

indice

editoriale

- 485 EDOARDO ALES
Il Modello Sociale Europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?

saggi

- 495 GIOVANNI PINO
Rilettura della nozione di contemperamento/bilanciamento tra esercizio del diritto di sciopero e diritti dei cittadini nella complessità sociale
- 529 ROSA CASILLO
La subordinazione “agile”
- 553 FRANCESCO DI NOIA
Legge e contratto collettivo prima e dopo l’art. 8, l. 148/2011: storia di un rapporto in crisi
- 577 ANTONIO RICCIO
I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro

giurisprudenza

- 613 GIORGIO FONTANA
Le questioni di costituzionalità del contratto a tutele crescenti
(Commento a Trib. Roma, ordinanza del 26 luglio 2017)
- 631 ANTONELLA DURANTE
Diritti sindacali e libertà di stabilimento nei mari del Nord
(Commento a Supreme Court of Norway, 16 December 2016, HR-2016-2554, case n. 2014/2089, Holship)

- 643 GEMMA PACELLA
Velo islamico della lavoratrice e corporate image: Corte Europea e bilanciamento degli interessi
(Commento a C. Giust., Grande Sezione, 14 marzo 2017, C-157/15)

osservatorio

- 655 ALBERTO AVIO
La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità
- 669 STEFANIA BUOSO
Docenza universitaria e astensione dal lavoro
- 683 *Notizie sugli autori*
- 685 *Abbreviazioni*
- 687 *Indice annata 2017*
- 695 *Indice autori 2017*

In quest'anno sono stati sottoposti a referaggio, con esito positivo, i contributi di:

Anna ALAIMO, Arianna AVONDOLA, Antonello BALDASSARRE, Stefano BATTINI, Rosa CASILLO, Nunzia CASTELLI, Giovanni D'AMICO, Ombretta DESSI, Alessandro DI CASOLA, Francesco DI NOIA, Antonella DURANTE, Maria Dolores FERRARA, Giorgio FONTANA, Alessandro GARILLI, Gemma PACELLA, Valentina PASQUARELLA, Giovanni PINO, Antonio RICCIO, Carla SPINELLI

Il referaggio è stato effettuato da:

Mariapaola AIMO, Franca BORGOGELLI, Laura CALAFÀ, Raffaele DE LUCA TAMAJO, Daniela IZZI, Andrea LASSANDARI, Fiorenzo LIGUORI, Antonio LO FARO, Fiorella LUNARDON, Mariella MAGNANI, Giovanni ORLANDINI, Angelo PANDOLFO, Paolo POLLICE, Roberto ROMEI, Riccardo SALOMONE, Patrizia TULLINI, Bruno VENEZIANI, Roberto VOZA

table of contents

editorial

- 485 EDOARDO ALES
The European Social Model After the Crisis: A Genetic Mutation?

articles

- 495 GIOVANNI PINO
Re-reading the Notion of Balancing the Exercise of the Right to Strike and the Rights of Citizens in the Social Complexity
- 529 ROSA CASILLO
The 'Agile' Subordination
- 553 FRANCESCO DI NOIA
Law and Collective Agreement Before and After Article 8, Law 148/2011: Story of a Relationship in Crisis
- 577 ANTONIO RICCIO
The Main Theoretical and Practical Profiles of the Certification of Employment Contracts

case law

- 613 GIORGIO FONTANA
Constitutionality Issues of the Increasing Protection Contract
(Comment to Rome Tribunal 26 July 2017, ordinance)
- 631 ANTONELLA DURANTE
Trade Union Rights and Freedom of Establishment in the North Sea
(Comment to Supreme Court of Norway, 16 December 2016, HR-2016-2554, case n° 2014/2089, Holship)

- 643 GEMMA PACELLA
Islamic Headscarf of the Employee and Corporate Image: European Court and Balance of Interests
(Comment to Court of Justice of the European Union, Great Chamber, 14 March 2017, C-157/15)

observatory

- 655 ALBERTO AVIO
The New Protection of the Whistleblowing Employee
- 669 STEFANIA BUOSO
University Professor and Strike
- 683 *Authors' information*
- 685 *Abbreviations*
- 687 *Table of contents 2017*
- 695 *Table of authors 2017*

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

Anna ALAIMO, Arianna AVONDOLA, Antonello BALDASSARRE, Stefano BATTINI, Rosa CASILLO, Nunzia CASTELLI, Giovanni D'AMICO, Ombretta DESSI, Alessandro DI CASOLA, Francesco DI NOIA, Antonella DURANTE, Maria Dolores FERRARA, Giorgio FONTANA, Alessandro GARILLI, Gemma PACELLA, Valentina PASQUARELLA, Giovanni PINO, Antonio RICCIO, Carla SPINELLI

The referees have been:

Mariapaola AIMO, Franca BORGOGELLI, Laura CALAFÀ, Raffaele DE LUCA TAMAJO, Daniela IZZI, Andrea LASSANDARI, Fiorenzo LIGUORI, Antonio LO FARO, Fiorella LUNARDON, Mariella MAGNANI, Giovanni ORLANDINI, Angelo PANDOLFO, Paolo POLLICE, Roberto ROMEI, Riccardo SALOMONE, Patrizia TULLINI, Bruno VENEZIANI, Roberto VOZA

Edoardo Ales

Il Modello Sociale Europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?

Sommario: **1.** Modello Sociale: di cosa parliamo? **2.** Modello Sociale Europeo? O dell'Unione Europea? **3.** Il Modello Sociale UE: policentrismo sociale e solidarietà condizionata. **4.** Gli strumenti attuativo-regolativi del Modello Sociale UE. **5.** Il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali e il Semestre Europeo. **6.** Il Pilastro quale risposta alla mutazione genetica.

1. *Modello Sociale: di cosa parliamo?*

È opinione comune che il decennio di crisi finanziaria appena trascorso abbia messo a dura prova la capacità di tenuta del Modello Sociale Europeo e che questo, nella sua dimensione politica e giuridica, non ne sia uscito indenne. Anzi, anche qui per opinione sufficientemente condivisa, ne sarebbe uscito geneticamente modificato, molto più di quanto già non lo fosse stato a seguito della “modernizzazione” di inizio secolo (*flexicurity*).

Altrettanto, se non più, diffusa è l'opinione che la mutazione genetica sia stata indotta da scelte politiche dimentiche della socializzazione universalistica e solidaristica del rischio, ed orientate, piuttosto, ad una enfaticizzazione della competitività del sistema, a sua volta consapevolmente incurante delle conseguenze negative che dalla mutazione genetica del proprio Modello Sociale sarebbero derivate per singoli o per i gruppi socialmente ed economicamente esclusi.

Volendo brevemente riflettere su di un tema di così ampia e rilevante portata, non si può non partire da un chiarimento contenutistico dell'espressione Modello Sociale, proponendone una definizione che colga la sua essenza giuridica in una prospettiva dinamica e cronologicamente situata.

Per Modello Sociale “in atto” intenderei, dunque, la costruzione di un sistema regolativo fondato su quattro pilastri valoriali, quali:

- l’inclusione economica e sociale dell’individuo in una determinata comunità di rischio attraverso il lavoro, nella sua più ampia accezione di strumento di progresso sociale, quale compito delle autorità pubbliche, non delegabile al mercato (dimensione individuale del Modello Sociale);

- il raggiungimento della coesione economica, sociale e territoriale da parte della stessa comunità, quale conseguenza dell’inclusione economica e sociale degli individui che la compongono (dimensione “societale” del Modello Sociale);

- il bilanciamento di interessi tra capitale e lavoro, da raggiungere mediante un’attenta combinazione tra cooperazione e conflitto (dimensione collettiva del Modello Sociale);

- lo stimolo all’acquisizione di consapevolezza da parte del consumatore circa le conseguenze sociali delle proprie propensioni (dimensione anti-consumeristica del Modello Sociale).

Trattandosi di un Modello Sociale “in atto”, la sua operatività passa, evidentemente, attraverso l’affermazione di principi, diritti-doveri e libertà coerenti con i pilastri valoriali appena elencati, nonché, ma forse soprattutto, attraverso l’adozione di politiche pubbliche mirate a favorirne l’attuazione.

Si tratta, evidentemente, di una definizione generale che può essere applicata a qualsiasi comunità di rischio e che pone almeno tre interrogativi ineludibili: in primo luogo, quale, e come è definita, la comunità di rischio; in secondo, chi è l’individuo da integrare; in terzo e ultimo quali sono, in concreto, le fonti regolative attuative del Modello Sociale.

La risposta al primo interrogativo è, al tempo stesso, semplice e complessa. Semplice, in quanto sta allo studioso individuare l’oggetto della propria ricerca, scegliendo, quindi, una delle numerose comunità di rischio esistenti, così come moltiplicatesi nella dimensione multi-livello assunta dalla *governance* economica e sociale nella globalizzazione. Complessa, data la notevole e crescente instabilità delle comunità di rischio esistenti, dovuta proprio alla messa in discussione dei pilastri valoriali sopra enunciati, derivante dalla loro non più generalizzata condivisione. Si pensi, con riferimento all’Unione europea, alla *Brexit*, ma anche, più di recente, alla vicenda catalana, nella quale, al di là degli aspetti “culturali”, le motivazioni economico-sociali delle spinte centrifughe paiono decisive.

La complessità della risposta al primo interrogativo, trova riscontro nel-

l'assoluta complessità della risposta al secondo, relativo all'identificazione dell'individuo da integrare ovvero alle dimensioni quali-quantitative che la comunità di rischio può assumere in una prospettiva incrementale, determinata, oggigiorno più che nel passato, da flussi migratori difficilmente controllabili, soprattutto laddove la singola comunità sia inserita in una più ampia "comunità di comunità", teoricamente unita dalla condivisione dei pilastri valoriali sopra esposti.

Se non ci si accontenta di una mera analisi dell'esistente ma ci si proietta sugli sviluppi o, se si vuole, sulle mutazioni genetiche del Modello Sociale, non meno complessa delle prime due è la risposta al terzo interrogativo ovvero quello relativo alle fonti e agli strumenti attuativo-regolativi del Modello Sociale stesso. Interrogativo che, stante l'impegno delle autorità pubbliche alla sua realizzazione, comune ai quattro pilastri valoriali sopra enunciati, può essere facilmente esteso alle fonti di finanziamento del medesimo.

2. *Modello Sociale Europeo? O dell'Unione Europea?*

Dovendo operare una scelta, in queste brevi riflessioni, ci si concentrerà sull'Unione europea e, quindi, sul Modello Sociale tecnicamente noto come europeo, rispondendo, così, sin da subito, al primo interrogativo, quello relativo all'individuazione della comunità di rischio, con il proposito di rispondere, poi, al secondo e al terzo interrogativo e, quindi, di concludere sulla questione della mutazione genetica.

Se, dunque, la comunità di rischio sociale di riferimento dell'analisi è l'Unione europea e la prospettiva è anche quella regolativa, tecnicamente più congrua risulta essere l'indicazione di Modello Sociale *dell'Unione europea*, indicazione che consente di non impegnarsi in un'opera, sempre rischiosa, di classificazione dei Modelli Sociali nazionali a livello europeo o di teorizzazione di quello che potrebbe essere, in una prospettiva idealizzante e decontestualizzata, il Miglior Modello Sociale Possibile.

Qualsiasi considerazione sul Modello Sociale dell'Unione europea, non può che prendere le mosse dall'assetto ordinamentale della dimensione sociale dell'Unione, vista quale combinazione, auspicabilmente cooperativa ma spesso competitiva, di giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali (con riferimento agli strumenti dell'OIL, dell'ONU e, soprattutto, del Consiglio d'Europa), reciprocamente integrate fin quasi a rendere inestricabile il

groviglio regolativo che ne risulta. In questa prospettiva, se la comunità giuridica (Unione europea) appare ben definita dai Trattati, molto meno chiaro e soddisfacente risulta l'assetto ordinamentale di quella che dovrebbe essere la corrispondente comunità di rischio sociale, tuttora policentrica nonostante gli sforzi profusi. Complesse appaiono, soprattutto, le forme di canalizzazione delle varie volontà politiche che dovrebbero farsi portatrici delle scelte valoriali sopra enunciate, ovviamente laddove condivise. Tutto ciò ha determinato il paradossale ma immanente e doloroso conflitto tra "cittadinanze sociali" (dell'Unione, nazionale interna e, persino, nazionale di stati terzi).

3. *Il Modello Sociale UE: policentrismo sociale e solidarietà condizionata*

Consapevoli di questa contraddizione intrinseca al Modello Sociale dell'Unione europea, sulla quale si avrà modo di tornare in sede di risposta al terzo interrogativo sulle fonti di regolazione, ci si può ora dedicare al secondo, relativo all'identificazione dell'individuo da integrare nella comunità di rischio policentrica costituita dall'Unione europea. La risposta, per nulla scontata e frutto di un'elaborazione sofferta da parte del legislatore dell'Unione (Direttiva 2004/38) e della Corte di giustizia UE (*Dano*), è tanto dura quanto chiara: la comunità di rischio nella quale le pubbliche autorità hanno l'obbligo di integrare l'individuo è quella nazionale nella quale l'individuo stesso intende risiedere e l'obbligo ricorre soltanto nel caso in cui l'individuo abbia contribuito alla realizzazione in concreto di quella comunità di rischio, almeno per un certo periodo di tempo¹.

Si tratta, evidentemente di una risposta che tende ad oggettivare, attraverso una sua spersonalizzazione, il tema dell'integrazione economica e sociale, fondando quest'ultima su di un parametro misurabile in termini di corresponsività, quale la contribuzione effettiva all'esistenza e allo sviluppo della comunità di rischio (nazionale) sulla quale incombe l'obbligo giuridico di garantire l'integrazione del singolo individuo.

Siamo, dunque, di fronte all'abbandono della solidarietà quale criterio meta-giuridico di integrazione, in favore del principio giuridicamente misurabile della corresponsività tra contribuzione, in senso lato, e integrazione,

¹ V. ALES, *Il diritto alle prestazioni sociali dei migranti economicamente non attivi: una parola definitiva dalla Corte di giustizia*, in *DLRI*, 2017, p. 295 ss.

con conseguente (ri)collocazione della solidarietà tra i valori ispiratori del Modello Sociale (dell'Unione europea), sebbene in un'accezione non universalistica ma condizionata e, quindi, non gratuita ma corrispettiva.

Siamo anche di fronte, almeno nella Giurisprudenza della Corte di giustizia, ad una, potremmo dire conseguente, ricalibrazione del principio di parità di trattamento, ricondotto nell'alveo del suo più consolidato riferimento a situazioni analoghe ovvero alla presenza di condizioni concrete che determinano l'obbligo al trattamento uniforme.

Dalle vicende più recenti emerge, dunque, confermato, con nettezza, il policentrismo sociale dell'Unione europea e la difficoltà di immaginare l'Unione stessa come comunità di rischio sociale unitaria o anche semplicemente integrata, se non nel caso della libera circolazione dei lavoratori ovvero dei cittadini dell'Unione economicamente attivi.

E questo nonostante, ad onor del vero, negli ultimi tempi, si sia aperto un dibattito su strumenti di integrazione unitaria, con riferimento all'indennità di disoccupazione e al reddito di base, dibattito il cui futuro sembra, però, decisamente incerto.

Ciò a testimonianza di una scarsa considerazione della dimensione "sociale" del Modello Sociale dell'Unione, frutto di una clamorosa sottovalutazione del principio di coesione economica, sociale e territoriale sancito dagli art. 175 ss. TFUE. Sottovalutazione che non può essere considerata rimozione solo in considerazione del riferimento ad esso operato nel regolamento istitutivo del Fondo Europeo di adeguamento alla Globalizzazione (FEG).

4. *Gli strumenti attuativo-regolativi del Modello Sociale UE*

Policentrismo sociale e solidarietà condizionata ovvero le risposte ai primi due interrogativi, costituiscono il viatico (o il fardello) con il quale affrontare il terzo ed ultimo, relativo agli strumenti regolativi.

D'altro canto, il policentrismo strutturale e funzionale dell'Unione quale (ipotetica) comunità di rischio sociale trae, al tempo stesso, origine e conferma procedurali sul versante attuativo-regolativo dall'adozione dell'approccio cooperativo ai rapporti tra regolatori nazionali e regolatore sopranazionale nell'individuazione di requisiti minimi comuni, realizzatosi con l'Atto Unico Europeo del 1986 (art. 118a TCEE) e pienamente confer-

mato nell'assetto attuale (art. 153 TFEU), anche in considerazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità sui quali deve fondarsi l'intervento delle Istituzioni dell'Unione.

I requisiti minimi comuni individuati dalle direttive, costituiscono, tuttavia, senza ombra di dubbio un nucleo rilevante del Modello Sociale dell'Unione europea, potendo vantare il merito di aver profondamente inciso sulla legislazione degli Stati Membri, se non altro per ciò che concerne il coinvolgimento dei lavoratori, le ristrutturazioni d'impresa, la salute e sicurezza sul lavoro (ivi incluso l'orario) e il diritto antidiscriminatorio.

Si tratta di temi fondamentali nello svolgimento del rapporto di lavoro, rispetto ai quali, possiamo affermare l'esistenza di regole minime comuni, in grado di attenuare il policentrismo e creare una comunità di rischio se non sociale, nell'accezione sopra descritta, almeno giuslavoristica, seppur priva, per propria e scarsamente sensata scelta politica, della possibilità di determinare regole condivise in materia di libertà di associazione, retribuzione e azione collettiva (art. 153(5) TFUE).

Probabilmente portato all'estremo della praticabilità e sostenibilità politica, soprattutto nell'Unione post-allargamento, l'utilizzo della tecnica dei requisiti minimi o, se si vuole, dell'integrazione attraverso la legge, ha subito un notevole rallentamento, se non un vero e proprio fermo (si vedano, però, le proposte di modifica della direttiva distacco e della direttiva informazione individuale). D'altro canto, ben prima dell'allargamento del 2004, il rientro del Regno Unito nella dimensione sociale e l'approvazione del Trattato di Amsterdam avevano determinato un evidente cambio di prospettiva in favore del coordinamento delle politiche, che avrebbe avuto come effetto virtuoso la convergenza non forzata delle legislazioni verso obiettivi comuni determinati attraverso un dialogo circolare tra Stati Membri ed Istituzioni dell'Unione.

Ci si riferisce, ovviamente, alla Strategia Europea per l'Occupazione, inaugurata nel 1997 e incorporata nel TFUE, per questo sopravvissuta alle temperie politiche ed economiche, tanto da aver festeggiato quest'anno il proprio ventennale. Non è necessario ripercorrerne qui le vicende o gli aspetti procedurali. Ai nostri fini, infatti, è sufficiente analizzarne brevemente il punto di approdo attuale ovvero il suo inserimento all'interno del cosiddetto Semestre europeo, nell'ambito della Strategia Europa 2020 e, dunque, il suo ingresso, a pieno titolo, nell'alveo della nuova *governance* economica europea.

Questo ingresso, se, da un lato, è stato visto dalla maggior parte dei giu-
slavoristi come la sconfitta dell'autonomia della dimensione sociale da parte
di quella economica e monetaria, dall'altro, ha avuto il pregio, a mio avviso,
di aver chiarito definitivamente l'equivoco sul quale si è basata la costruzione
della Comunità economica europea ovvero la praticabilità della separazione
della sfera sociale da quella economica. Separazione dalla quale è evidente-
mente scaturito il policentrismo sociale con il quale attualmente siamo co-
stretti a confrontarci.

La riconduzione ad unità della dimensione sociale e di quella econo-
mica, consente, infatti, di evidenziare come sia stato illogico tentare di scin-
derle, essendo esse destinate ad incontrarsi e scontrarsi, se non a monte
certamente a valle ovvero nel funzionamento concreto della comunità di ri-
schio, laddove quella delle due con minor peso politico – nell'attuale mo-
mento storico decisamente la sociale – risulterà irrimediabilmente perdente.

Spostato il discorso a monte ovvero nel Semestre europeo e risolto, al-
meno sul versante delle politiche, attraverso la loro integrazione, l'*impasse*
procedurale posto alla base della *summa divisio* economico-sopranazionale –
sociale-nazionale, proprio del policentrismo sociale dell'Unione, si può e si
deve ragionare del vero elemento di preoccupazione legato ai riferimenti
assiologici delle politiche stesse una volta integrate.

Da questo punto di vista, occorre preliminarmente sottolineare come,
nel corso del suo primo ventennio di vita, la SEO si sia venuta progressiva-
mente elaborando alla stregua di un concetto olistico di Occupazione² che
ricomprende al proprio interno tutte le vicende esistenziali socialmente ed
economicamente rilevanti per l'essere umano: il contesto familiare, l'istru-
zione e la formazione, la ricerca dell'impiego e le sue vicende, le cosiddette
transizioni da un impiego ad un altro, le reti di sicurezza, la tutela pensioni-
stica. Una visione che guarda all'Occupazione in una accezione dinamica e
non statica, impegnando le autorità pubbliche a correggere i fallimenti del
mercato e dell'impresa, attraverso l'accompagnamento costante dell'individuo
dalla "culla alla bara".

² V. ALES, *The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic approach to the EU social commitment*, in *ELLJ*, 2017, p. 122 ss.

5. *Il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali e il Semestre Europeo*

Sulla scia di questo approccio olistico, il versante contenutistico si è arricchito, proprio nel 2017, di una novità molto interessante, seppure giuridicamente non vincolante: il Pilastro europeo dei Diritti sociali³.

Nel quadro appena delineato, un primo pregio del Pilastro è da cogliere nel nuovo approccio ad esso sotteso, che lo distingue anche dalla Carta dei Diritti fondamentali UE ovvero la capacità di coniugare i diversi registri regolativi normalmente utilizzati nell'attuazione dei valori sottesi al Modello Sociale: il registro dei principi, quello dei diritti-doveri e delle libertà, ma forse e soprattutto, quello delle politiche pubbliche miranti a favorirne l'attuazione.

Il Pilastro, infatti, dimostra una notevole capacità di alternare i diversi registri, miscelando efficacemente, impegni politici specifici, principi, diritti-doveri e libertà. Quello che colpisce, soprattutto, è la graduazione dei primi, con le Istituzioni dell'Unione e gli Stati membri che “assicurano”, “supportano”, “invocano” e “prevengono”, consentendoci così di guardare ai principi, ai diritti-doveri e alle libertà in una prospettiva attualistica.

