratto a tempo determinato</b>	Art. 2097 c.c.	L. 230/62	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tassatività delle ipotesi (lista chiusa);</li> <li>- Parità di trattamento;</li> <li>- Forma scritta;</li> <li>- Interpretazioni giurisprudenziali restrittive;</li> <li>- Conversione sanzionatoria del rapporto.</li> </ul>
		L. 79/1983; L. 56/1987	I contratti a termine consentiti per picchi di lavoro stagionali (“autorizzati”) e i contratti a termine nelle ipotesi previste dai contratti collettivi (“contrattati”); la c.d. <i>flessibilità negoziata</i> (l. 56/87)
		La direttiva comunitaria 1999/70/CE	Viene configurata come una modalità flessibile di entrata nel mercato del lavoro, quindi come uno strumento di politica attiva del lavoro, secondo la strategia europea per l’occupazione adottata col vertice di Lussemburgo.
		L. 368/2001	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Inversione del paradigma regola/eccezione.</li> <li>- Abrogazione della L. 230/1962.</li> <li>- Possibile l’apposizione del termine in presenza di <i>cause giustificatrici</i>: ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.</li> </ul>
		L. 244/2007 (Finanziaria 2008)	Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi.
		L. 247/2007 “Protocollo sul Welfare”	<p>Modifica dell’art. 1 della L.368/2001:  <i>“Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato”</i></p> <p>Il comma 4 bis dell’art. 5: ...*</p> <p style="text-align: right;"><i>* Prosegue alla pag. seg.</i></p>

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Contratto a tempo determinato</b>	Art. 2097 c.c.	L. 247/2007 "Protocollo sul Welfare"*	... Il comma 4 bis dell'art. 5: <i>Ferma restando la disciplina della successione di contratti ... qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato.*</i>
		D.L. 112/2008, convertito nella L. 133/2008	È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. . . anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro.
		D.L. 34/2014, convertito nella L. 78/2014	Modifiche al D.lgs. 368/2001: - abolizione delle causali giustificatrici dell'apposizione del termine e delle ragioni oggettive per la proroga; - conferma della durata massima triennale del contratto; - possibilità di proroga fino a cinque volte nell'arco del triennio; - previsione di un limite massimo legale al numero complessivo di contratti a termine instaurati da ciascun datore di lavoro.
<b>Associazione in partecipazione con apporto di lavoro</b>	Art. 2549 c.c.	<b>D.lgs. 81/2015</b>	Abrogazione, di fatto, di questa fattispecie, attraverso la modifica dell'art. 2549, co. 2 c.c.: "... Nel caso in cui l'associato sia una persona fisica l'apporto di cui al primo comma (dell'associato) non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro".

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Tirocinio</b>	L. 287/1977, art. 16 bis  L. 845/1978, legge quadro sulla formazione <i>profess.</i>  L. 863/1984  L. 236/1993		Norme preparatorie
		D.P.R. 137/2012	Tirocinio professionale
		L. 196/1997 “Pacchetto Treu” D.I. n. 142/1998, attuativo dell’art. 18 della l. 196/97	Tirocini formativi e di orientamento
		D.lgs. 276/03 art. 60	Tirocini estivi di orientamento
		L. 148/2011	Livelli di tutela essenziali per l’attivazione dei tirocini in quanto le competenze specifiche sui tirocini formativi e di orientamento permangono in capo alle Regioni che ex Titolo V della Costituzione (modificato nel 2001), hanno la potestà legislativa esclusiva in materia di formazione professionale; Durata: tirocini formativi e di orientamento c.d. non curricolari non potranno avere una durata superiore a sei mesi, proroghe comprese; Soggetti beneficiari: potranno essere promossi unicamente a favore di neo-diplomati o neo-laureati entro e non oltre dodici mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio.
		Legge 92/2012 Art. 34, 35, 36	Previsione di un Accordo Stato-Regioni per la definizione di linee-guida, finalizzato a contrastare gli abusi e favorire l’apprendistato come canale preferenziale per l’ingresso dei giovani nel mondo del lavoro. In particolare: oltre alla revisione della disciplina dell’istituto per “valorizzare altre forme contrattuali (vedi es. Apprendistato), dovrà individuare azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell’istituto, anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività, ed inoltre la previsione di una congrua indennità, anche in forma forfetaria. Indennità in mancanza della quale è prevista una sanzione amministrativa.