Un secondo pregio del Pilastro è da cogliere, a mio avviso, nell'ipostizzazione dell'approccio olistico proprio della SEO, mediante l'individuazione di diverse prospettive di analisi della comunità di rischio che rendono rilevanti a fini di protezione sociale altrettanti gruppi obiettivo, ciascuno preso in considerazione secondo i propri specifici bisogni. E, dunque, alcune disposizioni del Pilastro rivestono un carattere universale (“ciascuno”), adottando, quindi, una prospettiva “sociale”, mirante all'integrazione e alla coesione sociale; altre assumono una connotazione più specifica, come quelle che si riferiscono alla dimensione di genere, all'età (giovani e anziani), alla dimensione familiare (minori e alternanza vita lavoro), alle persone con disabilità; per giungere, infine, con rilevanza quali-quantitativa almeno pari a quella delle disposizioni a carattere universale, a quelle relative ai soggetti economicamente attivi, rilevanti sia sul piano dei rapporti individuali e collettivi di lavoro che dei rapporti previdenziali.

Politiche, principi, diritti-doveri e libertà, trovano, quindi, nel Pilastro

³ V. ALES, *The European Pillar of Social Rights: an ambitious 'soft-law guide' to efficient employment and social outcomes*, in SINGER, BAZZANI (eds.), *European Employment Policies: Current Challenges*, Berlin, BWF, 2017, p. 43 ss.

la loro *summa*, facendolo a mio avviso assurgere a riferimento contenutistico consolidato e stabile non solo del Modello Sociale dell'Unione, ma anche, e a maggior ragione, del Semestre europeo, rispetto al quale esso assume un'efficacia vincolante, almeno per quanto riguarda le Istituzioni dell'Unione, soprattutto nell'elaborazione delle Raccomandazioni Nazionali Specifiche adottabili nei confronti dei singoli Stati Membri.

6. *Il Pilastro quale risposta alla mutazione genetica*

Alla luce di quanto osservato, il tema della mutazione genetica del Modello Sociale dell'Unione europea, può essere affrontato avendo a disposizione un riferimento contenutistico consolidato e stabile. Ciò ovviamente richiederebbe un'analisi dettagliata del Pilastro improponibile in questa sede.

Tre punti, tuttavia, possono essere evidenziati, senza compromettere l'economia del discorso. Essi corrispondono ad altrettante linee di riforma recentemente adottate in tre importanti Paesi Europei.

La prima riguarda la disciplina del licenziamento individuale, oggetto in Italia dei ben noti, profondi cambiamenti nel senso di un sostanziale alligierimento degli obblighi datoriali. Ebbene, in questa prospettiva, il Pilastro adotta una linea più coraggiosa e comprensiva di quella fatta propria dall'articolo 30 della Carta, prevedendo che: “prima del licenziamento, i lavoratori hanno il diritto di essere informati delle motivazioni e a ricevere un ragionevole periodo di preavviso. Essi hanno il diritto di accedere a una risoluzione delle controversie efficace e imparziale e, in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto di ricorso, compresa una compensazione adeguata” (punto 7b).

La seconda linea di riforma riguarda la definizione di lavoratore e, indirettamente, la determinazione dell'ambito soggettivo di applicazione del diritto del lavoro, oggetto di un recente intervento del legislatore irlandese in materia di esenzione dal diritto della concorrenza e dai suoi limiti della contrattazione collettiva relativa a settori del “falso” lavoro autonomo o del lavoro autonomo economicamente dipendente, individuati per decreto dall'Esecutivo su richiesta delle organizzazioni sindacali che intendono stipulare il relativo contratto collettivo (*Competition (Amendment) Act 2017*). Anche in questo caso il Pilastro adotta un approccio coraggioso ed espansivo, estendendo ai lavoratori autonomi che versino in condizioni comparabili a quelle

dei lavoratori subordinati un, sia pure generico, diritto ad una adeguata protezione sociale (punto 12).

La terza ed ultima linea di riforma riguarda la contrattazione collettiva, soprattutto aziendale, oggetto, in Francia, ormai da qualche anno, di reiterati interventi che ne hanno esteso il ruolo a discapito della legge, da un lato, enfatizzando la rilevanza dell'autonomia collettiva nella regolamentazione delle condizioni di lavoro, attraverso un ampio uso degli obblighi a trattare, dall'altro, ponendo l'accento sulla struttura della rappresentanza dei lavoratori nell'impresa, in chiave di sua razionalizzazione, al fine di far fronte alla nuova centralità del livello aziendale. Persino con riferimento alla dimensione collettiva, da sempre residuale nel Modello Sociale dell'Unione, se si esclude il coinvolgimento dei lavoratori, il Pilastro esalta, direi sorprendentemente, il ruolo delle parti sociali. Esse, infatti "sono consultate per l'elaborazione e l'attuazione delle politiche economiche, occupazionali e sociali nel rispetto delle prassi nazionali. Esse sono incoraggiate a negoziare e concludere accordi collettivi negli ambiti di loro interesse, nel rispetto della propria autonomia e del diritto all'azione collettiva. Ove del caso, gli accordi conclusi tra le parti sociali sono attuati a livello dell'Unione e dei suoi Stati membri." (punto 8a) Inoltre, "è incoraggiato il sostegno per potenziare la capacità delle parti sociali di promuovere il dialogo sociale." (punto 8c).

Questi tre esempi possono servire ad evidenziare l'importanza del Pilastro, inteso, come detto, quale riferimento contenutistico consolidato, stabile e vincolante del Semestre europeo, nella prospettiva di una sia pur timida risposta ai rischi di mutazione genetica ai quali è esposto, spesso per scelta autonoma dei legislatori nazionali, il Modello Sociale dell'Unione. Una risposta che riguarda non solo gli aspetti contenutistici, ma anche quelli procedurali di lotta al policentrismo sociale egoistico che sta caratterizzando l'Unione negli ultimi anni.

A fronte di ciò, a mio avviso, i giuslavoristi sono chiamati ad operare una (non inedita) scelta di campo tra massimalismo utopistico e riformismo realistico, in considerazione del pericolo di implosione che le comunità di rischio sociale corrono in questo momento storico, ivi inclusa la 'comunità di comunità' per eccellenza ovvero l'Unione, in bilico tra nazionalismi populistici e universalismi irrealistici.

Giovanni Pino
 Rilettura della nozione
 di temperamento/bilanciamento
 tra esercizio del diritto di sciopero
 e diritti dei cittadini nella complessità sociale*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il recente andamento del conflitto collettivo. **3.** L'erogazione del servizio pubblico e i suoi cambiamenti. **4.** L'interconnessione diritti costituzionali-servizi pubblici essenziali e la sua interpretazione. **5.** *Segue.* L'equazione cittadino-utente e il suo limite. **6.** *Segue.* La configurazione "ampia" del servizio pubblico nell'esperienza attuativa della legge 146. **7.** *Segue.* La fruizione del patrimonio artistico: la scoperta della "Grande bellezza". **8.** Il nodo della rappresentatività sindacale. **9.** *Segue.* La prospettiva dell'intervento legislativo. **10.** Rappresentatività sindacale e titolarità del diritto di sciopero. **11.** La questione dell'adesione preventiva del lavoratore allo sciopero. **12.** *Segue.* Sul fondamento giuridico della dichiarazione di adesione preventiva. **13.** Il potere di precettazione e la curiosa alchimia che pone in essere.

I. Premessa

Il tema del conflitto collettivo è stato, recentemente, oggetto di un rinnovato interesse da parte degli studiosi¹, a conferma che, pur in un contesto segnato da recessioni internazionali che ne rende più problematica la mani-

* La prima parte di questo saggio è destinata agli Studi in onore di Giuseppe Santoro-Passarelli.

¹ Tra gli studi, recentemente pubblicati, CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo*, FrancoAngeli, 2012; D'APONTE, *Autorità e indipendenza della Commissione di garanzia nei conflitti sindacali*, Giappichelli, 2014; HEPPLER, LE ROUX, SCIARRA, *Laws against strikes. The South African Experience in an international and Comparative Perspective*, FrancoAngeli, 2015; SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013; PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo. Esperienze e prospettive*, Giuffrè, 2015; PINO, *Uno studio su Gino Giugni e il conflitto collettivo*, Giappichelli, 2014.

festazione, il conflitto collettivo e lo sciopero rimangono espressioni fondamentali e insopprimibili di un sistema democratico di relazioni industriali. Il concetto stesso di relazioni industriali (nel quale il riferimento a *industry* indica i vari settori delle attività produttive, ivi compresi i servizi), deve ritenersi, infatti, strettamente collegato con il conflitto collettivo che ne costituisce un punto di riferimento irrinunciabile².

Come ha scritto Mario Rusciano, se i lavoratori non avessero inventato lo sciopero quale strumento di pressione a sostegno dei loro bisogni, non ci sarebbe stata quell'aggregazione di interessi da cui nasce la nozione stessa di *interesse collettivo*³. Come dire, l'*interesse collettivo* non si è prodotto da solo, ma è frutto di un processo sociale e organizzativo nel quale il conflitto e lo sciopero hanno rappresentato le espressioni più significative.

L'esigenza rimane quella di adeguare le concezioni storico-ideologiche, che hanno caratterizzato il conflitto e lo sciopero, alla nuova complessità sociale e alla sua evoluzione. Una rinnovata ricostruzione teorica di tali fenomeni, tra Costituzione e ordinamento intersindacale, alla luce delle profonde trasformazioni della società che investono l'organizzazione produttiva, i regimi di impiego e le stesse regole di protezione sociale. Trasformazioni che, nella loro riconducibilità al ciclo economico (e le sue recessioni), possono anche rimettere in discussione degli assunti ritenuti, tradizionalmente, inamovibili.

Ponderare, dunque, le ragioni del conflitto e dello sciopero con la realtà e il sistema economico-produttivo che cambiano, ricercando nuovi possibili bilanciamenti tra interessi: dei lavoratori, dell'impresa, e quelli sociali dei cittadini. Ciò nella consapevolezza che, come evidenziava anche Gino Giugni, nel suo fondamentale contributo del 1960⁴, la ragion d'essere del giurista risiede proprio nel venir richiamato, costantemente, a qualificare la realtà in movimento.

² KAHN-FREUND, *I conflitti tra i gruppi e la loro composizione*, in *Politica sindacale*, 1960, p. 9 ss.; ID., *Labour and the law*, London 1983 (1972), p. 291 ss., ed. italiana *Il lavoro e la legge*, Giuffrè, 1974; si rinvia anche a BORDOGNA, PROVASI, *La conflittualità*, in CELLA, TREU (a cura di), *Le nuove relazioni industriali. L'esperienza italiana nella prospettiva europea*, il Mulino, 1998, p. 331 ss.; CELLA, TREU *Relazioni industriali*, in *EDN*, Treccani, Vol. VIII, p. 887 ss.

³ RUSCIANO, *Conflitto collettivo e sciopero tra Costituzione e ordinamento intersindacale*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 3.

⁴ GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, 1960.

2. *Il recente andamento del conflitto collettivo*

Indubbiamente, il secolo XX, con le grandi contrapposizioni tra lavoratori (con le loro organizzazioni di interessi) e imprenditori della società industriale, è stato il secolo degli scioperi; il secolo XXI, probabilmente, non lo sarà. Lo sciopero come indicatore non esaustivo, ma soddisfacente del conflitto, in una sorta di *full harmonisation* europea, mostra oggi un andamento diverso nei principali settori economici. È evidente una sua significativa riduzione nel settore industriale nel quale, in tempi di recessione economica, esso è diventato l'*extrema ratio* nelle ipotesi in cui i livelli di protezione occupazionale dei lavoratori siano soggetti a elevati rischi. Lo sciopero, dunque, non è più lo strumento di liberazione dal bisogno, di emancipazione sociale, o di miglioramento delle condizioni di lavoro, ma piuttosto la mobilitazione finale per la difesa dell'occupazione, di fronte alla prospettiva del licenziamento⁵.

Una situazione di controtendenza si registra, invece, nel settore cosiddetto terziario (e soprattutto nei servizi pubblici essenziali), nel quale, a seguito della perdita di *centralità della fabbrica*, le condizioni di conflitto e il ricorso allo sciopero si mantengono su livelli alquanto elevati. Secondo i dati forniti dall'Autorità di garanzia, le proclamazioni di sciopero nei servizi pubblici essenziali si aggirano intorno alle 2000 l'anno⁶, anche se poi, concretamente, a seguito di revoche e interventi della Commissione, ne vengono effettuati meno della metà. Si tratta, comunque, di un numero molto significativo che indica come il ricorso allo sciopero sia una sorta di passaggio fisiologico, una fase necessaria da espletare spesso ancor prima di dar corso qualsiasi ipotesi di composizione della vertenza. Più che sanzione dell'ordinamento intersindacale, esso si rivela spesso strumento di visibilità e legittimazione, specie per i soggetti collettivi meno rappresentativi e più spregiudicati.

Si pone, dunque, in tale contesto dei servizi, l'esigenza di arginare forme di abuso di tale diritto costituzionale, anche in funzione di non depotenziarne gli effetti e restituire ad esso serietà e rigore. Non solo, in un particolare momento storico contrassegnato da una certa crisi dei corpi intermedi

⁵ CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; CORAZZA, *Il nuovo conflitto*, cit.; PESSI, *Conflitto collettivo e mutamenti economico sociali*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 23; SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013.

⁶ Le Relazioni annuali in www.egsse.it.

e da fenomeni di *disintermediazione*⁷ – alimentati anche da un'inquietante diffusione di cultura populista – è necessario far riguadagnare allo sciopero (e al sindacato stesso) una certa *empatia* che possa rendere, se non condivisibili, almeno comprensibili le ragioni che si pongono a fondamento.

Per riconsiderare le ragioni del conflitto e dello sciopero alla luce dell'attuale complessità sociale non si può fare a meno, nel settore dei servizi pubblici essenziali, di una rilettura del concetto di *contemperamento*, tra diritti costituzionali (di sciopero per i lavoratori e di usufruire dei servizi per i cittadini)⁸. Tale concetto, che costituisce la *ratio* della stessa legge 146, non può essere qualcosa di statico e cristallizzato nel tempo, ma, piuttosto, un processo dinamico da interpretare in linea con i mutamenti del contesto sociale e del sistema di fruibilità del servizio pubblico.

Ad una interpretazione dinamica della nozione di *contemperamento/bilanciamento* sono finalizzate le riflessioni che seguono.

3. *L'erogazione del servizio pubblico e i suoi cambiamenti*

La natura *pubblica* del servizio può essere ricercata, come affermava Massimo Severo Giannini, in virtù della sua eminente *rilevanza sociale*⁹, nozione questa che contiene in sé quella di interesse generale, oltre che il riferimento alle tutele dei diritti costituzionali. Così, l'attività stessa dell'impresa che eroga servizi pubblici essenziali e il potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro sono condizionati da un interesse qualificato e dalla prospettiva di un *fine* o *utilità sociale* (art. 41 della Costituzione), che attiene alla collettività e coincide con la garanzia dei diritti fondamentali della persona. In pratica, una forma di attuazione del principio costituzionale di solidarietà¹⁰.

⁷ CARUSO, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e re-intermediazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-326/2017.

⁸ Di recente MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in ED, Annali, Vol. II, Giuffrè, 2008, p. 190; ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea*, Giappichelli, 2003; PASCUCCI, *Conflitto, libertà sindacale e diritto al lavoro nella complessità sociale*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte Costituzionale*, Giuffrè, 2017, p. 238; PASCUCCI, *Metamorfosi del conflitto e contemperamento dei diritti nella l. n. 146/1990*, in DLRI, 2017, p. 567; PINO, *Conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali*, in ED, Annali, Vol X, Giuffrè, 2017, p. 265.

⁹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, II, 1993, p. 23 ss.; in senso analogo l'impostazione in MERUSI, *Servizio pubblico*, in NDI, p. 215 ss.

¹⁰ GALGANO, *Sub art. 41*, in *Comm. Branca, II, Rapporti economici*, Zanichelli, 1982, p. I ss.;

Come è noto, inoltre, il servizio *pubblico* è tale indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro ed anche se svolto in regime di concessione o convenzione. Configurazione, questa (pienamente accolta anche dalla legge 146), che ha reso possibile il superamento, pur nella rilevata instabilità delle discipline regolatrici¹¹, possibili luoghi comuni propensi ad individuare la pubblicità dei servizi con la loro erogazione da parte di enti pubblici¹². Essa, inoltre si ricollega meglio ai processi di privatizzazione e liberalizzazione voluti dall'Unione europea per garantire la *fruibilità* dei servizi pubblici in condizioni di concorrenza, competitività dei mercati e libertà di circolazione di persone e merci¹³.

Se è vero, dunque, che i servizi pubblici hanno rappresentato un pilastro degli “Stati amministrativi sociali del ‘900”, è altrettanto vero che, come ha scritto Sandro Amorosino, i principi di una nuova costituzione europea “*hanno imposto paradigmi normativi prima sconosciuti: dalla regolazione proconcorrenziale, in funzione della creazione di mercati aperti (con l’eliminazione di riserve e privilegi per gli organismi di diritto pubblico operanti nei vari settori e l’ingresso di gestori privati e privato-sociali), all’applicazione della spending review alle gestioni ed ai gestori pubblici deficitari alla rimodulazione dei sistemi delle tariffe e dei contributi pubblici ...*”¹⁴. Si può fare riferimento, in proposito, all’ingresso dei nuovi *competitors* privati nel settore del trasporto ferroviario, tradizionalmente gestito in condizioni di monopolio¹⁵.

GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, il Mulino, 1985, pp. 142 ss.; C. Cost. n. 32/1991, ove la garanzia dei diritti fondamentali della persona come forme di attuazione dell’art. 40 della Costituzione: SANTONI, *Una prima verifica di costituzionalità della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, in *MGL*, 1991, p. 165 ss.

¹¹ MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, il Mulino, 1990, p. 7.

¹² ALES, *Le finalità della legge e la nozione di diritto pubblico essenziale*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, IPSOA, 2000, p. 9 ss.

¹³ Tale processo di liberalizzazione ha avuto, nel nostro Paese, il suo riconoscimento legislativo con l’entrata in vigore del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 maggio 2012 n. 27 (c.d. Decreto “*Cresci Italia*”), che ha sancito l’apertura del sistema di erogazione dei servizi pubblici a nuove realtà imprenditoriali, comportando un ampliamento della nozione stessa di interesse collettivo, oltre che delle dimensioni del conflitto. Si veda GLINIANSKI, PINO (a cura di) *Decreto liberalizzazioni e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2013; NOVVELLA, *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2001, p. 207 ss.

¹⁴ AMOROSINO, *I servizi pubblici: telenovela legislativa e sciarada per i giuristi*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *Il “disordine” dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2015, p. 390.

¹⁵ RANGONE, *Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario*, in AA.VV., *Il “disordine” dei servizi pubblici*, cit., p. 121.

Il processo di liberalizzazione ha, così, comportato il passaggio dal *welfare state* al *regulatory state*, in una prospettiva di superamento dei mercati nazionali e la creazione di un mercato unico europeo¹⁶. A fronte di tutto ciò non si può dire si sia riscontrata una riorganizzazione in termini di efficienza della gestione dei servizi pubblici, per lo meno non nella realtà del nostro Paese. Mentre, invece, è evidente come tali processi abbiano determinato un ampliamento della nozione stessa di interesse collettivo e delle dimensioni del conflitto collettivo, oltre che del contenzioso davanti ai giudici.

4. *L'interconnessione diritti costituzionali-servizi pubblici essenziali e la sua interpretazione*

Nel contesto del mercato economico dei servizi pubblici su-delineato, il sistema di garanzie predisposto dalla legge 146 è fondato sull'interconnessione tra diritti costituzionalmente protetti e servizi pubblici *teleologicamente* essenziali per garantire il godimento di tali diritti¹⁷.

Secondo la ricostruzione tradizionale, obiettivo primario del legislatore sono i diritti costituzionali del cittadino, nella loro elencazione tassativa fornita dall'art. 1 della legge e non suscettibile di ampliamento. È evidente, tuttavia, come già nella stessa elencazione adottata dal legislatore del '90, si possano distinguere diritti di più assoluto rilievo primario (vita, salute, libertà); ed altri "meno assoluti" e spesso anche complementari ai primi (la previdenza e l'assistenza si ricollegano in fondo al diritto alla salute, così come la circolazione o l'istruzione e la comunicazione sono espressioni del generale diritto alla libertà)¹⁸.

I servizi pubblici, invece, altro non sono che il mezzo necessario al conseguimento del suindicato obiettivo.

Sulla base di questa ricostruzione si è ritenuto, in una sorta di indivi-

¹⁶ AMMANNATI, *Presentazione*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *op. cit.*, p. XI; ROSSI, *Regolazione e mercato nei servizi pubblici locali. Quale riordino*, in PASSALACQUA M. (a cura di), *op. cit.*, p. 2 ss.

¹⁷ TREU, *Sub art. 1*, in TREU, GARILLI, PASCUCCI, ROCCELLA (a cura di), *Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in NLCC, 1991, p. 5.

¹⁸ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, 1984; COLAPIETRO, RUOTOLO, *Diritti e libertà*, Giappichelli, 2014; RUSCIANO, *Sub art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, 1991, p. 15.

duazione gerarchica di valori, che la tutela legislativa sia rivolta, *primariamente*, ai diritti dei cittadini utenti dei servizi; *secondariamente*, ai servizi pubblici, la cui garanzia non sarebbe esigibile in via autonoma, ma solo in funzione di tutela dei diritti. Come dire che la nozione di servizio pubblico essenziale è sempre, immediatamente, collegata all'oggetto della tutela identificabile con i diritti, inviolabili dell'uomo (vita, salute, libertà e sicurezza, assistenza e precedenza, etc.), nella loro *unicità* (soltanto quelli) ed *essenzialità* (nel loro contenuto essenziale). Impostazione poi confermata nel successivo art. 8, in materia di precettazione, anch'esso finalizzato a prevenire il pregiudizio grave ed imminente *ai diritti della persona costituzionalmente tutelati di cui all'art. 1*¹⁹.

Sempre con riferimento ad una scala di valori costituzionali, il diritto di sciopero deve ritenersi prevalente sui diritti di natura economico-patrimoniale dell'imprenditore: la legge 146 non pone limitazioni di tale diritto rispetto agli interessi dell'impresa o altri diritti patrimoniali, quali ad esempio la proprietà, o l'iniziativa economica. Le uniche possibili limitazioni del diritto di sciopero, con riferimento all'interesse dell'impresa, saranno quelle indicate dalla giurisprudenza di legittimità, con la ben nota distinzione tra limiti *interni* o *esterni* al diritto di sciopero e tra danno alla *produzione* e alla *produttività*²⁰.

Riguardo ai servizi pubblici – rispetto ai quali, anche in Assemblea Costituente emersero delle difficoltà di ordine definitorio²¹ – la norma di apertura della legge 146 reca un'elencazione esemplificativa, “*in particolare nei seguenti*”, e non tassativa (a differenza di quanto si è ora detto per i diritti). Elencazione che lascia, così, intendere la possibilità di ampliamento o inter-

¹⁹ Coerentemente con tale impostazione la prima sentenza della Corte costituzionale sulla legge n. 146, la n. 32/1991, nella quale le finalità di interesse generale attraverso la garanzia dei diritti fondamentali della persona, vengono ricostruite nella considerazione che la legge n. 146 costituisce un'attuazione dell'art. 40 Cost. SANTONI, *Una prima verifica*, cit., p. 165 ss.

²⁰ Cassazione n. 711/1980, sulla quale, DI MAJO, *Tutela civile e diritto di sciopero*, in *RGL*, I, 1980, p. 302; più in generale, BORGOGELLI, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, 1998, p. 45 ss.; DE FALCO, *Diritto di sciopero e interesse dell'impresa*, Jovene, 2003; Anche successivamente alla emanazione della legge 146, la Corte Costituzionale con la sent. n. 317/1992, ha ribadito come le limitazioni dell'esercizio del diritto di sciopero riguardano le esigenze di tutela degli interessi dell'impresa restano demandati alle regole elaborate dalla giurisprudenza relativamente alla salvaguardia della produttività dell'azienda.

²¹ Ampio dibattito in Assemblea in merito ai servizi pubblici in senso stretto, servizi pubblici essenziali, tra i quali quelli fondamentali per garantire la continuità delle funzioni statali, servizi di pubblica utilità e servizi cc.dd. accessori. Cfr. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Cedam, 1964.

pretazione estensiva, in considerazione dell'offerta dei servizi sul mercato, strettamente collegata all'evoluzione tecnologica, e tutte le volte che ciò possa ritenersi funzionale agli scopi stessi della legge²².

All'interconnessione *diritti-servizi* si collega, poi, il concetto di *limite minimo*, come soglia di garanzia dei diritti costituzionali, nel loro contemperamento con il diritto di sciopero, al di sotto della quale si avrebbe una lesione, nel loro contenuto essenziale²³. *Limite minimo* la cui determinazione è rimessa, in primo luogo, all'autonomia collettiva, in una logica di valorizzazione del ruolo del sindacato, oltre che a conferma della considerazione della riserva di legge, dell'art. 40 della Costituzione, come *relativa*²⁴.

L'obiettivo di una interpretazione evoluta del concetto di *contemperamento/ bilanciamento*, oltre che, come vedremo, la stessa prassi applicativa della legge 146, ci conducono all'interrogativo se possa ritenersi, non tanto erronea, ma quantomeno ancora valida questa lettura tradizionale, basata sulla tassatività dei diritti costituzionali tutelati, e sulla subalternità, rispetto a questi, dei servizi pubblici da garantire.

5. Segue. *L'equazione cittadino-utente e il suo limite*

Probabilmente, alla ricostruzione in termini tassativi dei diritti tutelati in caso di sciopero ha contribuito la tradizionale configurazione dei soggetti che ne sono titolari meramente come *utenti*: gli *utenti* dei servizi²⁵.

La semplice nozione di *utente*, in verità, come rileva Cesare Pinelli, non

²² VALLEBONA, *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2007, p. 55 ss.; Commissione di garanzia n. 1/110 del 4 ottobre 2001.

²³ ALES, *op cit.*, p. 8 ss.; BALLESTRERO, *Sub art. 1*, in ROMAGNOLI, BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 59; CURZIO, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi essenziali*, Cacucci, 1992, p. 71 ss.; GHEZZI, *Lo sciopero nei servizi pubblici: considerazioni sul testo approvato dal senato della Repubblica*, in *RGL*, I, 1989, p. 45; RUSCIANO, *Sub art. 1*, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi essenziali*, cit., p. 14 ss.; TREU, *Sub art. 1*, in TREU, GARILLI, PASCUCCI, ROCCELLA (a cura di), *Il diritto di sciopero*, cit., p. 4 ss. e p. 10.

²⁴ BALDUZZI, SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *ED*, Vol. X, Giuffrè, 1989, p. 1207 ss. Ciò, peraltro in linea con la giurisprudenza costituzionale, CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1971; GHERA, *La Corte costituzionale e il diritto sindacale*, in BORTONE (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e relazioni industriali*, Cacucci, 1990, p. 96 ss.

²⁵ COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Giuffrè, 2005; STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Cedam, 1994.

sembra collocarsi pienamente in quella di cittadinanza, ma rimane confinata in una provincia intermedia tra lo *status* del cittadino e quello del consumatore²⁶. Essa, infatti, rischia di rivelarsi inadeguata, intanto, con riferimento all'evoluzione stessa del servizio pubblico, nel momento in cui riduce il cittadino a niente di più che un mero utilizzatore di servizi, per il quale si pone la necessità di individuare, come garanzia ed anche come limite, in modo chiaro quali diritti debbano essere, unicamente, tutelati.

Non solo, ma, a ben guardare, la concezione che riduce il cittadino esclusivamente a un mero *utilizzatore finale di servizi*, rivela i suoi limiti anche con riferimento alla rilevanza *etico-politica* del conflitto, nel momento in cui si finisce per considerare tale *utilizzatore* come un soggetto estraneo e indifferente a qualsiasi ragione sociale che sta alla base del conflitto collettivo. Con ciò non si vuole richiamare una forma di solidarietà *di classe* con le ragioni del conflitto, ma, piuttosto, profilare l'eventualità di una possibile non totale indifferenza del cittadino verso tali ragioni.

Il superamento della considerazione predominante del cittadino come mero *utente* potrebbe, probabilmente, rivelarsi più rispondente ad una visione più evoluta dei servizi pubblici che tende a privilegiare, soprattutto l'elemento della loro *fruizione*. Se si guarda, infatti, più in generale, alla figura del cittadino (rispetto a quella dell'utente), come posizione giuridica meritevole di tutela, saranno ammissibili forme di garanzia del servizio pubblico più consone ad una configurazione dinamica dei diritti costituzionali e non limitata ad una tassativa elencazione di questi. Si potrà, inoltre, cominciare a guardare al servizio pubblico non in termini di subalternità rispetto ai diritti costituzionali, ma in termini di autonoma esigenza di tutela e garanzia.

6. Segue. *La configurazione "ampia" del servizio pubblico nell'esperienza attuativa della legge 146*

L'esperienza attuativa della legge ha visto l'affermazione di una configurazione in senso ampio dei servizi pubblici essenziali, modulata a seconda che il legislatore usi l'espressione più restrittiva "*limitatamente a*"; ovvero quella più ampia "*con particolare riferimento a*". Basti pensare, ad esempio, che,

²⁶ PINELLI, *Individuazione e tutela dei diritti fondamentali degli utenti dei servizi pubblici essenziali*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 225.

a garanzia del diritto alla mobilità dei cittadini, la legge si limitava ad indicare i servizi di trasporto pubblico (urbano, ferroviario, aereo e marittimo), mentre ad essi sono stati aggiunti, in via interpretativa, il servizio taxi, la distribuzione di carburante, il soccorso autostradale, l'autonoleggio con conducente²⁷; o ancora, che per la tutela della salute la legge faceva un generico riferimento alla sanità, la Commissione ha, poi, ricondotto tale riferimento non solo alla sanità pubblica, ma anche alla sanità privata, fino a ricomprendervi anche le terme a fini terapeutici²⁸.

Non solo, ma può essere significativo come l'esclusione dello sciopero in particolari servizi è stata richiesta con riferimento alla realizzazione di particolari eventi ritenuti alla stregua di servizi pubblici essenziali. Ci si riferisce al trasporto pubblico locale, con riferimento al quale la disciplina di settore prevede che le organizzazioni sindacali nazionali o aziendali “*non effettueranno astensioni dal lavoro in concomitanza con manifestazioni di rilevante importanza...*”²⁹. Nell'ambito di tali eventi di rilevanza nazionale ed internazionale, allo stato, sono rientrati: il *G-8 Esteri*, l'*Ostensione della Sacra Sindone* a Torino, il *Motorshow* di Bologna, l'*Eurochocolate* di Perugia, *Pitti Immagine Uomo* di Firenze, Milano *Moda Donna*, il *Salone Internazionale del Libro* di Torino, il *Salone del Mobile* a Rho, il *Salone Internazionale del Gusto e Terra Madre*, il *Festival di Spoleto*, il *Raduno degli Alpini e Friuli Doc*.

Dunque, un'ampia garanzia di *manifestazioni di rilevante importanza*, di fronte ai quali si può ritenere che la garanzia del servizio di trasporto non sia giustificata da ragioni di ordine pubblico, o di sicurezza o di tutela dell'incolumità personale, bensì proprio dall'esigenza di assicurare, attraverso la salvaguardia della libertà di movimento, la riuscita di eventi che hanno una loro rilevanza soprattutto sul piano dell'immagine del Paese.

Questa ampia configurazione dei servizi pubblici essenziali non potrebbe più giustificarsi alla luce di una lettura tassativa dei diritti della persona. Essa ha finito, giocoforza, per ampliare anche la nozione stessa di diritto costituzionale garantito, non più riconducibile solamente quelli definiti “pri-

²⁷ Si veda la delibera n. 1/100 del 4 ottobre 2001. Sul tema, VALLEBONA, *Le regole dello sciopero*, cit., p. 55 ss.

²⁸ Si vedano le delibere n. 5/134 del 16 marzo 2005, n. 4/214 del 1 aprile 2004; nonché la n. 4/612 dell'11 novembre 2004 e il Verb. 22-23 novembre 2003 n. 519, punto 10.1.

²⁹ Art. 5 della Regolamentazione provvisoria delle prestazioni indispensabili nel settore del trasporto locale, approvata dalla Commissione con delibera del 31 gennaio 2002, n. 2/13, e pubblicata nella G.U. del 23 marzo 2002, n. 70.

mari” della persona, per i quali l’erogazione del servizio pubblico assume un ruolo *salvavita*, ma più in generale ai diritti di *libertà*, difficilmente declinabili in termini di tassatività. Così, ad esempio, attraverso la garanzia del servizio elettorale è stata riconosciuta la necessità di contemperare l’esercizio del diritto di sciopero, con quello del cittadino di votare³⁰. Tale diritto, attraverso il quale si esercita la sovranità popolare, non rientrava tra quelli indicati nel comma 1 dell’art. 1 della legge³¹.

A ben guardare, la soluzione che propende per una configurazione non tassativa dei diritti indicati dal suddetto art. 1, può essere anche sorretta da una lettura correlata della norma, con il successivo art. 8, in materia di pre-cettazione. In entrambe si fa riferimento a diritti costituzionali da tutelare, tuttavia, l’art. 8 opera un distinguo nel momento in cui richiama, per la pre-cettazione, solo i diritti costituzionali *della persona*, di cui all’art. 1, co. 1, senza far riferimento all’intera elencazione in esso prevista.

Sulla base di tale distinguo, già Massimo D’Antona riteneva *costituzionalizzata* solo la previsione dell’art. 8, perché riferita propriamente a diritti fondamentali della persona, di fronte ai quali i servizi e le prestazioni assumono un ruolo *salvavita*. Mentre gli altri diritti di cui all’art. 1, garantiti con i servizi di trasporto, di telecomunicazioni, pagamento di stipendi, etc., per i quali vengono considerati possibili disagi dei cittadini e/o degli interessi di impresa, potevano, addirittura, essere considerati come *decostituzionalizzati*³².

7. Segue. *La fruizione del patrimonio artistico: la scoperta della “Grande bellezza”*

Una conferma dell’impostazione sin qui sostenuta e ulteriori riflessioni sul sinallagma diritti/servizi possono trarsi dal d.l. 20 settembre 2015 n. 146, convertito in legge 12 novembre 2015 n. 182. Con tale intervento normativo la “*fruizione del patrimonio storico ed artistico della Nazione*” rientra, a pieno titolo, nel novero dei diritti costituzionali dei cittadini, da contemperare con

³⁰ Art. 2, lett. h), ccnc Ministeri 8 marzo 2005, valutato idoneo dalla Commissione con delibera n. 96 del 27 aprile 2005.

³¹ PINELLI, *Individuazione e tutela*, cit., p. 235.

³² D’ANTONA, *Crisi e prospettive della regolamentazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *RGL*, 1991, p. 428.

il diritto di sciopero, attraverso l'apertura regolamentata al pubblico di musei e luoghi della cultura, di cui all'art. 101 del Codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42)³³.

La normativa – rivolta alle pubbliche amministrazioni, o società affidatarie che gestiscono beni culturali, compresi i servizi strumentali e accessori, funzionali all'erogazione del servizio (con esclusione dei servizi di *bookshop*, caffetteria, ristorazione e audio guide) – ha ampliato quanto, già, previsto nell'art. 1 della legge 146, nel quale il patrimonio artistico era preso in considerazione solamente sotto il profilo della sua *messa in sicurezza* (salvaguardia e conservazione). Il legislatore, in pratica, ha voluto non disgiungere il concetto di salvaguardia da quello di *fruizione*: non vi è conservazione del patrimonio artistico, senza che, nel contempo, ne sia garantito l'effettivo godimento: “*il patrimonio culturale è conservato proprio per essere fruito*”³⁴.

La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali scopre così (volendo richiamare il bel film di Paolo Sorrentino) *La grande bellezza* del patrimonio artistico come un valore assoluto da tutelare. Il legislatore si adopera, concretamente, a salvaguardare il patrimonio culturale, che nel nostro Paese ha una rilevanza unica, come un valore essenziale, con il quale il Paese stesso si identifica. Impostazione recepita dalla Commissione di garanzia, sul presupposto che l'art. 9 della Costituzione assegna al patrimonio artistico “*un ruolo che non è di pura conservazione, ma diviene mezzo per la crescita della società attraverso la pubblica fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale nazionale*”³⁵.

In verità, nei lavori dell'Assemblea Costituente, l'art. 9 non ebbe un'approvazione, *de plano*. Qualche componente, infatti, non nascondeva le perplessità in ordine a una fattispecie normativa ritenuta, in qualche modo futile, o quantomeno, non all'altezza di diventare, addirittura, oggetto di previsione costituzionale. La norma, invece, fortemente sostenuta da un padre costituente, grande esegeta della cultura classica, Concetto Marchesi, riuscì a mantenere la sua rilevanza, fino ad essere inserita tra i principi fondamentali della Carta, consacrando, in tal modo, il valore fondamentale della cultura per il nostro Ordinamento giuridico-costituzionale.

³³ RUSCIANO, *I servizi essenziali nei beni culturali: reprimere o prevenire il conflitto?*, in questa rivista, 2015, p. 457 ss.; ZOLI, *La fruizione dei beni culturali quale servizio pubblico essenziale* in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D'Antona*” – 277/2015.

³⁴ Così nella relazione della legge di conversione del d.l. 20 settembre 2015 n. 146.

³⁵ Delibere n.16/01 e n. 16/92 dell'11 gennaio 2016.

L'art. 9 diventa una norma tipicamente *identitaria* per il nostro Paese³⁶, nel senso che in essa si presuppone un'identificazione dello Stato con il suo patrimonio storico-culturale e artistico: con la tutela di tale patrimonio, lo Stato italiano tutela se stesso.

L'intervento legislativo sulla fruizione dei beni culturali, in fondo, altro non è che un profilo attuativo di tale norma costituzionale. Esso, inoltre, consente una più evoluta interpretazione del tema relativo all'interconnessione diritti-servizi, nel momento in cui lo si può considerare finalizzato all'esigenza di garantire in modo autonomo, il servizio essenziale per la fruizione del patrimonio artistico-culturale. La garanzia di questo servizio, si può dire, concepita dal legislatore in modo diretto, *ex sé* e indipendentemente dal suo collegamento con diritti inviolabili dell'uomo, per l'importanza riconosciuta al patrimonio artistico come strumento di crescita della società e dell'immagine del Paese.

Naturalmente, siamo di fronte ad una manifestazione di tutela del *diritto di libertà* ribadito, nel suo significato più ampio, dalla Costituzione e recepito nel primo articolo della stessa legge 146, appunto, come diritto della persona *alla libertà*. Si deve però rilevare come, il riconoscimento della fruizione del patrimonio culturale quale servizio pubblico essenziale, rimanga, in sé, un'esigenza di tutela prioritaria, anche al di là del diritto di libertà al quale è pur collegato. Diritto, quest'ultimo, da intendere in un'accezione ancora più ampia in quanto riferibile non solo al *social-tipo* del nostro utente dei servizi, ma anche ai cittadini non italiani, visitatori stranieri. La scelta legislativa è basata, dunque, su una considerazione rivolta esclusivamente al bene bene e al servizio essenziale che consente di fruirne.

In altre parole, se si volesse far riferimento ad una sorta di rilevanza gerarchica, il punto di partenza non è, qui, il diritto della persona da tutelare, attraverso un servizio pubblico essenziale, ma il servizio stesso e la sua importanza nel contesto sociale e nell'immagine pubblica del Paese. Questa esigenza di tutela autonoma del bene, come prospettata dall'intervento del legislatore per il patrimonio culturale, appare ancora più evidente nel momento in cui si afferma che la fruizione di detto bene non può essere disgiunta dalla sua salvaguardia e custodia: non ci sarebbe tutela del bene, senza la sua fruizione.

³⁶ AINIS, Sub art. 9, in AINIS, SGARBI, *La Costituzione e la bellezza*, La nave di Teseo, 2016, p. 167 ss., anche sulle vicende attuative dell'art. 9, nei lavori dell'assemblea costituente.

Tale impostazione, peraltro, pur se individuata originariamente dal legislatore (addirittura in termini di necessità e urgenza, vista la scelta di intervento tramite decreto legge) è entrata nella cultura delle relazioni industriali nei servizi pubblici. Essa, infatti, è stata pienamente recepita dall'autonomia collettiva, attraverso la stipula, in sede ARAN, degli accordi sulle prestazioni indispensabili per i beni culturali di appartenenza statale, e regionale o territoriale (23 febbraio e 8 marzo 2016)³⁷, in seguito valutati idonei dalla Commissione di garanzia³⁸.

Si può allora concludere sostenendo che le garanzie di tutela previste dalla legge 146 non riguardino, esclusivamente, diritti inviolabili dell'uomo, intesi in senso "primario" (vita, salute, incolumità, etc.) e previsti tassativamente e unicamente dall'art. 1 della legge. Ai fini di un'interpretazione evolutiva del concetto di *contemperamento*, si deve guardare in modo più ampio all'esigenza di tutela dei *diritti di libertà* della persona che, per loro stessa definizione, non possono essere ristretti in criteri di tassatività, ferma restando, comunque, come già detto, l'esclusione da questi dei diritti di libertà di natura economico-patrimoniale, rispetto alle quali il diritto di sciopero deve ritenersi prevalente.

Inoltre, con riferimento all'individuata esigenza di tutela dei diritti di libertà, l'intervento del legislatore può ritenersi mirato, in prima battuta, non tanto al diritto che si protegge, ma proprio al servizio pubblico essenziale, di per sé, ritenuto meritevole di tutela dall'Ordinamento per la sua rilevanza nel contesto sociale e per l'immagine del Paese.

Certo, si tratta di un'impostazione che deve essere usata con adeguata ponderazione ed equilibrio, dal momento che nell'ambito di una generica esigenza di tutela del diritto costituzionale di libertà potrebbero, genericamente, essere ricondotte varie attività (ad esempio, concerti, prime teatrali, festival, mostre, etc.). L'individuazione di nuovi servizi pubblici essenziali meritevoli di tutela, ai sensi della legge 146, anche in via diretta, non può, dunque, che essere giustificata da una reale esigenza di adeguamento della

³⁷ Ad integrazione del precedente ccnc Ministeri 2005.

³⁸ Delibere n. 16/115 del 14 marzo 2016 e n. 16/129 del 21 marzo 2016. Si deve dire, per completezza di informazione che il principio che i beni culturali e le attività di servizio preordinate alla loro fruizione potesse essere oggetto di tutela da parte della legge 146 era già accettato dal ccnc Ministeri 2005, il quale, però ne garantiva la fruizione solamente in determinati periodi dell'anno, coincidenti con le franchigie, nelle quali, verosimilmente, vi era una maggiore richiesta da parte dei visitatori.

ratio legis (contemperamento/bilanciamento tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini) all'evoluzione della complessità sociale. E l'accertamento di tale esigenza, deve essere rimesso non tanto al legislatore, per il quale la legge non ha inteso riservare forme invasive di intervento diretto, ma soprattutto alla saggezza dell'autonomia collettiva ed eventualmente, dell'Autorità di garanzia preposta dalla legge 146 a vigilare sul suddetto contemperamento.

8. *Il nodo della rappresentatività sindacale*

Una riflessione sull'evoluzione del concetto di contemperamento, tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini, non può non confrontarsi con una tematica centrale del nostro diritto sindacale: quella relativa alla verifica della rappresentatività sindacale.

Tale confronto rivela la sua necessità se si considera che l'andamento del conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali, a seguito del consolidamento del modello normativo della legge 146, si svolge senza dubbio nell'ambito di un soddisfacente rispetto della legalità. Quasi tutte le astensioni sono proclamate nel rispetto delle regole, e su quelle poste in essere in violazione si registra un'altissima percentuale di riscontro delle indicazioni immediate inviate ai soggetti proclamanti dalla Commissione di garanzia, ai sensi dell'art. 13 lett. d) della legge 146, per segnalare appunto le irregolarità³⁹.

Ciò che rimane *patologico* è, piuttosto, la frequenza degli scioperi, soprattutto in particolari e delicati servizi (ad esempio, il trasporto pubblico locale), per lo più ad opera di organizzazioni sindacali dall'incerta rappresentatività, ma dalla certa spregiudicatezza, che vi ricorrono per avere una propria legittimazione. Si tratta dei cosiddetti scioperi di *accreditamento*, spesso dal forte potere vulnerante, posti in essere più per esigenze di visibilità dell'organizzazione sindacale proclamante, che per la tutela degli interessi dei lavoratori⁴⁰. Scioperi il cui impatto si rivela superiore al numero dei partecipanti, che determinano una frammentazione del conflitto collettivo e al-

³⁹ Si rinvia alle Relazioni annuali della Commissione, consultabili sul sito www.cgsse.it, dalle quali si vince un tasso di adeguamento a quanto segnalato dall'Autorità, pari quasi al 90%.