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Tirocinio</b>	L. 287/1977, art. 16 bis L. 845/1978, legge quadro sulla formazione <i>profess.</i> L. 863/1984 L. 236/1993	Accordo 24 gennaio 2013 nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni	Linee guida con esclusione tra gli altri dei tirocini curriculari, tirocini transnazionali, tirocini per immigrati e tirocini estivi. Tra le novità introdotte: - indennità di partecipazione "minima" non inferiore a 300 euro e divieto di utilizzare i tirocinanti per sostituire lavoratori con contratti a termine nei periodi di maggiore attività o quelli assenti per malattia, maternità o ferie.
<b>Part Time</b>	L. 1984 n. 863	D.Lgs. 61/2000	Le 3 forme di part time: verticale, orizzontale, misto.
		D.lgs. 276/03	Estensione alla generalità dei lavoratori e dei datori di lavoro, compreso il settore agricolo. Compatibilità con il contratto a termine, il contratto di apprendistato. Compatibilità con la qualifica di dirigente e con il lavoratore socio di cooperativa, nonchè con il contratto di somministrazione di lavoro. Possibilità di svolgere più rapporti di lavoro part-time alle dipendenze di più datori di lavoro, entro comunque specifici limiti: garanzia, da parte del datore di lavoro, di una durata massima settimanale, e onere per il lavoratore di comunicare l'ammontare delle ore.
		L. 247/2007	Priorità della trasformazione del contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale; diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno.
		<b>D.lgs. 81/2015</b>	Abolizione del D.lgs 61/2000. Superamento della distinzione tra clausole elastiche e clausole flessibili e superamento della contrattazione collettiva:*

\* Prosegue nella pag. seg.

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Part Time</b>	L. 1984 n. 863	<b>D.lgs. 81/2015</b>	<p>mantenimento della sola prima categoria, mediante la quale le parti sono libere, anche in assenza di specifica previsione nel contratto collettivo, di pattuire sia la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa, sia la variazione in aumento della sua durata.</p> <p>Purché la pattuizione avvenga per iscritto davanti alle commissioni di certificazione. Obbligo di indicare preventivamente le condizioni e le modalità con cui il datore può ricorrere alle clausole elastiche (con un preavviso di almeno due giorni lavorativi e a una maggiorazione del 15% della retribuzione oraria globale. Infine, limite temporale, al di sotto del 25% della normale prestazione. Indicazione tassativa dei casi in cui il lavoratore può revocare il consenso alle clausole elastiche, con esclusione della contrattazione collettiva di prevederne altri.</p>
<b>Lavoro Interinale o Somministrazione</b>	Legge 196/1997		Introduzione del Contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo senza abrogare il divieto di interposizione di manodopera sancito nella L. 1369/60.
		D.lgs. 276/03	Abrogazione della L. 196/97 e contestualmente la L.1369/60 - - -) introduzione del contratto di somministrazione.
		L. 247/07	Abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (staff Leasing) di cui al Titolo III, capo I del D.lgs. 276/03.
		L. 191/2009 (finanziaria 2010)	Reintroduzione contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (staff Leasing) (con l'abrogazione del comma 46 della L. 247/2007) ed estende l'applicabilità dello staff leasing, intervenendo sull'art. 20, comma 3: ammissibilità dello staff leasing anche sulla base di accordi aziendali, oltre che accordi territoriali e allargamento della gamma dei settori in cui è ammesso, ai servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia.

Tipologie Contrattuali	Leggi Istitutive	Interventi legislativi di modifica	Note
<b>Lavoro Interinale o Somministrazione</b>	Legge 196/1997	D.L. 34/2014	Introdotta l'acausalità per la somministrazione a tempo determinato.
		<b>D.lgs. 81/2015</b>	<p>Abrogazione artt. 18 (co. 3, 3 bis) e art. 20-28 D.lgs 276/03:</p> <p>Diventa acausale il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, per il quale cadono i limiti delle ipotesi tassative di ammissibilità, ma per il quale viene introdotto un limite quantitativo del 20% rispetto al personale in organico a T.I.</p> <p>Viene di fatto confermato l'intero apparato sanzionatorio contenuto nell'art. 18 dello stesso d.lgs. n. 276/2003, ma viene rimosso il reato di somministrazione fraudolenta, con l'abrogazione dall'art. 28 del d.lgs. 276/03.</p>

## notizie sugli autori

### **Pasqualino Albi**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Pisa*

### **Alberto Avio**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara*

### **Chiara Lazzari**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Urbino*

### **Lara Lazzeroni**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Siena*

### **Emiliano Mandrone**

*Ricercatore ISFOL, Responsabile Progetto Analisi Mercato del Lavoro*

### **Veronica Papa**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Catania*

### **Pasquale Passalacqua**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Cassino e del Lazio Meridionale*

### **Vito Pinto**

*Associato di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

### **Carmine Russo**

*Direttore IRSI*

### **Marco Tufo**

*Dottorando di ricerca Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia*

### **Bruno Veneziani**

*già Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

**Micaela Vitaletti**

*Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Teramo*

## abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito [www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com) sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2016  
dalla Grafica Elettronica (Na)