⁴⁰ SECHI, *Conflitto di accreditamento: ragioni ed evidenze empiriche di una patologia*, in *DLRI*, 2017, p. 605.

zano un vero e proprio steccato tra lavoratori e cittadini utenti dei servizi (per effetto della loro *terziarizzazione*⁴¹), ponendo il sindacato più strutturato e responsabilizzato nell'oggettiva difficoltà di svolgere la sua tradizionale funzione di aggregazione⁴².

È evidente, dunque, come di fronte a tale *patologia*, l'evoluzione delle regole non possa più prescindere dal ricercare nuove soluzioni per una migliore realizzazione del contemperamento tra i richiamati diritti costituzionali.

Recentemente, Mario Rusciano ha richiamato la possibilità che la proclamazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali venga sottoposta ad un arbitrato obbligatorio dinanzi a un autorevole soggetto imparziale, che accerti e comunichi alla collettività le ragioni del conflitto, facendosi anche carico di indicare, ai soggetti preposti, una soluzione istituzionale⁴³. Si tratterebbe, dunque, di una ulteriore fase procedimentale di consultazione a conclusione della quale si deve ritenere che l'arbitro non abbia il potere di impedire l'astensione, ma, quantomeno, di rendere pubblico un giudizio autorevole sulla sua fondatezza e opportunità. La prospettiva, che punta soprattutto sul senso di responsabilità delle organizzazioni sindacali, potrebbe rivelarsi interessante specialmente per smascherare e denunciare, dinanzi al contesto sociale, quelli che sono meri *scioperi di accreditamento*⁴⁴.

Ma forse in modo ancora più pressante, si avverte la necessità di una soluzione che colleghi il governo del conflitto ai principi della democrazia

⁴¹ ACCORNERO, *Conflitto "terziario" e terzi*, in *DLRI*, 1985, p. 17.; ACCORNERO, *La "terziarizzazione" del conflitto e i suoi effetti*, in CELLA e REGINI (a cura di), *Il conflitto industriale in Italia. Stato della ricerca e ipotesi di tendenze*, il Mulino, 1985, p. 279.

⁴² CARRIERI, *Conflitti in movimento, verso un rebus quadrangolare?*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 53 ss.; CARRIERI, *Lo sciopero polverone: si può contenere?*, in Scritti in onore di Giuseppe Santoro Passarelli, di prossima pubblicazione; CARRIERI, FELTRIN, *Al bivio. Lavoro, sindacato e rappresentanza nell'Italia d'oggi*, Donzelli 2016; SANTORO, PASSARELLI G., *Rappresentatività sindacale e legittimazione al conflitto*, in *DLRI*, 2017, p. 81; precedentemente, TREU, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *QDLRI*, 1992, p. 24.

⁴³ Si tratta di un editoriale di RUSCIANO sul *Corriere del mezzogiorno*, 11 luglio 2017. Si veda in precedenza, D'ANTONA, *La Commissione di garanzia come arbitro*, in *QDLRI*, 1993, p. 61.

⁴⁴ Si consideri, ad esempio, che nel mese di giugno 2017, sono stati proclamati ben tre scioperi nazionali del trasporto pubblico locale, in tre diverse giornate, da sigle sindacali scarsamente rappresentative, tutti e tre per gli stessi motivi (stabilità, privatizzazione, politiche del lavoro, etc.). Certamente, avrebbero potuto essere concentrati in una sola, se proclamati insieme dalle suddette sigle sindacali raggruppate.

rappresentativa e che riservi la possibilità di poter proclamare lo sciopero ai soggetti collettivi che raggiungano di un certo livello di rappresentatività⁴⁵.

In tale prospettiva, regole generali, provengono dall'ordinamento inter-sindacale. Il riferimento principale è il Testo Unico sulla rappresentanza del 2014, ma non solo, in alcuni settori particolari sono stati raggiunti accordi proprio in tema di titolarità a proclamare lo sciopero: ad esempio tra il Gruppo delle ferrovie dello Stato e le organizzazioni sindacali più rappresentative nel settore (31 luglio 2015), per il rinnovo ed il funzionamento delle rappresentanze sindacali aziendali unitarie. In tale accordo (punto 1 dell'Allegato 2) si stabilisce che “*la Rsu può proclamare un'azione di sciopero purché essa sia dichiarata congiuntamente a una o più delle organizzazioni sindacali stipulanti il Ccnl e la decisione sia assunta dalla maggioranza qualificata del 50% + 1 dei componenti la Rsu*”. La legittimazione a proclamare lo sciopero viene riconosciuta, dunque, ad un soggetto collettivo in quanto ritenuto oggettivamente rappresentativo.

Inoltre, indici di riferimento, circa l'individuazione di soggetti collettivi ai quali riconoscere la titolarità di poter proclamare lo sciopero, possono trarsi anche dalla sentenza n. 231/2013 della Corte Costituzionale, in tema di costituzione di rappresentanze sindacali in azienda. Con tale intervento, la Corte ha riconosciuto la possibilità di costituire rappresentanze sindacali aziendali alle organizzazioni che abbiano effettivamente partecipato alla trattativa contrattuale (ritenendo, dunque, una loro rappresentatività), anche se non hanno poi sottoscritto il contratto collettivo⁴⁶.

Per quel che riguarda le fonti provenienti dall'autonomia collettiva è evidente che, in quanto tali, allo stato, rimangono vincolanti solo per i soggetti che le sottoscrivano. La Commissione, infatti, non potrebbe estenderli *erga omnes* con la propria valutazione di idoneità, come avviene per gli accordi sulle prestazioni indispensabili, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale con la ben nota sentenza n. 344 del 1996⁴⁷. Con riferimento,

⁴⁵ Anche nella *Relazione 2017* della Commissione di garanzia ai Presidenti delle Camere sull'attività svolta nel 2016, Roma 22 giugno; CARRIERI, *Lo sciopero polverone*, cit.

⁴⁶ CARINCI F., *Il buio oltre la siepe. Corte costituzionale 23 luglio 2013*, in *DLRI*, 2013, p. 4.; si rinvia ai contributi di MARESCA, MAGNANI, PROIA, TOSI, ZOPPOLI L., in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Le rappresentanze sindacali in azienda: contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*, Jovene, 2014.

⁴⁷ La Corte ha riconosciuto come fonte di obblighi *erga omnes* il regolamento di servizio che recepisce, senza possibilità di discostarsene, i contenuti degli accordi sulle prestazioni indispensabili, C. Cost. n. 344/1996, in *MGL*, 1996, p. 691.

ad esempio, al su-menzionato accordo del Gruppo ferrovie dello Stato, pur regolarmente inviato dalle parti alla Commissione di garanzia per la valutazione di competenza, la Commissione non ha adottato la relativa delibera, ai sensi dell'art. 13 lett. A) della legge, che avrebbe comportato, come anzidetto, una validità dell'accordo *erga omnes*. Essa si è limitata all'adozione di una delibera "di apprezzamento" sui contenuti, ritenuti un importante contributo sull'auspicio collegamento tra proclamazione di sciopero e rappresentatività sindacale⁴⁸.

Certo, su un piano di mera ricostruzione teorica, si potrebbe anche argomentare in favore di una soluzione che veda l'estensione *iure praetorio*, da parte della Commissione, di tali regole contrattuali in materia di legittimazione a proclamare lo sciopero. Ciò, invocando proprio la fondamentale funzione che la legge demanda a tale Autorità, vale a dire la garanzia del contemperamento, che sarebbe di più efficace realizzazione se sostenuta da regole, provenienti da soggetti rappresentativi e, in quanto tali, portatori di interessi più generali⁴⁹. Non v'è dubbio, infatti, che la proclamazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali "è un atto rilevante di politica sindacale che, se usato in modo incontrollato, non contempera l'esercizio del diritto di sciopero con quello dei diritti degli utenti ... contemperamento che costituisce la ratio dell'intervento legislativo"⁵⁰.

Pertanto, in una configurazione *forte* dell'ordinamento intersindacale e della rilevanza delle sue fonti normative (in questo caso ancora più rinsaldate dalla valutazione di idoneità dell'Autorità di garanzia) si potrebbero sostenere forme di efficacia oggettiva degli accordi, anche nella parte in cui prevedono regole sulla titolarità, oltre che sullo svolgimento del conflitto. Ciò sul riconoscimento di un ruolo *oggettivo* del sindacato come rappresentante degli interessi dei lavoratori nella loro generalità e, in quanto tale, protagonista di un sistema contrattuale autolegittimato⁵¹.

⁴⁸ Delibera n. 16/373 del 6 ottobre 2016, sulla quale ZOPPOLI A., *La Commissione di garanzia alle prese con la titolarità dei diritti di sciopero (riflessioni sull'accordo Gruppo Ferrovia dello Stato del 2015)* in *DLRI*, 2017, p. 591.

⁴⁹ Si rinvia a D'ANTONA, *Il quarto comma della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, p. 665 ss., oggi in *Opere*, Vol. II (Scritti di diritto sindacale), Giuffrè, 2000, p. 394 ss., sp. P. 402; PINO, *Conflitto e autonomia collettiva*, Giappichelli, p. 104 ss.

⁵⁰ SANTORO PASSARELLI G., *Rappresentatività sindacale e legittimazione*, cit., p. 87.

⁵¹ Ancora, D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 665 ss.

9. Segue. *La prospettiva dell'intervento legislativo*

Nella consapevolezza della difficoltà attuativa della prospettiva sopra delineata, l'auspicio non può che essere quello di un intervento del legislatore, mirato all'introduzione di regole chiare in materia di governo del conflitto e di criteri selettivi sui soggetti legittimati a proclamare lo sciopero.

L'individuazione legislativa di criteri selettivi della rappresentatività sindacale, anche ai fini del riconoscimento di diritti costituzionali, non è, peraltro, estranea ai principi del nostro Ordinamento costituzionale. A parte l'art. 39 della Costituzione, i cui contenuti sono informati su un principio di democrazia rappresentativa⁵², lo Statuto dei lavoratori, che di tale norma costituzionale costituisce la proiezione più efficace nei luoghi di lavoro, accoglie un principio di selezione, per la formazione delle R.S.A. e per la titolarità dei diritti previsti nel Titolo III, basato su criteri di rappresentatività⁵³. Principio, peraltro, mantenuto anche a seguito del Referendum del 1995 e mai smentito dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale⁵⁴.

Non solo, criteri selettivi della rappresentatività sindacalesi rinvergono stabilmente nella legislazione del lavoro: dal richiamo della nozione di sindacato *maggiormente o comparativamente più rappresentativo*, accolta in materia di contratti di solidarietà (art. 2 l. 19 dicembre 1984 n. 863), in talune ipotesi di ricorso al contratto a termine (art. 23 l. 28 febbraio 1987 n. 56), in tema di designazione dei rappresentanti dei lavoratori per le Commissioni provinciali per le politiche del lavoro (art. 6 l. 12 marzo 1999 n. 68)⁵⁵, fino al richiamo dell'art. 52 del *Jobs act* (d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81), appunto, al sindacato *comparativamente più rappresentativo*. Si pensi, inoltre, all'assetto della rappresentanza sindacale nel pubblico impiego (soggetti, funzioni, meccani-

⁵² GIUGNI, *Commento all'art. 39*, in *Comm. Branca*, Zanichelli, Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 280.

⁵³ GHERA, *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 157; SANTORO PASSARELLI G., *op. ult. cit.*, p. 88.

⁵⁴ Dalle sentenze n. 54/1974, n. 334/1988, n. 30/1990, n. 1/1994, n. 89/1995, n. 492/1995, fino alla recente n. 231/2013.

⁵⁵ Si rinvia a D'ANTONA, *Il quarto comma*, cit., p. 411 ove una disamina della legislazione; NAPOLI, *I sindacati maggiormente rappresentativi: rigidità del modello legislativo e tendenze della prassi applicativa*, in ID., *Occupazione, rappresentatività, conflitto. Note di legislazione del lavoro (1987-1991)*, Giappichelli, 1992; SANTORO PASSARELLI G., *Istituzionalizzazione della rappresentanza sindacale?*, in *DLRI*, 1989, p. 329 ss.

smi di rilevazione della rappresentatività), costruito su criteri di misurazione della rappresentatività per l'ammissione alle trattative con l'ARAN e la validità generale degli accordi collettivi⁵⁶.

E in effetti, nel recente dibattito parlamentare, si è più volte profilata la possibilità di modificare l'attuale normativa, riconoscendo la possibilità di proclamare lo sciopero ai soli soggetti collettivi in grado di ottenere il consenso maggioritario dei lavoratori. Le proposte di modifica hanno ipotizzato anche il possibile ricorso al *referendum* tra i lavoratori per le proclamazioni da parte di soggetti collettivi che non rientrano nei parametri di rappresentatività richiesti⁵⁷.

La soluzione del *referendum*, potrebbe porre problemi di ordine logistico circa la collocazione, i luoghi e i tempi della consultazione, i controlli di regolarità del voto. Mentre qualche problema di merito potrebbe porsi con riferimento alle procedure di raffreddamento e conciliazione, richieste obbligatoriamente dalla legge per poter proclamare lo sciopero. Se queste, infatti, dovessero essere esperite prima dell'esito del *referendum*, rischiano di rivelarsi inutili, non essendo certo che, una volta concluse con esito negativo, il soggetto collettivo avrà, poi, il consenso dei lavoratori per poter proclamare lo sciopero. Se invece si dovessero esperire dopo aver superato la prova del *referendum*, sarà questo stesso a rivelarsi inutile (un dispendio di energie e di tempo, oltre che economico), se le procedure dovessero concludersi con esito positivo, realizzando il loro obiettivo che è, appunto, evitare il ricorso all'astensione.

Sarebbe più opportuno, dunque, mantenere una soglia minima (*di sbarramento*) per le organizzazioni sindacali, che potrebbe essere raggiunta anche attraverso l'associazione di più sigle proclamanti. Né, d'altro canto, l'utilità del *referendum* potrebbe riconoscersi al fine di garantire la possibilità di proclamare scioperi anche a soggetti collettivi non organizzati in sindacati: ad esempio, un'assemblea di lavoratori o un comitato spontaneo che si coalizzi nel corso di una determinata vertenza. In tal caso, infatti, si potrebbe evitare

⁵⁶ CARUSO, *Rappresentanza e rappresentatività nel pubblico impiego riformato: l'interramento del "cratere"*, in *LPA*, 1999, I, p. 225; CASSESE, *La riforma della pubblica amministrazione italiana*, in *LPA*, 2000, p. 1007; su tali profili, il contributo di BARBIERI, GAROFALO, *La contrattazione collettiva, in Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario al D.lgs. 29/1993*, diretto da CARINCI, Giuffrè, 1995, p. 749 ss.

⁵⁷ Ci si riferisce, in particolare, ai d.d.l. della XVII legislatura, nn. 550 (Sen. Di Biagio); 1286 (Sen. Sacconi ed altri); 2006 (Sen. Ichino ed altri).

la consultazione referendaria, con tutte le difficoltà su accennate, richiedendo che la proclamazione di sciopero sia sottoscritta da una data percentuale di lavoratori, che integri la soglia richiesta per le organizzazioni sindacali.

10. *Rappresentatività sindacale e titolarità del diritto di sciopero*

Il tema della verifica della rappresentatività ai fini della proclamazione ripropone, inevitabilmente, il tema della titolarità del diritto di sciopero, sulla trattazione generale del quale non ci si soffermerà in questa sede, rinviando al ricco dibattito dottrinale⁵⁸. Non si può, tuttavia, non rilevare come nel modello normativo disegnato dal legislatore per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, l'organizzazione collettiva dei lavoratori sia il costante soggetto di riferimento dell'intero sistema. L'art. 2 della legge appare formulato con la chiara intenzione di distinguere il soggetto che proclama ed attua lo sciopero, individuato come collettivo, al quale è rimessa la valutazione dell'interesse collettivo, e il lavoratore che esercita il relativo diritto. Tale distinzione, "i soggetti che promuovono lo sciopero ... i lavoratori che esercitano il diritto di sciopero", è ulteriormente ribadita nel successivo comma 3 della norma.

Nella legge 146, inoltre, i soggetti collettivi non solo *proclamano lo sciopero*, ma stipulano anche gli accordi sulle prestazioni indispensabili, che costituiscono la principale fonte di regolamentazione del conflitto. Attraverso tali accordi si dispone del diritto di sciopero e se ne stabiliscono i limiti, per contemperarlo con i diritti costituzionali dei cittadini. Ai soggetti collettivi

⁵⁸ Senza pretesa esaustiva, BALLESTRERO, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*. Giapichelli, 2013, p. 383; CALAMANDREI, *Il significato costituzionale del diritto di sciopero*, in RGL, 1952, I, p. 226; CARINCI E., *Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all'assalto della titolarità individuale*, in DLRI, 2009, p. 423 ss.; GHERA, *Titolarità del diritto di sciopero, tregua o pace sindacale*, in questa rivista, 2012, p. 243; GHERA, *Lo sciopero nei servizi essenziali: diritto individuale o potere collettivo*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 276; LAMBERTUCCI, *La titolarità del diritto di sciopero nelle ricostruzioni dottrinali e negli orientamenti giurisprudenziali: riesame critico*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 65; LOFFREDO (a cura di), *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, 2008; NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 183/2013; PINO, *Conflitto e autonomia*, cit., p. 129; ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in DLRI, 1988; RUSCIANO, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in DLRI, 1988, p. 415; SANTONI, *La libertà e il diritto di sciopero*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F., III, Cedam, 2011, 3; SANTONI, *Lo sciopero*, Jovene, 2001; ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006.

che proclamano lo sciopero la legge pone, altresì, l'obbligo di espletare, preventivamente, le procedure di raffreddamento e di conciliazione, senza le quali la proclamazione è illegittima. Ciò vuol dire che solo a questi ultimi, il legislatore ha inteso riconoscere la titolarità del diritto. Ai singoli lavoratori rimarrà, infatti, semplicemente, la prerogativa di esercizio di tale diritto, che si esprimerà con la partecipazione o meno allo sciopero.

Anche le norme in materia di sanzioni per scioperi effettuati in violazione della normativa, appaiono concepite, in una logica che guarda alla titolarità collettiva del diritto. La Commissione di garanzia, infatti (e ciò è sicuramente tra i contenuti più originali della legge) ha il potere di valutare il comportamento delle organizzazioni sindacali che hanno proclamato l'astensione nei confronti dei qualisono concepite le sanzioni⁵⁹. A tali soggetti, proprio in quanto titolari del diritto, è poi riconosciuta la legittimazione ad impugnare, davanti al giudice del lavoro, le sanzioni irrogate dalla Commissione.

Non solo, un riferimento appare opportuno all'ampliamento della nozione stessa di conflitto nel settore dei servizi pubblici, nella quale rientrano diversificate forme di azione collettiva⁶⁰, non limitate esclusivamente alla figura tradizionale dello sciopero (più riconducibile al lavoro dipendente). La Commissione di garanzia, peraltro, ha più volte ribadito la propria competenza a valutare azioni collettive diverse dallo sciopero che possano costituire un aggiramento della normativa⁶¹, determinando, comunque, in quanto incidenti sull'erogazione e organizzazione dei servizi, un pregiudizio dei diritti della persona costituzionalmente garantiti. Il caso più eclatante è quello dell'assemblea in orario di servizio, anche legittimamente richiesta, ma che però si svolga con modalità difformi da quelle previste dalla normativa che la regola (art. 20, l. n. 300/1970, come recepito nei vari contratti collettivi)⁶².

Orbene, appare evidente che una simile raffigurazione in senso ampio

⁵⁹ ZOPPOLI A., *Responsabilità per sciopero illegittimo e potere sanzionatorio della Commissione di garanzia*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 389 ss.

⁶⁰ Il conflitto come espressione del potere di coalizione del gruppo professionale organizzato, anche ad opera di lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori, in CARUSO, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2002, p. 1.

⁶¹ Si veda anche la *Relazione ai Presidenti delle Camere sull'attività svolta nel 2016*, Roma 22 giugno 2017.

⁶² Si vedano, in particolare, le delibere di orientamento n. 04/212 del 2004 e n. 17/108 del 2017.

mal si adatterebbe ad una ricostruzione della titolarità dello sciopero in termini esclusivamente individualistici⁶³. Si può, invece, dedurre che, nella legge 146, lo sciopero integri, più che mai, quella definizione, già fornita da Luigi Mengoni, di “atto unitario di natura collettiva”⁶⁴ e che il legislatore abbia individuato, nella titolarità del soggetto collettivo, il requisito di legittimità dello sciopero, riconducendo proprio nella dimensione collettiva l’interrelazione sciopero-diritto⁶⁵.

11. *La questione dell’adesione preventiva del lavoratore allo sciopero*

Collegata (e non alternativa) alle richiamate esigenze di verifica della rappresentatività dei soggetti legittimati a proclamare lo sciopero nel contesto dei servizi pubblici essenziali è la possibilità di introdurre, per il lavoratore, un dovere di comunicare preventivamente la sua partecipazione allo sciopero.

Su tale prospettiva – a differenza di quanto avviene sull’anzidetta esigenza di verifica della rappresentatività e proclamazione di sciopero, sulla quale, pur con diversi approcci, si raccoglie una certa attenzione delle maggiori organizzazioni sindacali – si riscontra una diffusa contrarietà da parte sindacale. Contrarietà che, in verità, risulta meno comprensibile se si pensa che la previsione di un dovere di comunicazione preventiva (a differenza della verifica della rappresentatività) non inciderebbe in alcun modo sulla titolarità del diritto di sciopero (sia essa individuale o collettiva), quanto, piuttosto, sul *quomodo*, vale a dire su un profilo procedurale dell’esercizio di esso da parte del lavoratore.

Indubbiamente, contare sulla certezza del numero effettivo dei lavoratori che si asterranno dal servizio costituirebbe un elemento di estrema importanza ai fini della predisposizione delle soglie di servizio minimo da garantire. Sarebbe, dunque, uno strumento in più per realizzare in modo più adeguato il contemperamento tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini, tramite un

⁶³ Si rinvia a Ghera, secondo il quale titolarità individuale e titolarità collettiva non entrano in contrapposizione ma, pur collocandosi a livelli diversi, si completano nell’esercizio del diritto di sciopero, in *Lo sciopero nei servizi essenziali: diritto individuale o potere collettivo*, in PINO (a cura di) *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 276.

⁶⁴ MENGONI, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Atti del I convegno di diritto e procedura penale*.

⁶⁵ RUSCIANO, *L’iter formativo della legge 83 del 2000*, in *DLRI*, 2002, p. 173.

più efficace collegamento funzionale dei commi 2 e 6 dell'art. 2 della legge. Tali norme, come è noto, oltre alla predisposizione delle prestazioni indispensabili, pongono a carico delle aziende e amministrazioni il preciso dovere di dare comunicazione agli utenti, dei tempi e modi di erogazione del servizio, nelle sue forme minime, nonché della riattivazione, nella sua interezza, a conclusione dello sciopero.

L'esatta commisurazione delle prestazioni indispensabili determina ancora, a quasi 30 anni dall'entrata in vigore della legge, qualche motivo di incertezza, soprattutto sotto il profilo della loro commisurazione all'effettiva incidenza dello sciopero. Le aziende finiscono per adottare la scelta più semplice e meno impegnativa, predisponendo i servizi minimi nella misura stabilita dalla disciplina di riferimento, indipendentemente dalla rappresentatività del soggetto proclamante e dell'effettivo impatto dello sciopero, in termini di adesione.

L'esempio di scuola si ritrova nel servizio del trasporto pubblico, nel quale, soprattutto in alcune aree metropolitane, anche a seguito di scioperi che pur registrano l'adesione del 5 o 6%, vengono garantite solamente le fasce protette che, come è noto, rappresentano il 50% del servizio. In tal modo, dunque, un'astensione posta in essere, anche per generiche motivazioni economico e/o politiche, da un sindacato scarsamente rappresentativo e alla quale aderisca una percentuale minima di lavoratori, comporta gli stessi effetti di uno sciopero indetto dai sindacati nei quali si riconosce la maggioranza dei lavoratori, a conclusione di una rilevante vertenza e dopo aver dato luogo a tutti i tentativi per scongiurare la proclamazione.

Si delinea, dunque, in tutta la sua evidenza, la necessità che il concetto di *contemperamento/bilanciamento* tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini, non possa più fare a meno di considerare al proprio interno un criterio di proporzionalità tra effettiva consistenza dello sciopero (in termini di adesione) e conseguenze che esso produce sul servizio.

Tale esigenza è, già di per sé, sufficiente a destituire di fondamento uno dei maggiori argomenti critici verso la previsione del dovere di dichiarazione preventiva di adesione, vale a dire la ritenuta superfluità di tale previsione, dal momento che, nel settore dei servizi pubblici essenziali, è sempre e comunque garantita una soglia minima di servizio. Argomento che, peraltro, rischia di non tenere in adeguata considerazione la circostanza che la legge individua, sì, una previsione minima, al di sotto della quale non si può scendere (indipendentemente dall'adesione allo sciopero), ciò però non vuol dire

che in occasioni di astensioni dal valore meramente simbolico non si possano garantire soglie di servizio superiori a quelle minime.

La dichiarazione preventiva di adesione allo sciopero è stata prevista in alcuni accordi, valutati idonei dalla Commissione, ma su base meramente volontaria, al fine di poter adibire alle prestazioni indispensabili i lavoratori che non intendono partecipare allo sciopero⁶⁶. Inoltre, la Commissione, con un proprio orientamento consolidato, ha ammesso la possibilità di predisporre i servizi da garantire, all'effettiva incidenza dello sciopero, rimettendo interamente alla responsabilità dell'azienda tale valutazione, da effettuare, sia sotto il profilo dell'informazione all'utenza, che della previsione del contingente di personale. In pratica, un giudizio prognostico sull'incidenza dello sciopero che può spingersi fino a non darne comunicazione, qualora si preveda che esso non incida sull'erogazione del servizio⁶⁷.

Non si può dire che tale indicazione abbia avuto uno sviluppo adeguato nell'esperienza attuativa della legge, anche perché le aziende raramente sono state disponibili ad effettuare una valutazione prognostica, sotto la propria responsabilità, con il rischio di errare ed essere sanzionate per violazione degli obblighi di informazione, o di predisposizione dei servizi. Piuttosto, di fronte al dubbio di una imprevedibile adesione, anche a scioperi proclamati da organizzazioni sindacali poco rappresentative, esse hanno ritenuto più conveniente (spesso anche sotto il profilo economico) garantire, comunque, le soglie di servizio previste nelle discipline del settore.

Si tratta di una prassi che potrebbe essere invertita da un'attendibile informazione sui lavoratori aderenti allo sciopero. Anzi, diventerebbe censurabile (e sanzionabile) il comportamento delle aziende che, a fronte di scioperi che raccolgono l'adesione del 5%, riducano il servizio del 50% (per-

⁶⁶ Gli accordi del Comparto Scuola (art. 2, co. 3, dell'accordo nazionale di settore del 3 marzo 1999) e del Comparto Regioni ed Autonomie Locali (art. 3 e 4, disciplina particolare per il personale educativo degli asili nido e il personale docente delle scuole materne), prevedono che i Capi d'istituto, ricevuta la proclamazione dello sciopero, *invitano* il personale docente, educativo e ATA a rendere comunicazione volontaria circa l'adesione allo sciopero, decorso il quale Decorso tale termine, sulla base dei dati conoscitivi disponibili (numero degli iscritti al sindacato, percentuale adesione scioperi precedenti, comunicazione volontaria – è qui la valutazione dell'impatto), i Capi d'istituto valutano l'entità della riduzione del servizio scolastico e comunicano alle famiglie le modalità di funzionamento o la sospensione del servizio.

⁶⁷ Si vedano la delibera n. 4/285 del 22 aprile 2004; il Verb. n. 564 del 14 ottobre 2004; il Verb. n. 947 del 7 maggio 2012.

centuale minima generalmente adottata nelle singole discipline), senza adeguarlo all'effettiva portata dell'astensione⁶⁸.

Contro la previsione del dovere di comunicazione preventiva di adesione allo sciopero, si è argomentato anche indicando il pericolo di una trasformazione di questa in una forma di schedatura del lavoratore⁶⁹. Tale rilievo potrebbe essere fondato, anche se la partecipazione del lavoratore all'astensione sarebbe comunque nota dopo l'effettuazione dello sciopero, ma potrebbe essere superato facendo ricorso a sistemi, da demandare interamente all'autonomia collettiva, che garantiscano, nella fase *ex ante* dello sciopero, la riservatezza del lavoratore. Si pensi, ad esempio, a meccanismi di anonimato simili a quelli che erano stati previsti nella prima stesura dell'art. 26 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970), riguardo al diritto delle associazioni sindacali di percepire i contributi sindacali versati dai lavoratori. La disposizione prevedeva il versamento del contributo "*con modalità stabilite dai contratti collettivi di lavoro, che garantiscono la segretezza del versamento effettuato dal lavoratore a ciascuna organizzazione sindacale*"⁷⁰.

Rimane ferma, inoltre, la tutela prevista dall'art. 28 dello Statuto del lavoratore, la cui *ratio*, è bene ricordarlo, è anche quella di assicurare una *tutela effettiva* del diritto di sciopero verso eventuali comportamenti del datore di lavoro⁷¹.

Non del tutto convincente appare, altresì, l'argomentazione che richiama un diritto di autodeterminazione, pieno e incondizionato, del lavoratore di decidere se aderire o meno, fino a poco prima dell'inizio dello sciopero. Tale diritto è stato assimilato ad un profilo della *libertà sindacale negativa*, vale a dire di decidere di non far parte di alcun sindacato⁷². Certamente non è qui in discussione la libertà di scelta se aderire o meno ad uno sciopero che deve rimanere integra e incondizionata, quanto, piuttosto, di rendere nota, in tempo utile, tale scelta, attesa la rilevanza *ultra partes* degli effetti dello

⁶⁸ Un'apertura in tal senso nella Relazione sull'attività del 2016, ai Presidenti della Camere, Roma, 22 giugno 2017.

⁶⁹ GARILLI, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione: il disegno di legge delega del governo Berlusconi*, in *ADL*, 2009, p. 990.

⁷⁰ SANTORO PASSARELLI G., *Sub Art. 26, in Lo Statuto dei Lavoratori. Commentario diretto da Gino Giugni, Giuffrè*, 1979, p. 435.

⁷¹ V. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, 1979, p. 340 ss.

⁷² MARIUCCI, *Parere sul d.d.l.n. 1473 del 2009 rubricato "Disegno di legge per la regolamentazione dei conflitti collettivi di lavoro con riferimento alla libera circolazione delle persone" e sul d.d.l.n. 1409 del 2009*, disponibile online.

sciopero nei servizi pubblici essenziali. Una simile esigenza non può essere considerata come un'ingiustificabile compressione della sua libertà di autodeterminazione se si considera, oltretutto, che le ragioni del conflitto si fondano, generalmente, su motivazioni (economico-contrattuali o politiche) non improvvise o mutevoli, ma ben note da tempo al lavoratore.

12. Segue. *Sul fondamento giuridico della dichiarazione di adesione preventiva*

Probabilmente, le ragioni di un rifiuto aprioristico di qualsiasi dovere di comunicazione preventiva si ritrovano in una subliminale cultura ideologica del '900 che assume l'idea che lo sciopero debba procurare il maggior danno, con il minor sacrificio di chi lo pone in essere e, comunque, debba rendere difficile la *difesa* del datore. Una concezione che, appunto, poteva avere un senso in un contesto storico di conflittualità permanente e, soprattutto, nel settore industriale, ma che appare difficilmente riproponibile nell'attuale contesto dei servizi pubblici essenziali, nel quale la *terziarizzazione* del conflitto ha ormai rinsaldato la logica del *bilanciamento* dei diritti, dei lavoratori a scioperare e dei cittadini ad usufruire dei servizi⁷³.

A ben guardare, anzi, una situazione di certezza circa l'adesione dei lavoratori ad uno sciopero, potrebbe rivelarsi più favorevole al buon esito dello stesso, nel momento in cui l'azienda sarebbe messa in condizione di poter operare le comandate di personale, per garantire il servizio minimo, solamente tra i lavoratori che non hanno manifestato la propria adesione. Si potrebbe, comunque, ipotizzare un obbligo per l'azienda di non modificare, in prossimità dello sciopero, l'ordinaria assegnazione dei lavoratori ai turni di servizio, onde impedire rimodulazioni in funzione anti sciopero.

In questo senso, peraltro, sembra essersi orientata la Commissione di garanzia, auspicando, ad esempio, nel settore del trasporto aereo, da un lato la previsione di regole contrattuali che consentano al personale comandato di essere sostituito, qualora esso esprima l'intenzione di aderire allo sciopero; invitando, dall'altro, l'azienda a disporre esclusivamente del personale che

⁷³ DEL CONTE, *La dichiarazione preventiva di adesione allo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *DRI*, 2003, p. 15 ss.; PROIA, *Servizi pubblici essenziali e la dichiarazione preventive della volontà individuale di sciopero*, in *ADL*, 2007, p. 620; VALLEBONA, *Sciopero nei servizi essenziali e posizione dei singoli lavoratori*, in *DL*, 2004, p. 339.

non manifesti la volontà di partecipare all'astensione⁷⁴. Si tratta di interventi mirati su situazioni specifiche, ma che, seppur indirettamente, possono essere interpretati in favore di una previsione di adesione preventiva.

Quale potrebbe essere, nell'attuale quadro normativo e del diritto vivente, il riferimento utile per affermare la possibilità di un dovere per il lavoratore di dichiarare preventivamente la propria adesione ad uno sciopero proclamato?

La risposta può essere ritrovata proprio nell'importanza che il legislatore ha inteso attribuire all'azione di sciopero, nel contesto servizi pubblici essenziali.

La legge 146, nella sua *ratio* fondamentale, vuole rappresentare un modello evoluto di procedimentalizzazione del conflitto che guarda all'astensione collettiva come una un'azione estrema ed eventuale, alla quale ricorrere solo alla conclusione di un infruttuoso *iter* procedurale, nel cui ambito si articola il conflitto e all'interno del quale lo stesso dovrebbe trovare anche la sua composizione. Da questo punto di vista, si può ritenere che la legge 146, soprattutto ad opera della sua riforma, intervenuta con la legge 83/2000, abbia colmato un certo vuoto del nostro ordinamento, più volte richiamato dagli studiosi di relazioni industriali, in materia di tecniche procedurali di raffreddamento del conflitto (il cosiddetto *coolingoff*, negli ordinamenti anglosassoni)⁷⁵. Essa ha, infatti, istituito gli istituti del *raffreddamento* e della *conciliazione* considerati, al pari delle prestazioni indispensabili, come misure necessarie a garantire il contemperamento dell'esercizio del diritto di scio-

⁷⁴ Si veda la delibera (senza numero) del 12 gennaio 2017, interpretativa dell'art. 28 della Regolamentazione del Trasporto aereo (del. n. 250 del 27 ottobre 2014); nonché la delibera n. 17/194, del 22 giugno 2017; anche nel trasporto ferroviario, anche non espressamente previsto dalla disciplina di settore (...), per prassi viene assegnato al turno ordinario chi ha manifestato la propria intenzione di *non aderire* allo sciopero.

⁷⁵ Si veda BELLARDI, *Principi e realtà della composizione delle controversie collettive nella recente esperienza contrattuale italiana*, Relazione al Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, *Conciliare per prevenire. Le procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti collettivi*, CNEL Roma 21 settembre 2001, pubblicata, in parte in *Newsletter Cgs*, n. 1 2002, p. 17 ss.; BORDOGNA, *La composizione delle controversie nelle altre esperienze di relazioni industriali*, Relazione al Convegno organizzato dalla Commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali *Conciliare per prevenire. Le procedure di raffreddamento e di conciliazione dei conflitti collettivi*, CNEL, 21 settembre 2001, pubblicata, in parte in *Newsletter Cgs*, 2002 n. 1; CELLA, *Criteri di regolazione delle relazioni industriali italiane: le istituzioni deboli*, in LANGE, REGINI (a cura di), *Stato e regolazione sociale*, il Mulino, 1987, p. 205 ss.; PINO, *Manuale sul conflitto nei servizi pubblici essenziali*, Giappichelli, 2009, p. 57 ss.

pero con il godimento dei diritti costituzionali della persona⁷⁶. Procedure, dunque, finalizzate a scongiurare che il conflitto sfoci nella sua fase acuta.

Il ricorso allo sciopero, pertanto, deve considerarsi come un'eventualità finale di estrema importanza che, in quanto tale, carica di responsabilità i soggetti che vi ricorrono e che lo effettuano.

Qui si può cogliere una funzione *pedagogica* della legge 146 rivolta a favorire lo svolgimento di corrette relazioni industriali⁷⁷, esigenza questa auspicabile in qualsiasi sistema di pluralismo sindacale e, più che mai, nel settore dei servizi pubblici essenziali, per le richiamate conseguenze del conflitto verso i cittadini utenti. In tale chiave di lettura deve essere interpretato il comma 6 dell'art. 2, nel suo obiettivo di scoraggiare forme sleali di azioni sindacali, facendo, ad esempio, obbligo ai soggetti proclamanti di comunicare con largo anticipo la propria libera volontà di revocare lo sciopero, per non arrecare il pregiudizio ai diritti dei cittadini con il cosiddetto *effetto annuncio*⁷⁸.

In definitiva, si può ritenere che la rilevanza attribuita dal legislatore allo sciopero nei servizi pubblici essenziali, ponga in capo al soggetto collettivo proclamante e, per converso, ai soggetti individuali che vi aderiranno, delle responsabilità, già indipendentemente dalla sua attuazione. Tali obblighi sono, giocoforza, destinati ad incidere sulla libertà di autodeterminazione di tali soggetti: per il sindacato, limitando la possibilità di revocare l'astensione in qualsiasi momento; per il lavoratore, rendendo possibile una previsione che possa incidere sulla sua libertà di dichiarare, o meno, la volontà di aderire allo sciopero.

Il comma 6 dell'art. 2, può dunque costituire il riferimento normativo di un dovere di dichiarazione di adesione allo sciopero, la cui articolazione concreta potrebbe essere demandata all'autonomia collettiva. Non sarebbe necessario neanche un ulteriore e specifico intervento del legislatore, attesa la non incidenza dell'adesione preventiva sulla titolarità e, una volta dichiarata, sull'esercizio stesso del diritto che rimane assolutamente integro sotto il profilo delle tutele costituzionali.

L'autonomia collettiva, peraltro, nell'esperienza attuativa della legge 146, ha conosciuto clausole che hanno inciso in modo importante sul *quomodo*

⁷⁶ Si veda RUSCIANO, *L'iter formativo*, cit., p. 173 ss.; SANTONI, *Continuità e innovazione nella disciplina degli scioperi nei servizi pubblici essenziali*, in RIDL, 2000, p. 376.

⁷⁷ TREU, *Il conflitto e le regole*, in DLRI, 2000, p. 285 ss.

⁷⁸ PINO, *L'istituto della revoca dello sciopero e il c.d. effetto annuncio*, in DRI, 2008, p. 18 ss.

dell'esercizio del diritto: basti pensare agli accordi che hanno introdotto, in particolari delicati settori, la possibilità di ricorrere allo *sciopero virtuale* come possibile alternativa idonea a salvaguardare i diritti dell'utenza⁷⁹. Per converso, anche regolamentazioni provvisorie adottate in rilevanti servizi, rinviano agli accordi la previsione di forme di azione collettiva, alternative allo sciopero⁸⁰.

Dunque, la clausola relativa al dovere di comunicazione preventiva del lavoratore di adesione allo sciopero, prevista negli accordi sulle prestazioni indispensabili, potrebbe costituire, di conseguenza, un requisito di congruità degli stessi ai fini della valutazione da parte della Commissione di garanzia, a seguito della quale essi acquistano efficacia *erga omnes*. Se così è, si dovrebbe coerentemente ritenere che anche la Commissione possa configurare il dovere in questione nelle proprie regolamentazioni provvisorie, adottate in caso di mancato o inidoneo accordo tra le parti.

13. *Il potere di precettazione e la curiosa alchimia che pone in essere*

A conclusione di questa riflessione intorno al concetto di contemperamento e le sue possibili letture evolutive, appare opportuno soffermarsi sul più tradizionale istituto di limitazione del diritto di sciopero: la precettazione, la cui titolarità è riconosciuta al Governo o ai Prefetti (a seconda della rilevanza dello sciopero, nazionale o territoriale) con apposito potere di ordinanza.

A ben guardare, la precettazione, nel suo significato tradizionale, non avrebbe nulla a che vedere con il contemperamento tra diritto di sciopero e

⁷⁹ Anche se successivamente superato, significativo l'accordo sul servizio di elisoccorso del 21 maggio 2002 (artt. 8 ss.), siglato da FISE e Anpac, UP, Uilt e Cisl (valutato idoneo con delibera n. 2/170 del 25 luglio 2002), prevedeva il ricorso allo sciopero virtuale; nonché, la Regolamentazione provvisoria della Commissione relativa agli Appalti Ferroviari, delibera n. 4/590 del 29 ottobre 2004, relativamente alla custodia dei passaggi a livello (art. 1 punto C) che, non consente l'attuazione di sciopero della durata superiore ai 15 minuti, se non nei termini virtuali, con sacrifici economici di lavoratori e azienda devoluti in beneficenza. Sul tema, PROSPERETTI, *Forme alternative di azione sindacale: lo "sciopero virtuale"*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 431 ss.; Atti del Convegno di studio organizzato dalla Fondazione Bachelet alla LUISS di Roma, il 4 aprile 2001, *Servizi pubblici essenziali e sciopero virtuale*, con interventi di Treu, Ales, Gianfrancesco, Prosperetti, Cella, Dell'Aringa, De Paoli, Schiavone, Del Mese, Spaziani, Cerfeda, Bonfanti, Pessi, inediti a quanto consta.

⁸⁰ Per tutte, la Regolamentazione del Trasporto aereo (n. 250 del 27 ottobre 2014).

diritti dell'utenza, essendo essa un istituto finalizzato al differimento o riduzione (*tout court*) del primo, a fronte di un *fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti della persona* (art. 20 del Testo Unico delle Leggi Comunali e Provinciali n. 383/1934⁸¹).

Come si può allora ricondurre questo istituto giuridico al tema oggetto della nostra indagine?

Si potrebbe affermare subito che la soluzione migliore sarebbe quella di abrogare, completamente, l'istituto della precettazione, proprio come espressione lessicale, che si ricollega ad una cultura di repressione penale del diritto di sciopero, non più rispondente ai principi dell'Ordinamento costituzionale. Il mantenimento di un potere di differimento, nel contesto dei servizi pubblici essenziali, andrebbe conferito alla Commissione di garanzia, in quanto Autorità indipendente dal potere esecutivo e, sicuramente, più titolata a conoscere, nel campo di sua competenza, dell'andamento e dell'evoluzione dei vari conflitti collettivi.

Oltretutto, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento intersindacale e dell'accresciuta responsabilità delle organizzazioni sindacali nella gestione del conflitto, ci sarebbe da chiedersi se sia configurabile oggi, concretamente, uno sciopero che ponga in essere il *fondato pericolo* di pregiudizi gravi ed imminenti ai diritti della persona. Nella realtà odierna del conflitto collettivo vi sono, piuttosto, delle astensioni (più o meno frequenti) che, se effettuate senza regole, pregiudicano alcuni diritti e/o libertà dei cittadini utenti dei servizi pubblici. Il rispetto di tali regole può essere demandato, unicamente, all'Autorità di garanzia, magari riconoscendo ad essa più penetranti poteri in materia di differimento dello sciopero. Un ruolo che la Commissione può ben interpretare, nella sua consapevolezza di custodire valori di rango costituzionale secondo un congruente indirizzo politico-costituzionale⁸².

La soluzione, peraltro, era stata prospettata, nella sua lungimiranza, da Gino Giugni durante la lavorazione del testo di legge, nelle Commissioni Lavoro di Camera e Senato, ma non andò in porto per la strenua resistenza

⁸¹ Fuori dal campo di applicazione della legge 146, la normativa di riferimento, dopo la dichiarata incostituzionalità dell'art. 2 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza n. 773/1931 (C. Cost. n. 26/1961) rimane l'art. 20 del Testo Unico delle Leggi Comunali e Provinciali n. 383/1934 e l'art. 66 della legge n. 142 del 1990, sull'ordinamento delle autonomie locali.

⁸² MORRONE, CARUSO C., *La Commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 339.

del Ministero degli Interni e delle sue diramazioni territoriali (le Prefetture), naturalmente restii a cedere qualsiasi forma di potere⁸³.

Ne venne fuori una soluzione di compromesso, nel senso che gli artt. 8 e 9 della l. 146 cercarono di rivisitare l'istituto della precettazione nel settore dei servizi pubblici essenziali⁸⁴, sottoponendolo, intanto, a regole procedurali⁸⁵ (un tentativo di conciliazione prima dell'adozione del provvedimento). Inoltre, subordinando l'adozione dell'ordinanza di precettazione alla segnalazione della Commissione di garanzia, la quale può formulare proposte relativamente agli stessi contenuti di essa⁸⁶. Solo nei casi di necessità e urgenza, il Governo o il Prefetto (se lo sciopero ha rilevanza locale) possono agire di propria iniziativa.

Nella prassi, il potere di precettazione è stato spesso esercitato senza segnalazione della Commissione, direttamente dal Governo, nella persona del Ministro delegato, il quale, non trovandosi quasi mai, concretamente, di fronte a *pericoli gravi ed imminenti* per i diritti della persona, ha fatto ricorso a valutazioni che guardano precipuamente alla garanzia del contemperamento tra diritto di sciopero e quelli degli utenti, materia che, come si è detto, sarebbe di competenza dell'Autorità di garanzia⁸⁷.

Si viene così a conferire un'ulteriore funzione di interpretazione dei limiti all'esercizio del diritto di sciopero, al potere esecutivo; una sorta di intervento aggiuntivo, quelle volte in cui quest'ultimo ritenga insoddisfacente la valutazione della Commissione.

Vale ricordare, a tal proposito, come ad esempio il Ministro dei Trasporti di turno, nelle proprie ordinanze di precettazione, adottate in occasione di scioperi del trasporto aereo, abbia fatto ricorso a motivazioni quali il *Load-factor* (che sarebbe un criterio di economicità del volo per le compagnie aeree); oppure alla circostanza che l'astensione fosse programmata, non all'interno, ma in prossimità di una franchigia stabilita dalla disciplina di rife-

⁸³ Si rinvia a PINO, *Uno studio su Gino Giugni*, cit., p. 77 ss.

⁸⁴ ORLANDINI, *Il procedimento di precettazione*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., p. 171 ss.; VALLEBONA, *La Precettazione*, in ID., *Le regole dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., p. 141 ss.

⁸⁵ Cassazione n. 5797/1999 e n. 4634/1999, in *NGL*, 1999, p. 457 ss.

⁸⁶ C. Cost. n. 344/1996, in *FI*, 1997, I, p. 381; Cass. n. 10889/1997, in *MGL*, 1998, p. 35; PERULLI, *Profili interpretativi della precettazione rivisitata*, in *RIDL*, 2002, p. 519 ss.; ROMAGNOLI, *Sub art. 8*, in ROMAGNOLI, BALLESTRERO, *Norme sull'esercizio*, cit., p. 232.

⁸⁷ BALLESTRERO, *La precettazione tra disciplina legale e prassi applicativa. Questioni aperte*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole*, cit., p. 425 ss.

rimento (quindi in franchigia lo sciopero non può essere effettuato, in prossimità di questa può essere oggetto di precettazione); o in una giornata valutata, unilateralmente, di particolare importanza per lo spostamento dei passeggeri. Insomma, valutazioni, pur rilevanti, ma che dovrebbero essere demandate alla Commissione e che, comunque, non integrano e rendono ormai inattuali i presupposti del provvedimento *contingibile e urgente*, quale la precettazione, che per sua natura dovrebbe rimanere eccezionale.

Tutto ciò, peraltro, ha finito per generare uno stato di confusione e di sovrapposizione delle competenze tra Commissione di garanzia e Autorità precettanti, con l'imbarazzante situazione di scioperi ritenuti legittimi dalla prima e, successivamente, oggetto di precettazione da parte del Governo. La conseguenza è anche un considerevole aumento del contenzioso, con numerosi ricorsi al giudice amministrativo per l'annullamento e la sospensione delle ordinanze di precettazione.

E qui si realizza quella che può essere definita una curiosa *alchimia*, vale a dire la trasformazione del giudice amministrativo, in giudice del conflitto. Il TAR, investito del ricorso deve, in pratica, procedere ad una valutazione delle motivazioni che sottendono all'ordinanza di precettazione e, di conseguenza, decidere se autorizzare o meno lo sciopero.

Pur nel pieno rispetto della cultura giuridica e delle competenze dei giudici amministrativi (che ultimamente hanno conosciuto un ampliamento su svariate materie: si pensi alla vicenda delle nomine dei Direttori dei Musei, o ai permessi alle grandi navi da crociera di entrare nel Canal Grande di Venezia, o all'autorizzazione ad individui vestiti da *centurioni* di presidiare monumenti della Roma imperiale, etc.), la loro trasformazione, da Tribunale di legittimità degli atti amministrativi in giudice che conosce e decide in materia di conflitto collettivo, si potrebbe, francamente, evitare.

Abstract

Il saggio propone un'interpretazione dinamica del principio del *contemperamento/bilanciamento* tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini alla fruizione dei servizi essenziali (fondamentale *ratio* della legge 146/1990), più adeguata alle nuove esigenze della complessità sociale.

Tale interpretazione dinamica viene rappresentata, innanzitutto, con una rilettura dell'interconnessione *diritti costituzionali-servizi essenziali*, rivolta a superare la tradizionale configurazione dei primi in termini di tassatività.

È, inoltre, richiamata l'esigenza che nel concetto di bilanciamento rientri un criterio di proporzionalità tra effettiva consistenza dello sciopero (in termini di adesioni) e conseguenze che questo produce sul servizio pubblico essenziale: dunque, i temi della rappresentatività sindacale nella governance del conflitto, e della dichiarazione di adesione preventiva del lavoratore allo sciopero.

Viene, infine, riproposta una prospettiva di superamento dell'attuale potere governativo di precettazione.

This study intends to give a dynamic interpretation of the principle of the need to *reconcile/balance* the workers' right to strike and the citizens' right to enjoy the essential utilities (this being the inspiring ratio of the L. 146/90); interpretation that would be more appropriate in terms of response to the new requirements of the social complexities.

This aim shall be met by means of a reviewing of the *constitutional rights-essential utilities* interconnection, aimed at overcome the traditional configuration of the constitutional rights as unmovable.

It is also highlighted the need for this balancing to enshrine a proportionality test, that could counterbalance the effective entity of the strike (in terms of actual support) and the consequences that it has on the enjoyment of the public essential utilities; which draws to the subject of trade unions' representativeness in the *governance* of the conflict and to the subject of the workers' preventive declaration to join the strike.

It's eventually submitted a prospect for overcoming the present governmental power of requisition of strikes.

Key words

Sciopero, servizi essenziali, contemperamento, diritti costituzionali.

Strike, essential utilities, balancing, constitutional rights.

Rosa Casillo

La subordinazione “agile”*

Sommario: 1. Il lavoro agile. 2. Il fenomeno. 3. La fattispecie. 3.1. *Remote working* e *smart working*. 4. La qualificazione. 5. Subordinazione “agile”, collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c. e collaborazione ex art. 2, d.lgs. 81/15.

1. *Il lavoro agile*

Allo “scopo di incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro” è introdotta e promossa, nel nostro ordinamento, la “modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato” chiamata lavoro agile (l. 22 maggio 2017 n. 81, art. 18, co. 1). Liberato da vincoli di tempo e luogo di svolgimento e aperto alla logica progettuale per la definizione della prestazione, che si svolge con l’impegno di strumenti tecnologici, esso, per la durata dell’accordo che lo prevede, che può anche essere a tempo indeterminato, è attratto ad una disciplina dedicata (art. 19-23) che investe sia profili di amministrazione del rapporto (il potere direttivo, di controllo e disciplinare) sia aspetti del patrimonio garantistico del lavoratore (formazione, sicurezza, infortunio *in itinere*).

Lo sfondo socio-economico e culturale della previsione è la c.d. filosofia dell’Industria 4.0, per i cambiamenti che comporta sia nei processi produttivi, che si adeguando alle oramai sempre più pervasive nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione, sia negli stili di vita delle persone, che fanno emergere esigenze di nuova articolazione tra tempi di vita e di lavoro

* Lo scritto prende spunto dal *paper* presentato al Convegno internazionale di studio *Impresa, lavoro e non lavoro nell’economia digitale*, Brescia, 12-13 ottobre 2017.

(lo evidenziano le relazioni ai disegni di legge dai quali, in lettura congiunta, ha avuto origine la l. 81/17¹).

La dottrina giuridica, che oggi guarda col filtro della trasformazione digitale contemporanea il diritto del lavoro, la regolazione del rapporto e le inedite forme di lavoro prodotte dal *web*², si è confrontata col lavoro agile già quando ancora *in fieri*. Si è interrogata soprattutto sugli aspetti suoi più caratterizzanti rispetto alla modalità tradizionale della subordinazione – l'esercizio del potere di controllo, la formazione e il c.d. diritto alla disconnessione³ – e sui temi della sicurezza sul lavoro e della tutela in caso di infortunio *in itinere*⁴; ne ha verificato l'efficacia quale misura di *work life balance*⁵ e ha condotto un'analisi delle sperimentazioni effettuate sino ad ora, frutto dell'iniziativa contrattata presso le realtà aziendali più sensibili alle spinte innovative⁶.

Al fondo della riflessione si scorge, spesso, la convinzione che la nuova figura non sia differenziabile da quella che la contrattazione collettiva, la normativa europea e il legislatore interno – sia pure, quest'ultimo, limitatamente al lavoro pubblico – già da tempo hanno legittimato nelle diverse forme del telelavoro⁷. Quando espressa, questa convinzione induce a qualificare il lavoro

¹ Il d.d.l. 3 febbraio 2016 n. 2229 e il d.d.l. 8 febbraio 2016 n. 2233. Il precedente d.d.l. 29 gennaio 2014 n. 2104, sullo stesso tema, non è mai approdato alla discussione.

² WIESS M., *Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro*, in *DRI*, 2016, p. 651 ss.; TULLINI, *Digitalizzazione dell'economia e frammentazione dell'occupazione. Il lavoro instabile, discontinuo, informale: tendenze in atto e proposte d'intervento*, in *RGL*, 2016, I, 748 ss.; GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle Giornate di Studio Aidlass di Cassino, 2017; TULLINI (a cura di), *Web e lavoro*, Giappichelli, 2017; VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 336/2017.

³ TULLINI, *La digitalizzazione del lavoro, la produzione intelligente e il controllo tecnologico nell'impresa*, in TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 1 ss., spec. p. 6 ss.; RAGUSEI, *Il lavoro agile*, in *DPL*, 2017, inserto al n. 5; DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *Verso il futuro del lavoro*, Adapt University press, 2016; STAROPOLI, *Smart working e controllo sul lavoratore tramite strumenti di lavoro*, in *Guida al lavoro*, 2017, p. 297 ss.; LAI, *La nuova disciplina del lavoro agile*, in *DPL*, 2016, p. 707 ss.

⁴ PERUZZI, *Sicurezza e agilità: quale tutela per lo smart worker?*, in *DSL*, 2017, n. 1; ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore "agile"*, in *RGL*, 2016, p. 307 ss.; ROTA, *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori digitali. Persona e pervasività delle tecnologie*, in TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 165 ss.

⁵ MALZANI, *La qualità del lavoro nelle politiche per l'impiego e la contrattazione decentrata*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 313/2016, p. 16 ss.

⁶ DAGNINO, TOMASETTI, TURRES, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 75 ss.

⁷ La regolazione del telelavoro, come noto, è al d.P.R. 8 marzo 1999 n. 70 e all'Accordo

agile come una *species* del telelavoro⁸, col rilievo di inutilità della nuova regolazione o della sua finalità di eludere le rigidità normative previste, soprattutto in materia di sicurezza, per il telelavoro⁹; oppure solo ad evidenziare difetti di coordinamento tra le due discipline¹⁰.

Uno sforzo di approfondimento ulteriore sull'identità giuridica del nuovo istituto è però possibile, peraltro stimolato da una recente intuizione che dal lavoro agile trae implicazioni sistematiche importanti¹¹. Lo scopo è accertare non solo se la l. 81/17, agli artt. 18-23, davvero nulla aggiunge all'esistente in tema di telelavoro o se, al contrario, costruisce una nuova modalità di essere del lavoro subordinato a distanza con relativa fattispecie inedita e disciplina esclusiva. Ma anche, e in ogni caso, accertare se le peculiarità dello svolgimento del lavoro in modalità agile, descritte dalla nuova normativa, sono davvero tali da impattare sulla nozione di subordinazione e sull'attuale articolazione in tipi delle forme giuridiche di svolgimento del lavoro in favore di altri (art. 2094 c.c. e art. 2222 c.c. nonché, all'interno di questo, art. 409, n. 3, c.p.c. e art. 2, co. 1, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81).

2. Il fenomeno

Il primo problema, l'identificazione della fattispecie, richiede un preventivo confronto con la realtà sociale, in questo caso la realtà d'impresa, con

Aran e OO.SS. del 2000 per il lavoro pubblico; per l'impiego privato, all'Ai 9 giugno 2004, che recepisce l'Accordo Quadro Europeo del 16 luglio 2002, e alle disposizioni di legge che lo considerano a diversi fini.

⁸ STAROPOLI, *op. cit.*, p. 297 ss.; LAI, *op. cit.*, p. 708; PERUZZI, *op. cit.*, p. 2 ss.; MAZZOTTA, *Lo statuto del lavoratore autonomo ed il lavoro agile*, in *QG*, 1 febbraio 2016; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *WP CSDLE* n. 335/2017, p. 22 ss., che rileva l'ambiguità della distinzione (p. 15 ss.). È una forma “intermedia” tra lavoro interno e telelavoro per ALLAMPRESE, PASCUCCI E, *op. cit.*, p. 315 e PINTO, *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del jobs act e sul lavoro agile*, in *RGL*, 2016, I, p. 345 ss., p. 366.

⁹ LAI, *op. cit.*, p. 709; TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.

¹⁰ Sul profilo, in particolare: MANICASTRI, *Lavoro agile: come cambia*, *DPL*, 2017, p. 88 ss., spec. p. 91; PERUZZI, *op. cit.*, p. 8 ss.

¹¹ SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro organizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in trasformazione*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 327/2017. Sulla necessità dell'approfondimento: PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 314/2017, p. 15.

cui il legislatore ha inteso interrelarsi¹². Se con il lavoro agile la l. 81/17 si propone di intercettare il bisogno della “fabbrica intelligente”¹³ di “fluidità” del lavoro¹⁴ – e il bisogno, del lavoratore, di una flessibilità nuova essa pure perché porta i segni dello stile di vita indotto dalla contemporaneità – occorre anzitutto indagare quella realtà per capire se vi è e quale è la manifestazione nuova del lavoro subordinato che il legislatore intende disciplinare per poter verificare, nella norma, la sua avvenuta traduzione in una fattispecie inedita oppure no.

A questo fine sono preziosi gli approfondimenti degli studiosi d’impresa, di organizzazione e di sociologia del lavoro, che discutono molto, e non da ora, del mutamento dei modelli di lavoro dovuto alle nuove *Information and Communications Technology* (ICT).

Per spiegare “Il futuro del lavoro” nelle imprese proiettate verso cambiamento¹⁵ – la cui tendenza all’aumento è oramai accertata anche nel nostro paese¹⁶ – si parla di *smart working*. Si tratta del modo di organizzare il lavoro informato alla fluidità, che fa, dell’impresa, una *smart organization* in cui il processo è costruito su lavori di natura *smart* (*smart works*) che sostituiscono, quando e dove è possibile, il lavoro tradizionale (*hard works*)¹⁷.

Se si ragiona avendo da sfondo lo scenario di breve-medio periodo descritto dai futurologi del “La quarta rivoluzione industriale”¹⁸ e de “Il futuro senza lavoro”¹⁹, risulta più facile, per il giurista, cogliere il significato azien-

¹² V. qui ZOPPOLI A., *Il lavoro etero-organizzato: fattispecie e disciplina*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 296/2016, p. 5.

¹³ BERTA, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, 2014.

¹⁴ In proposito la letteratura economica spesso impiega il termine “flessibilità” oltre che “fluidità” del lavoro. Quest’ultimo, però, nel discorso giuslavoristico sembra preferibile all’altro, il quale, quando riferito allo svolgimento del rapporto, attiene soprattutto alla variabilità del tempo di lavoro, che, tuttavia, non esaurisce la “modellabilità” interna che, per il lavoro, richiede l’innovazione tecnologica (*infra*).

¹⁵ MORGAN, *Il futuro del lavoro*, Franco Angeli, 2014; SALENTO, *Industria 4.0, imprese, lavoro. Problemi interpretativi e prospettive*, in *RGL*, 2017, p. 175 ss.

¹⁶ ALLEVA, *L’impatto sul mercato del lavoro della quarta rivoluzione industriale*, Audizione IIa Commissione “Lavoro e previdenza sociale” del Senato della Repubblica, 12 luglio 2017.

¹⁷ V. CHIARO, PRATI, ZOCCA, *Smart working: dal lavoro flessibile al lavoro agile*, in *SL*, 2015, p. 69 ss.; BOTTERI, CREMONESI, *Smart working & smart workers*, Franco Angeli, 2016; OLIVIERI PENNESI, *Il lavoro si evolve in smart working*, Giugno-Luglio 2014, in *www.lavoroconfronto.it*. e gli altri Autori citati in questo paragrafo.

¹⁸ SCHWAB, *La quarta rivoluzione industriale*, Franco Angeli, 2016.

¹⁹ FORD, *Il futuro senza lavoro*, Il Saggiatore, 2017.

dalistico di queste espressioni; e più agevole riconoscere il mutamento del lavoro quando, insieme ai sociologi e agli economisti, si entra nelle fabbriche che hanno già sperimentato i percorsi dell’innovazione 4.0²⁰.

Da questi studi si percepisce con chiarezza che per reagire alle trasformazioni che l’interazione tra *Internet of things* (IOT), *big data*, produzione additiva, realtà aumentata e intelligenza artificiale²¹ produce sull’efficacia e l’efficienza dei processi produttivi, l’impresa privilegia un procedere secondo strategie di gestione rapidamente adattabili ai mutamenti di contesto.

A tale fine, da una parte, essa rende tecnologici strumenti e modalità produttive e limita le gerarchie ridefinendo l’organizzazione (e l’organigramma) in un modo che rende più immediata la comunicazione in ogni fase del processo. Dall’altra, e proprio per questo, si dota delle tecnologie c.d. collaborative: gli strumenti dell’ICT digitale, che consentono condivisione immediata di compiti, di problemi, di soluzioni, e finanche la formazione dei lavoratori.

E’ tutto questo che impone alla fabbrica “intelligente” – di ogni tipo: industriale, commerciale, di servizi²² – di ristrutturare il modo di lavorare dei dipendenti adeguandolo al nuovo modello operativo²³.

Ciò vale per ogni posizione di lavoro, anche le più standardizzate, tipiche degli addetti agli impianti. Qui l’automazione, l’intelligenza artificiale, l’IOT, che modificano il processo produttivo, non permettono più di limitare il compito del lavoratore ad “operatore della macchina”, richiedendogli di essere consapevole di tutto il processo per poter intervenire in più parti di esso²⁴.

Per le posizioni di lavoro che non sono di produzione in senso stretto

²⁰ Si tratta delle ricerche di MAGONE, MAZALI, *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Guerini e Associati, 2016; BERTA, *op. cit.*; HARRISON, *Agile e snella. Come cambia l’impresa nell’era della flessibilità*, Edizioni Lavoro, 1999. V. anche TIRABOSCHI, SEGHEZZI, *La fine del lavoro? No, un nuovo inizio*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 8 ss.; MORI, *Rivoluzione informatica e lavoro tra XX e XXI secolo*, in GRAMOLADI, MARI (a cura di), *Il lavoro dopo il novecento. Da produttori ad attori sociali*, Firenze University press, 2016, p. 131 ss. BELTRAMETTI, GUARNACCI, INTINI, LA FORGIA, *La fabbrica commessa. La manifattura italiana (attraverso Industria 4.0)*, Guerini, 2017.

²¹ Sono i risultati dell’innovazione delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, “fondale su cui si staglia l’industria 4.0” secondo MAGONE, MAZALI, *op. cit.*, 69 ss. Di essi danno conto, in vario modo, tutti gli Autori citati sinora.

²² V. ALLEVA, *op. cit.*, p. 6 ss.

²³ In tema, e per una ricerca sul campo, v. ALESSANDRINI (a cura di), *Smart working. Nuove skill e competenze*, Pensa Multimedia, 2016.

²⁴ Cfr.: MAGONE, MAZALI, *op. cit.*, p. 89 ss., per le quali “anche la figura operaia diviene un po’ *blue collar*” (p. 89).

la trasformazione è diversa. Da una parte, l'ICT, in quanto infrastruttura dell'impresa che ne contamina ogni componente (materiale e) umana ad ogni livello, e, soprattutto, in quanto pervasiva della realtà quotidiana, permette la destrutturazione del tempo e dello spazio di lavoro mantenendo ferma la garanzia di un contatto solo essenziale con il *team* interno. Dall'altra parte, la scelta di adottare strategie di gestione più flessibili induce a costruire le posizioni di lavoro non più intorno a compiti da eseguire, all'interno e/o all'esterno della sede, secondo direttive più o meno stringenti. Il lavoro è pensato come affidamento di fasi, cicli, obiettivi, risultati, il cui conseguimento, rilevante anche ai fini di incentivi retributivi, libera le competenze e favorisce l'autoformazione: in sintesi, si personalizza il lavoro e si responsabilizza il lavoratore²⁵.

In questi termini la letteratura specialistica descrive il modo *smart* di concepire le attese di lavoro, dimostrando che le imprese lo adottano ogni qualvolta la natura delle attività lo consente, perciò non solo per le attività dirigenziali ma anche per profili minori. E molto rilievo ha il fatto che così, come testimoniano le indagini sul campo²⁶, il lavoro diviene più ricco e gratificante: ne derivano accrescimento di produttività e fidelizzazione del lavoratore, al cui "ascolto" è orientata la concezione della fabbrica intelligente. Peraltro, dicono ancora i futurologi del lavoro, la fluidità del lavoro sarà percepita come un diritto dai futuri lavoratori, i c.d. *millennials*, che riterranno inconcepibile sacrificare il tempo di vita a quello di lavoro e, all'opposto, considereranno naturale gestire il tempo del lavoro nel tempo della vita²⁷.

È difficile, allora, sostenere che il fenomeno descritto dalla cultura dell'impresa *smart* sia il lavoro dipendente svolto in modo delocalizzato secondo l'esperienza del telelavoro²⁸, anche quando è telelavoro mobile che impiega tecnologie di ultima generazione e non prevede postazione fissa²⁹. Rispetto

²⁵ V. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss.

²⁶ Quelle di MORGAN, *op. cit.*, p. 43 ss. e di BOTTERI, CREMONESI, *op. cit.*, p. 9 e p. 13 ss.

²⁷ Quest'ultimo aspetto, come pure quello della fidelizzazione del lavoratore, sono rilevati con particolare enfasi da MORGAN, *op. cit.*, pp. 43-56.

²⁸ V. anche LODI RIZZINI, *Lavoro "agile": di cosa parliamo?*, 5 dicembre 2013, in www.secondowelfare.it; MANZELLA, NESPOLI, *Le parole del lavoro: agile o smart?*, in DAGNINO, TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 23 ss.

²⁹ Per recenti ricognizioni delle prassi di telelavoro: nel discorso sociologico, OLIVIERI PENNESI, *op. cit.*; nel discorso giuridico: TUFO, *Il lavoro digitale a distanza*, Tesi di dottorato, 2016, Università di Modena e Reggio Emilia, pp. 10-23.

ad esso – telelavoro degli “argonauti”³⁰, *remote working*, telelavoro evoluto³¹ – il “nomadismo” e l’impiego di ICT sembrano gli unici tratti di comunanza con lo *smart working*³², che ha, invece, un’identità propria, un *quid pluris* rappresentato dall’essere, il lavoro, concepito letteralmente come obiettivo. Ciò che, come si diceva prima, responsabilizza: a differenza del telelavoro evoluto, il lavoro *smart* individualizza azioni e strategie per l’efficacia e l’efficienza del lavoro, ed in modo molto spinto individualizza anche tempi e luoghi di svolgimento.

Lo *smart worker*, spiegano gli aziendalisti e i sociologi, in autonomia progetta le proprie azioni ed “entra ed esce” dall’azienda quando lo ritiene necessario per il miglior compimento del lavoro³³.

3. *La fattispecie*

Se il fenomeno *smart working* appena descritto è “il lavoro del futuro”³⁴ a cui la l. 81/17 intendeva dare cittadinanza nel nostro ordinamento, non si può dire che esso sia assente nella disposizione definitoria del lavoro agile, l’art. 18, co. 1, che pure non è esempio di chiarezza espositiva. È anzi ben presente, laddove lo svolgimento dell’attività con “il possibile utilizzo di strumenti tecnologici”³⁵ “in parte all’interno dei locali aziendali e in parte all’esterno senza una postazione fissa” ed “entro i soli limiti della durata massima dell’orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva”³⁶ (co. 1, secondo periodo) viene ri-

³⁰ GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in GAETA, PASCUCCI P. (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, p. 4.

³¹ La prima espressione si trova nella letteratura aziendalistica (ERRICHELLO, PIANESE, *Ripensare il remote working: le opportunità degli Smart Work Center*, in *Economia dei servizi*, 2014, p. 305 ss.), la seconda in quella giuslavoristica (TULLINI, *C’è lavoro sul web?*, in *LLL*, 2015, p. 11).

³² Ciò che rende i *coworking* ambiente di lavoro ideale per entrambi: ERRICHELLO, PIANESE, *op. cit.*; FELICI, MARTUCCI, OTERI, PENNA, TATI, *Coworking... che?*, pubblicazioni Enea, 2017, p. 6 ss.

³³ V. BOTTERI, CREMONESI, *op. cit.*, p. 13 ss., pp. 25-33.

³⁴ TIRABOSCHI, *Una regolazione agile*, cit., p. 5.

³⁵ “Possibile” nel senso di probabile, non di eventuale: PERUZZI, *op. cit.*, p. 6.

³⁶ La precisazione, in verità, riguarda più la disciplina che la definizione della figura, perché estende al lavoro agile i limiti massimi di orario di lavoro che, diversamente, non sarebbero applicabili perché l’art. 17, co. 5, d.lgs. 66/2003 li esclude nei casi in cui l’orario è deciso dal lavo-

ferita³⁷ al lavoro svolto “con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luoghi di lavoro” (co. 1, primo periodo)³⁸.

Ma anche all’osservazione giuridica, come all’osservazione fenomenologica, questo lavoro *smart*, ora codificato dalla l. 81/17, appare una figura diversa dal telelavoro, non riconducibile ad esso in un rapporto di *genus a species*.

La dottrina che vi ha dedicato importanti approfondimenti ha qualificato il telelavoro come una *species* di lavoro subordinato “a distanza”: la prestazione non è svolta dentro ma fuori dalla sede aziendale grazie all’impiego di tecnologie che assicurano da remoto il collegamento con essa³⁹.

La delocalizzazione e la contemporanea riconduzione del lavoro all’organizzazione, che sono i due caratteri essenziali al *genus*, possono declinarsi diversamente nella pratica, e ad essi possono aggiungersene altri, eventuali e perciò non essenziali, dando così luogo a sue *species* (le *species* di telelavoro) che la regolazione puntualmente registra – o quasi⁴⁰. Si riconoscono, ad esempio, rispetto al luogo: il telelavoro a domicilio, quello mobile o nomade che è svolto nei *coworking* o in centri satellite dell’impresa, il telelavoro alternato dentro e fuori dall’azienda e altri tipi ancora. La varietà delle tecnologie non sembra dar luogo a *species* di telelavoro, né nella prassi né nella regolazione, la quale, invece, recepisce l’emergere di un elemento eventuale del *genus*: l’autonomia del lavoratore rispetto al tempo di lavoro, ammettendo, sia pure tra le righe, la *species* di telelavoro *off line* e a collegamento alternato (*off e on line*).

Analoga collocazione tra gli elementi eventuali del *genus* di telelavoro, tale da dar luogo ad una sua ulteriore *species*, non sembra però possibile per

ratore – com’è, appunto, nel lavoro agile: cfr. ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 316 e, problematicamente, PERUZZI, *op. cit.*, p. 15 ss.

³⁷ “Anche”, dice la norma, ma su questa congiunzione si dirà dopo, al par. 3.1.

³⁸ Altra e diversa è, poi, la questione del se la regolazione del nuovo istituto sia tale da farne davvero uno strumento che risponde alle esigenze (di competitività) dell’impresa 4.0 – e alle esigenze di conciliazione vita-lavoro. Temi che esulano dalla riflessione che qui si compie e sui quali: CASILLO, *Competitività e conciliazione nel lavoro agile*, in *RGL*, n. 1, 2018, in corso di stampa.

³⁹ GAETA, *Lavoro a distanza e subordinazione*, *ESI*, 1993, spec. p. 109 ss.; GAETA, *La qualificazione del rapporto*, in GAETA, PASCUCCI P. (a cura di), *Telelavoro e diritto*, Giappichelli, 1998, p. 4 ss.; NOGLER, *Qualificazione e disciplina del rapporto di telelavoro*, in *QDLRI*, n. 2, 1998, p. 105 ss.; GOTTARDI, voce *Telelavoro*, in *DDPComm*, Aggiornamento, Utet, 2003, p. 911 ss.

⁴⁰ Se ne ha un quadro in PERUZZI, *op. cit.*, pp. 2-7; DONINI, *Nuova flessibilità spazio-temporale e tecnologie: l’idea di lavoro agile*, in TULLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 77 ss.

la coniugazione della prestazione in termini di “fasi, cicli, obiettivi”, tipica del lavoro *smart*.

Questa non è semplicemente un modo di eseguire la prestazione in modalità telelavoro come lo è una diversa articolazione del tempo, del luogo, della tecnologia. È invece, più radicalmente, un modo diverso di concepire la stessa prestazione di lavoro; diverso dal *facere* ordinariamente riferito al social tipo dell’art. 2094 c.c. anche quando in versione telelavoro. Un modo che ha sicure ricadute sul piano del concreto svolgimento del rapporto e sicuri effetti sull’esercizio dei poteri del datore e sui doveri del lavoratore che sono così importanti da apparire idonei a descrivere una fattispecie distinta dal telelavoro, anche quando “evoluto”, che di questo elemento è mancante.

Precisamente. Configurata in modo che ai fini dell’adempimento il risultato del lavoro acquisisce rilevanza significativa, ancorché non assorbente, rispetto al comportamento, l’esecuzione della prestazione, specialmente se avviene “a distanza”, richiede una peculiarissima autonomia sul tempo, sul luogo e, soprattutto, sui contenuti operativi del lavoro che influisce sulla manifestazione dei poteri del datore e della soggezione del lavoratore, che si piegano verso l’autonomia del lavoratore *smart*⁴¹. Tale circostanza è sconosciuta al *facere* subordinato caratterizzato da destrutturazione spazio-temporale resa possibile dall’ICT (il telelavoro mobile a collegamento alternato), che può convivere con una manifestazione intensa dei poteri del datore: forse non tanto su tempo e luogo del lavoro, ma senz’altro sui suoi contenuti. Non così, invece, l’organizzazione del lavoro per progetti in assenza del vincolo spazio-temporale grazie all’ICT (il lavoro *smart*), che richiede “agilità” nell’amministrazione del rapporto e, per questo, una disciplina esclusiva e dedicata, che armonizzi l’autonomia dello *smart worker* col suo *status* di subordinazione.

Questa identità anche disciplinare del lavoro agile/*smart* impedisce di confonderlo col telelavoro quale sua *species*, e, ciò che qui più conta, non è sconosciuta alla l. 81/17.

Già nel d.d.l. n. 2014/14, che per primo tentava una regolazione dell’istituto, così come nel d.d.l. n. 2229/16, poi approdato all’esame congiunto da cui è scaturita la l. 81/17, ne era chiarissima la distinzione dal telelavoro mediante valorizzazione della diversa modalità organizzativa della prestazione: sia nell’articolato normativo, ritagliato sui caratteri aziendalistici del

⁴¹ TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 11.

lavoro *smart*, sia nelle relazioni di accompagnamento, fedeli alla cultura della *smart organisation* – solo ad essa, in verità, perché nessun accenno veniva fatto alla finalità di conciliazione vita-lavoro tra gli scopi dell’istituto. Tradotta nella definizione del lavoro agile all’art. 18, co. 1, già richiamato, questa identità *smart* la legge ha riconosciuto, poi, anche per il profilo della regolazione: gli artt. 19–21 fanno dell’accordo sul lavoro agile la sede di adattamento (della manifestazione) dei poteri del datore alla modalità *smart* – se ne dirà dopo.

Si vuol dire che il lavoro agile/*smart* e il telelavoro aggiornato all’Industria 4.0 appaiono con identità fenomenologica e giuridica tale da configurare due distinte *species* di lavoro a distanza⁴², diversamente caratterizzate in ragione della configurazione che assume il lavoro dedotto in regime di subordinazione – il *facere* tradizionale, nel telelavoro; la declinazione per obiettivi, nel lavoro agile/*smart* – che spiega i suoi effetti in termini di diversa autonomia spazio-temporale e operativa del lavoratore e di diversa intensità della manifestazione dei poteri del datore nella gestione del rapporto.

3.1. Remote working e smart working

Questa conclusione, e il ragionamento che la precede, spiegano l’insoddisfazione per la costruzione della fattispecie “lavoro agile” compiuta dall’art. 18, co. 1, l. 81/17.

Nell’elencarne le caratteristiche, la disposizione apre l’inciso in cui richiama il lavoro *smart* con la congiunzione “anche”, e, in questo modo, considera agile, e attrae alle regole dedicate, non solo lo *smart working* ma altresì la prestazione che, pure svolta con modalità fluide nel tempo e nello spazio e con l’impiego di strumenti dell’ICT, difetta del carattere di definizione del compito come risultato: la specie mobile e a collegamento alternato del telelavoro⁴³.

Sul *remote working* era in realtà ritagliata la definizione che, della modalità agile, dava il d.d.l. n. 2233/16 che pure ha concorso all’elaborazione della l. 81/17 in lettura congiunta con d.d.l. 2229/16⁴⁴. In esso mancava ogni riferi-

⁴² O di “lavoro digitale a distanza”, secondo la ricostruzione di TUFO, *op. cit.*, p. 115 ss.

⁴³ Il che non significa che si condivide l’identità che l’Accademia della Crusca ha stabilito, sul piano linguistico, tra lavoro agile e *smart working*, peraltro criticabile. Né è, piuttosto, la confutazione sul piano giuridico, perché la fattispecie “lavoro agile” ai sensi della l. 81/17 non coincide con la figura di *smart working*, ma ricomprende anche quella di *remote working*.

⁴⁴ La differenza tra le due proposte è rilevata anche da DONINI, *op. cit.*, p. 87.

mento alla configurazione *smart* del lavoro, limitandosi, la norma definitoria, a richiamare la destrutturazione spazio-temporale dello svolgimento della prestazione e, la relazione di accompagnamento, a ricondurre la nuova figura alle esigenze di conciliazione vita-lavoro.

Sembra quasi che il testo finale dell’art. 18, co. 1 sia letteralmente l’unione delle due definizioni: quella dello *smart working* (d.d.l. 2229) è incastata, mediante un inciso, in quella del *remote working* (d.d.l. 2233).

Ne risulta, per il lavoro agile, una definizione incerta e confusa, difficile da considerare corretta sul piano sistematico e rispondente alla realtà sociale perché accomuna sotto l’etichetta “lavoro agile” sia il lavoro subordinato in modalità *smart* – che si presta a configurare un’autonoma fattispecie di lavoro digitale a distanza e tale sarebbe in assenza della congiunzione “anche” – sia il lavoro subordinato in modalità telelavoro mobile a collegamento alternato, che già il nostro ordinamento conosce come una delle *species* di telelavoro.

La *ratio legis* è certo condivisibile: è la regolazione del lavoro subordinato prestato nelle forme dell’estrema destrutturazione resa possibile dall’ICT per agevolarne la diffusione in risposta alle istanze di flessibilità dei lavoratori e delle imprese, da una parte, e, dall’altra, in opposizione alle insidie dell’innovazione di cui entrambe le figure, nelle manifestazioni più moderne, sono il risultato.

La soluzione adottata, invece, è criticabile: considerando lavoro agile sia lo *smart working* sia il *remote working*, si estende a quest’ultimo una regolazione che si giustifica solo in presenza di un requisito di cui esso difetta, e che appartiene al solo lavoro agile/*smart*.

Peraltro, così risulta accentuato il problema del coordinamento tra la regolazione del lavoro agile e quella del telelavoro. Della disciplina esistente per l’unica *species* di telelavoro attratta alle nuove disposizioni (il telelavoro aggiornato all’Industria 4.0) in ordine alla sicurezza, all’orario di lavoro e ai controlli – i profili di regolazione del lavoro subordinato che richiedono un minimo essenziale di garanzie che non si offrono alla specialità del rapporto – anche il lavoro agile/*smart* risentirà, relativamente agli aspetti comuni. Rimane però, e in più, difficile concepire un accordo tra le parti che coordini la “autonomia” richiesta dal lavoro agile/*smart* in un rapporto, quello in modalità telelavoro mobile, in cui la prestazione, si ripete, non ha la caratteristica che lo giustifica⁴⁵.

⁴⁵ La conclusione è la stessa a cui giunge, partendo da diverse considerazioni, SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 16.

2. La qualificazione

L'accreditamento dell'idea aziendalistica di lavoro *smart* tra i modi di resa della prestazione in regime di subordinazione, che in ogni caso la l. 81/17 compie, non incide sulla qualificazione del rapporto sottraendolo dall'ambito dell'art. 2094 c.c.⁴⁶. Non perché ad escluderlo sia lo stesso legislatore, sempre all'art. 18, co. 1, al quale ancor oggi nessuno riconosce, e con ragione, la "disponibilità del tipo"⁴⁷; ma per tre diverse ragioni⁴⁸.

La prima.

Come ha ampiamente chiarito il pensiero giuridico sul lavoro a distanza⁴⁹, l'autonomia di tempo e luogo non sgretola la dipendenza, se la intende come inevitabile relazione sociale⁵⁰ che caratterizza (anche, ma non solo⁵¹) il tipo normativo *ex* 2094 c.c. Né annulla la direzione, se la intende come "sottoposizione funzionale" del lavoratore alla prerogativa anche solo potenziale, del datore, di rendere la prestazione nel suo insieme (tempo, luogo, contenuto e ogni altro aspetto ritenuto rilevante dal datore) dinamicamente idonea agli scopi dell'organizzazione⁵² – ciò che

⁴⁶ V. anche TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 23; MARESCA, *Smart working, subordinazione soft*, in *IlSole24ore*, 26 luglio 2017.

⁴⁷ Il tema si è posto nuovamente nella discussione sull'art. 2, co. 1, d.lgs. 81/15; SANTAGATA DE CASTRO, *Indisponibilità del tipo, ragionevolezza e autonomia collettiva. Sul nuovo art. 2, comma 2, decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2017, p. 397 ss.

⁴⁸ L'analisi che si propone a partire da ora sconta la parzialità del confronto con il lavoro agile, che suggerisce di selezionare, tra le tante questioni che oggi gravitano intorno alla distinzione tra autonomia e subordinazione, le sole che appaiono immediatamente rilevanti ai fini del discorso che si conduce.

⁴⁹ V. gli Autori citati in nota 39 e, tra di essi, in particolare GAETA, *Lavoro a distanza*, cit., per i profili di cui di seguito nel testo: p. 63 ss., p. 143 ss., p. 157 ss.

⁵⁰ Solo sociale: TREU, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, p. 168 ss.; ZOPPOLI L., in ESPOSITO, GAETA, SANTUCCI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, vol. III, Giappichelli, 2015, p. 65 s.

⁵¹ PERULLI, *Un Jobs act per il lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 235/2015.

⁵² Benché la fisionomia materiale del potere direttivo sia stata aggiornata alle molteplici sollecitazioni che nel tempo, su di essa, ha prodotto e produce il mutamento del contesto produttivo, ne rimane solida la ricostruzione compiuta – a partire dagli autori classici, che riepiloga SCIOTTI, *La subordinazione come fattispecie unitaria complessa*, Giuffrè, 2014, spec. p. 55 ss. – da: NAPOLI, *Contratti e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II, Giuffrè, 1995, p. 1057 ss.; PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1992, p. 55 ss. Una visione aggiornata si legge in ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 61 ss.

non ricade, necessariamente, nella rigidità spazio-temporale della prestazione⁵³.

La seconda.

Nel lavoro agile/*smart*, “fasi, cicli e obiettivi” non sono il debito/credito dedotto in contratto. Ciò sicuramente introdurrebbe nel lavoro subordinato un elemento costitutivo del contratto d’opera (art. 2222 c.c.) – o, meglio, del vecchio lavoro a progetto⁵⁴ – con un problematico scivolamento della nuova figura nell’area dell’autonomia. Essi sono, qui, un modo di declinare il lavoro come lo è il *facere* tradizionale: sono, esattamente, una “forma di organizzazione” del lavoro subordinato (art. 18, co. 1) che recepisce la contemporanea idea di lavoro (nuova) nell’impresa (nuova essa pura)⁵⁵. E poiché, da una parte, è oramai storicizzato il dato che l’obbligazione di cui all’art. 2094 c.c. contiene sempre la tensione alla realizzazione di un risultato (utile all’impresa)⁵⁶ e, dall’altra parte, la patologia del lavoro a progetto ha dimostrato la piena compatibilità della logica dei progetti con l’agire subordinato⁵⁷, si può senz’altro affermare l’irrelevanza, ai fini della qualificazione del rapporto *ex art.* 2094 c.c., della declinazione dell’adempimento in un modo aziendalistico, l’obiettivo, che colloca in secondo piano il tratto del comportamento⁵⁸.

È vero che, come si diceva più sopra, lo *smart working*, proprio perché presuppone un comportamento solutorio che responsabilizza al risultato, vuole la manifestazione dei poteri del datore meno pervasiva e, corrispondentemente, la soggezione del lavoratore meno intensamente manifesta, così ridefinendo anche l’inadempimento del lavoratore – profili, tutti, sui quali interviene la regolazione del lavoro agile. Ma questo non è elemento di disturbo alla nozione di subordinazione: poiché ha identità nel potere diret-

⁵³ Con riferimento al lavoro a distanza in forma “tecnologica”: GAETA, *Lavoro a distanza*, cit., p. 126 ss.; con riferimento al lavoro agile: PINTO, *op. cit.*, p. 365 ss.

⁵⁴ PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *LD*, 2004, p. 99 ss.

⁵⁵ Cfr.: DONINI, *op. cit.*, p. 88 ss.

⁵⁶ A partire dal notissimo studio di MENGONI, *Obbligazioni di “risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, in *RDC*, 1954, pp. 185-209, 280-320, 366-396.

⁵⁷ V. BORZAGA, *Lavorare per progetti*, Cedam, 2012, p. 37 e p. 229; MAGNANI, *La riforma dei contratti e del mercato del lavoro nel Jobs act. Il codice dei contratti*, in *DRI*, 2015, p. 961 ss. Se si considera che per descrivere il lavoro *smart* l’art. 18, l. 81/17 impiega la stessa definizione dell’oramai abrogato lavoro a progetto (TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 10, nota 34), si può anzi dire che con il lavoro agile/*smart* si legittima proprio ciò che, nella passata regolazione, costituiva la de-generatione del lavoro a progetto.

⁵⁸ V. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, cit., p. 13.

tivo⁵⁹, che è potere giuridico e perciò in potenza⁶⁰, essa ben conosce manifestazioni (cioè manifestazioni del potere del datore) in forma non pervasiva⁶¹. È così accoglie, nella sua area, situazioni che sono eterogenee anche e proprio per l’impatto delle nuove tecnologie sul substrato del lavoro⁶² – ma qualche dubbio c’è, se il “substrato” della prestazione coincide con la *gig economy* o con la *share economy*⁶³.

La terza ragione.

Con la fattispecie di cui all’art. 2094 c.c. agevolmente convive il fatto che la legge, per la prestazione svolta all’esterno della sede aziendale, riserva all’accordo sulla modalità agile “la disciplina delle forme di esercizio del potere direttivo” (art. 19, co. 1), dell’“esercizio del potere di controllo sulla prestazione” (art. 21, co. 1), la “individuazione delle condotte ... che danno luogo all’applicazione di sanzioni disciplinari” (art. 21, co. 2). Non sembra, infatti, obbligata una lettura di queste disposizioni che vede rimessa alle parti la decisione sull’esercizio dell’identità giuridica della subordinazione, snaturando il potere del datore in un modo che “allarga o comunque modifica la nozione di subordinazione”⁶⁴.

Dando alle espressioni legislative richiamate – in verità già abbastanza chiare – un significato armonico con la natura, subordinata, del rapporto a cui ineriscono, appare che il patto anzitutto registra, “ai fini della regolarità amministrativa e della prova” (art. 19, co. 1), la comune volontà di accedere

⁵⁹ DE LUCA TAMAJO, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro*, in *ADL*, 2005, p. 467 ss.

⁶⁰ Questo aspetto del potere direttivo, importante più che mai per la qualificazione dei rapporti di lavoro nella realtà giuridica attuale che ci consegna figure sempre più contigue, è spiegato con chiarezza da: PERULLI, *Le nuove frontiere del diritto del lavoro*, in *RGL*, 2016, p. 11 ss., spec. p. 28; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 61.

⁶¹ Cass. 26 agosto 2013 n. 19568; Cass. 23 aprile 2014 n. 9196; Cass. 8 aprile 2015 n. 7024.

⁶² RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla prova delle nuove tecnologie*, in *DRI*, 2014, p. 974 ss.

⁶³ V.: TULLINI, *Digitalizzazione, cit.*, AURIEMMA, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, in *RGL*, 2017, n. 2, p. 281 ss.; DE STEFANO, *Lavoro “su piattaforma” e lavoro no-standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *RGL*, 2017, p. 241; VOZA, *Il lavoro e le piattaforme*, cit., p. 8 ss.

⁶⁴ Dice così, invece, SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro organizzato*, cit., p. 12. Di “forma “speciale” di subordinazione” parla PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile*, cit., per il quale “il rinvio alla disciplina del contratto individuale relativamente all’esercizio dei poteri datoriali sembra realizzare una deviazione rispetto al tipo di cui all’art. 2094 c.c.” (p. 14).

alla modalità agile – che, dice la legge, è “stabilita mediante accordo tra le parti” (art. 18, co. 1).

Registra, poi, la co-decisione sulla “forma di esercizio” del potere direttivo⁶⁵, di controllo e disciplinare, da modulare sull’agilità della prestazione. Ma non registra, anche, la co-decisione sul “se” dell’esercizio di questi poteri e sui loro “contenuti”: la dimensione del potere del datore (e della soggezione del lavoratore) non può essere concordata, dal momento che, nella subordinazione, essa è prerogativa del creditore del lavoro⁶⁶ – con la mediazione collettiva almeno per il potere disciplinare, qui non prevista ma, si può ritenere, di certo non vietata⁶⁷. Possono, semmai, essere concordati i “tempi di riposo e le misure necessarie ad assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro”, come pure prevede l’art. 19, co. 1: che non attengono alla sfera delle prerogative unilaterali del datore, bensì a quella dei diritti (limitatamente disponibili) del lavoratore.

Quanto alle modalità di esecuzione della prestazione per i tempi e la loro articolazione e per i luoghi, anche con riferimento all’alternanza azienda/esterno, nonché, quando la prestazione è del tipo *smart*, il merito dei comportamenti utili – cioè la “esecuzione della prestazione svolta all’esterno dei locali aziendali” che il patto pure disciplina: art. 19, co. 1 – non sembra che la co-decisione possa estendersi oltre le indicazioni necessarie ad inserire la prestazione nell’organizzazione e all’esercizio dei poteri di direzione, di controllo e disciplinare. Né che essa (la co-decisione) possa intervenire nel corso dello svolgimento della prestazione in modalità agile, cioè durante il tempo di validità del patto se non determinandone la ridefinizione⁶⁸.

Con la stipula del patto, si vuol dire, è concordata la decisione di rendere il lavoro in agilità e le caratteristiche di esecuzione funzionali agli scopi dell’impresa, ma per tutta la sua durata i modi di esecuzione del lavoro, pure se

⁶⁵ Esattamente sul “com’è esercitato il potere direttivo”: circ. Inail 2 novembre 2017 n. 48, p. 3.

⁶⁶ Simile lettura di queste norme compie PROIA, in un scritto in corso di stampa (in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, 2017) citato testualmente da PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 14, note 27 e 28.

⁶⁷ Sul punto, che meriterebbe un approfondimento che qui non è possibile, è molto problematico SANTORO PASSARELLI G., *op. ult. cit.*, p. 13.

⁶⁸ L’osservazione richiama una certa similitudine tra lavoro agile e collaborazione *ex art.* 409, n. 3, c.p.c.: v. il paragrafo successivo.

contenuti nelle linee concordate, sono attratti alla decisione unilaterale del lavoratore⁶⁹ perché è proprio in questo, ossia nell'autonomia del lavoratore circa i modi spazio-temporali e eventualmente operativi del lavoro, che consiste l'agilità del lavoro subordinato⁷⁰.

Ciò significa, anche, che per tutta la durata del patto, e solo per essa, è escluso l'intervento autoritativo del datore sulle modalità spazio-temporali e, eventualmente, sui contenuti della prestazione. È come se con l'accordo di lavoro agile e, si ripete, solo per la sua durata, una volta condivise le modalità che deve avere la prestazione per essere utile all'impresa, il potere del datore sull'organizzazione spazio-temporale e operativa del lavoro (il potere di organizzazione della prestazione) – sebbene non venga meno, dal momento che, come il potere direttivo, ha fonte nel contratto (*infra*) – rimane in potenza, ed il suo esercizio (la manifestazione del potere) si “sospende”, per poi riprendere allo scadere del patto o al recesso di una delle parti. Rimane invece, piena e immutata la facoltà del datore di esercitare, nelle forme concordate, il potere di intervenire controllando, ed eventualmente sanzionando, per dirigere, ad ogni suo fine produttivo, l'autonomia del lavoratore agile (il potere direttivo).

Si può dire, conclusivamente, che la modalità agile di lavoro non comporta problemi di qualificazione del rapporto a causa della presenza di elementi spuri rispetto al tipo *ex art. 2094 c.c.* o a causa dell'assenza di elementi ad esso necessari. Quando la subordinazione è “agile”, il potere di direzione non è snaturato. Solo che manca, nello svolgersi del rapporto, la decisione autoritativa sui profili spazio-temporali della prestazione e, eventualmente, sui contenuti del lavoro – impiegando le parole degli economisti, si può dire

⁶⁹ V. MARESCA, *Smart working*, cit.

⁷⁰ Il che senz'altro pone problemi di sicurezza sul luogo di lavoro – che, determinabile dal lavoratore sia pure secondo quanto concordato, non solo non è sempre di pertinenza del datore, ma è anche spesso fuori dal suo controllo (PERUZZI, *op. cit.*, p. 17 ss., 21 ss.; ROTA, *op. cit.*, p. 169 ss.) – e rischi di confusione tra tempo di vita e di lavoro – la cui articolazione, nel limite dell'orario massimo, è nell'autonomia del lavoratore. Temi che possono trovare soluzione, oltre che nell'informativa sulla sicurezza (art. 22, l. 81/17) e nel diritto alla disconnessione (art. 19, co. 1: ALLAMPRESE, PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 312 ss.), proprio nelle modalità di esecuzione della prestazione concordate alla stipula del patto, di cui si è appena detto nel testo. Ed è proprio l'autonomia del lavoratore su luoghi e tempi di lavoro a rendere necessaria la predeterminazione condivisa delle forme di esercizio delle prerogative datoriali, cioè dei canali di comunicazione delle prescrizioni in cui si estrinseca l'esercizio dei poteri del datore (v., su questo punto, il dubbio di PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 15).

che essa è una “variante del contratto di lavoro a tempo indeterminato in cui i diritti di decisione sono distribuiti in modo differente”⁷¹.

E ancor di più oggi si può sostenere che ciò nulla toglie alla natura subordinata del rapporto di lavoro, perché l’introduzione delle collaborazioni organizzate dal committente di cui all’art 2, d.lgs. 81/15 – se e in quanto sistemate nell’area dell’autonomia, non nell’area della subordinazione⁷² – autorizza a considerare l’interferenza sulle modalità estrinseche della prestazione non più come sintomo necessario del potere direttivo, e perciò della natura subordinata del rapporto.

Questa interferenza ora perimetra la manifestazione del potere di organizzazione della prestazione, il quale, nel lavoro subordinato, concorre, sì, all’interesse datoriale di raccordare l’organizzazione e il lavoro nell’ambito del globale potere direttivo ed è esso pure radicato nel contratto *ex art. 2094 c.c.*⁷³; ma non è più confondibile con, o annullabile nel, potere direttivo⁷⁴.

Il ruolo che l’art. 2, d.lgs. 81/15, ad esso attribuisce quale rivelatore dell’istanza sociale di tutela⁷⁵ in una relazione di lavoro che è autonoma (di spe-

⁷¹ GRANDORI, *IO tesi sull’impresa*, Il Mulino, 2015, p. 63.

⁷² Per questa dottrina v. almeno: VOZA, *La modifica dell’art. 409, n. 3, c.p.c., nel disegno di legge sul lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 318/2017; ZOPPOLI A., *op. cit.*; PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 272/2015; PESSI R., *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 2/2015; MARAZZA, *Collaborazioni organizzate dal committente e subordinazione: il problema del limite (qualitativo) di intensificazione del potere di istruzione*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 315/2016; MAGNANI, *Autonomia, subordinazione, coordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 294/2016; CIUCCIOVINO, *Le “collaborazioni organizzate dal committente”*, in *RIDL*, 2016, p. 321 ss.; GIUBBONI, *Prime osservazioni sul disegno di legge del Governo in materia di lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *MGL*, 2016, p. 244 ss.

⁷³ V. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 12 ss., p. 25.

⁷⁴ Anche su questa coincidenza si fonda la tesi che nell’art. 2, co. 1, d.lgs. 81/15, legge una norma che incide, allargandola, sulla fattispecie di subordinazione, ed in essa annulla, con diversi effetti e ricostruzioni sistematiche, la collaborazione organizzata dal committente: NOGLER, *La subordinazione nel d.lgs. 81/2015: alla ricerca dell’autorità del punto di vista giuridico*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 276/2015; RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 266/2015; NUZZO, *Il lavoro personale coordinato e continuativo tra riforme e prospettive di tutela*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 280/2015; SANTORO PASSARELLI G., *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 278/2015; TREU, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *DLRI*, 2015, p. 155 ss.; MAZZOTTA, *Lo strano caso delle “collaborazioni organizzate dal committente”*, in *Labor*, 1/2016; FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *RIDL*, 2016, I, p. 53 ss.

⁷⁵ V. qui ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 24 ss.; PERULLI, *Costanti e varianti in tema di autonomia e su-*

cie para-subordinata) e che non muta la sua natura sol perché è presente l'etero-organizzazione del committente, conferisce al potere di organizzazione un ruolo non indispensabile ai fini della qualificazione subordinata del rapporto. Per questa qualificazione rileva la sola soggezione all'autorità direttiva del datore, pure in mancanza della manifestazione dell'autorità organizzativa sulla prestazione⁷⁶.

5. *Subordinazione "agile", collaborazione ex art. 409, n. 3, c.p.c. e collaborazione ex art. 2, d.lgs. 81/15*

L'ingresso della subordinazione "agile" nel panorama giuridico, sebbene, per quanto detto sinora, non obblighi a rivedere gli elementi identificativi del tipo *ex art. 2094 c.c.*, arricchisce il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro sul piano concreto. Qualificazione che è già molto complicata, soprattutto per l'intreccio che esiste tra lavoro subordinato e collaborazione etero-organizzata (art. 2, d.lgs. 81/15), da una parte, e, dall'altra, tra quest'ultima e la collaborazione tradizionale (art. 409, n. 3, c.p.c.).

Ciò è dovuto anzitutto alla difficoltà di verificare, nei fatti, la soggezione al potere direttivo, tratto identitario della subordinazione, quando esso convive con l'autonomia del lavoratore su luogo, tempo e contenuti del lavoro, tratto tipico della subordinazione in modalità agile. Verifica, questa, necessaria, perché il rapporto di lavoro agile è attratto ad una disciplina esclusiva che attiene ad aspetti importanti dello statuto protettivo del lavoro subordinato (artt. 19-23, l. 81/17).

Ma è anche dovuto, l'accentuarsi del problema qualificatorio, alla contiguità che si rileva tra subordinazione "agile" e collaborazione *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, apprezzabile nel punto di contatto tra di esse: l'equilibrio tra l'autonomia del debitore (prestatore o collaboratore) e l'ingerenza del creditore (datore o committente) nella definizione dei modi spazio-temporali del lavoro e dei suoi contenuti. Per questo aspetto, le due figure si sovrappon-

bordinazione, in *LD*, 262, p. 262 s., spec. p. 271 ss. e, in un ragionamento più ampio, *Id.*, *Un Jobs act per il lavoro autonomo*, in *WP C.S.D.L.E.*, n. 235/2015.

⁷⁶ V. oggi Corte cost. 15 aprile 2015 n. 76. Per una tesi opposta: TOSI, *L'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *ADL*, 2015, p. 1117 ss.; GRECO, *Le prospettive di applicazione dei criteri di distinzione fra lavoro autonomo e subordinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2/2016, p. 274 ss.

gono⁷⁷, e la distinzione, delicata sul piano teorico, sul piano concreto diviene assai faticosa.

Più precisamente. Nel lavoro subordinato in modalità agile, si è già detto più volte, il lavoratore gode di autonomia nell’organizzare tempi e luoghi della prestazione e, ove il lavoro è *smart*, di decidere i suoi contenuti. Tale autonomia egli esercita nell’ambito di linee concordate col datore nel patto *ex art. 19, co. 1, l. 81/17*, e, diversamente dal lavoratore non agile, non è soggetto all’autorità organizzativa ma solo direttiva del datore.

Nella collaborazione *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, sempre con riferimento a tempi, luoghi e contenuti del lavoro, il collaboratore pure gode di un’autonomia che svolge nell’ambito di profili di organizzazione del lavoro che, ai fini del coordinamento con l’attività d’impresa, determina in accordo col committente, come chiarisce oggi l’art. 15, co. 1, lett. a), l. 81/17⁷⁸.

Per questo aspetto le due figure si sovrappongono, e sul piano concreto di un’osservazione istantanea possono confondersi. Sul piano teorico, però, la differenza appare, evidente, nel fatto che il collaboratore *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* – il quale, come il lavoratore agile che non soggiace all’etero-organizzazione del datore, non subisce il potere organizzativo del committente per-

⁷⁷ V. SANTORO PASSARELLI G., *Lavoro eterorganizzato*, cit., p. 12; TIRABOSCHI, *Il lavoro agile*, cit., p. 23.

⁷⁸ Con la precisazione legale è armonica la tesi sulla distinzione tra coordinamento ed etero-organizzazione espressa, in sede di raffronto tra collaborazioni *ex art. 409*, collaborazioni *ex art. 2* e subordinazione, da: PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 31 ss., p. 42 ss.; CIUCCIOVINO, *Le “collaborazioni”*, cit., 334 ss. L’arricchimento della tesi si legge in VOZA, *La modifica*, cit., p. 8 ss. È molto importante ai fini del discorso che si conduce sottolineare che la distinzione è qualitativa. Riflette il modo in cui la legge regola la distribuzione, tra le parti, della decisione sulle modalità della prestazione ai fini del suo inserimento nell’organizzazione (CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 333 s.); modo determinato dalla dimensione del potere sulla prestazione che, a questo fine, è riconosciuto al committente/datore di lavoro, con effetti, diversi, sulla sfera creditoria e debitoria delle parti (PERULLI, *Nuove frontiere*, cit., p. 33). Non è, invece, quantitativa. Non si compie selezionando, tra le modalità esecutive della prestazione, quelle che sono essenziali alla sua utilità per l’impresa, perciò ambito del coordinamento del committente *ex art. 409 c.p.c.*, e quelle che non lo sono, perciò escluse dal coordinamento e attratte, insieme a quelle essenziali, alla etero-organizzazione del committente *ex art. 2, d.lgs. 81/15* e del datore di lavoro (Così, invece, ZILIO GRANDI, SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *ADL*, 2016, p. 754 ss., spec. p. 772, per i quali il coordinamento *ex art. 409 c.p.c.* è una “forma attenuata dell’etero-organizzazione” e l’etero-organizzazione *ex art. 2* è “forma intermedia tra etero-organizzazione” del datore “e coordinamento”). Per la distinzione tra coordinamento ed etero-organizzazione mediante la valorizzazione della “micro-organizzazione” del collaboratore: OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, 2, p. 203 ss., p. 236 s.

ché l'organizzazione del lavoro ai fini del coordinamento è regolata da una relazione giuridica paritaria⁷⁹ – non è esposto a poteri direttivi, in ragione della natura autonoma del rapporto.

Non appaiono, invece, all'osservazione teorica, similitudini problematiche tra lavoro agile e collaborazioni *ex art. 2, d.lgs. 81/15*.

Rispetto ai medesimi profili spazio-temporali se non anche ad altri profili di esecuzione del lavoro⁸⁰, ad esempio i contenuti, il collaboratore etero-organizzato, a differenza del lavoratore agile, non gode di autonomia perché la sua prestazione, quantomeno per luogo e tempo, è organizzata dal committente⁸¹.

A differenza delle collaborazioni *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, qui la gestione della prestazione ai fini del coordinamento è regolata da una relazione giuridica costruita su un potere rimesso al creditore del lavoro, al quale il collaboratore è sempre esposto – com'è sempre esposto al potere del datore di organizzare la prestazione il lavoratore subordinato *tout cour*. Con le collaborazioni *ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, queste collaborazioni (*ex art. 2, d.lgs. 81/15*) condividono solo il tratto dell'assenza di un potere del committente di incidere sull'oggetto del contratto (l'opera, la prestazione) “dirigendolo”, anche mutandolo, ad ogni suo diverso fine⁸², sovrapponendosi, queste due figure, per questo aspetto.

L'assenza del potere direttivo segna la prima, fondamentale differenza tra le collaborazioni etero-organizzate e la subordinazione in modalità agile. Ad essa si aggiunge il fatto che, mentre il collaboratore sin dall'inizio subisce le prescrizioni organizzative del committente e ne è sempre soggetto, il lavoratore agile, invece, alla stipula del patto concorda col datore i modi estrinseci della prestazione necessari agli scopi d'impresa e all'esercizio dei poteri

⁷⁹ CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 334 s. La relazione giuridica è paritaria al sorgere del vincolo contrattuale ed ogni volta in cui, nel corso del rapporto, intervengono esigenze, sempre di organizzazione della prestazione, diverse da quelle inizialmente convenute: PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 44.

⁸⁰ In tema v. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 16 s. e la diversa tesi di BRONZINI, *Il punto su futuro (giuridico) del lavoro autonomo nell'area della share-economy*, in *RIDL*, 2016, p. 75 ss.

⁸¹ Circ. min. lav. 3/2016, e Ministero del Lavoro, Interpello del 20 gennaio 2016.

⁸² Il sopraggiunto diverso fine del committente, infatti, non modifica i termini del contratto mutando l'obbligazione del collaboratore, che rimane quella originaria (PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione*, in PERSIANI, *Diritto del lavoro*, Cedam, 2004, p. 650). Di “autonomia attenuata” del collaboratore etero-organizzato dice CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 336 s.

direttivo, di controllo e disciplinare, ma poi si muove in autonomia, rimanendo, per tutta la durata del patto, estraneo ad ogni manifestazione del potere di organizzazione, del datore, sulla prestazione.

Anche qui, però, benché le differenze tra i due rapporti sembrino evidenti, non si può escludere che all’osservazione concreta la distinzione possa essere assai complicata; anche se sicuramente meno complicata di quanto lo è la distinzione tra la stessa collaborazione *ex art. 2* e la subordinazione tradizionale, che si intrecciano profondamente per il profilo dell’etero-organizzazione⁸³.

Il confronto tra le tre figure, pure se qui è stato compiuto per linee (decisamente) essenziali, aiuta ad evidenziare la tensione di cui, nel nuovo scenario, si arricchisce l’attività dell’operatore del diritto, chiamato ad affinare gli indici rivelatori del potere direttivo e, anche, del potere organizzativo che ora sono rilevanti per distinguere due codificate manifestazioni della subordinazione e due codificate manifestazioni della para-subordinazione.

Aiuta inoltre ad evidenziare il più stretto intreccio che oggi sussiste tra subordinazione ed autonomia di specie para-subordinazione. Da una parte, la subordinazione in modalità agile contiene in sé un po’ di para-subordinazione: per l’assenza di etero-organizzazione e la presenza di decisione condivisa (col datore) sulle generali modalità esecutive della prestazione al sorgere del vincolo contrattuale (l’accordo di lavoro agile), che sono entrambi tratti tipici delle collaborazioni *ex art. 409, n. 3, c.p.c.* Dall’altra, la para-subordinazione contiene in sé un po’ di subordinazione: per la presenza nelle collaborazioni *ex art. 2, d.lgs. 81/15* dell’etero-organizzazione, che è tratto tipico del lavoro subordinato in modalità tradizionale⁸⁴.

Tutto ciò, seppure non altera la struttura dicotomica dei modi giuridici di prestare lavoro in favore di altri⁸⁵, ancor di più accentua la contiguità tra

⁸³ La distinzione è complicata soprattutto per la difficoltà di differenziare l’etero-organizzazione del committente e del datore di lavoro, da una parte, e, dall’altra, l’etero-organizzazione e il coordinamento (v. nota 78). Ciò che, in fondo, dipende dall’idea che si ha del potere direttivo (MAGNANI, *Autonomia*, cit., p. 11, p. 13 s) e di organizzazione della prestazione.

⁸⁴ Che le forme di lavoro a distanza rese possibili dalle tecnologie informatiche realizzassero una contaminazione tra subordinazione e para-subordinazione si rilevava già ai primi anni ’90, molto prima che il legislatore traducesse in norme, con il lavoro agile, ciò che l’evoluzione tecnologica già allora faceva presagire: v. GAETA, *Lavoro a distanza*, cit., p. 196 s.

⁸⁵ Tesi che si può sostenere solo se si esclude che la collaborazione etero-organizzata configuri un *tertium genus* (per la complessità della questione v. ZOPPOLI A., *op. cit.*, p. 20 ss.), e che non è inquinata dalla valutazione, di queste collaborazioni, come sottotipo di lavoro autonomo

autonomia e subordinazione, perché con il lavoro agile ancor di più i due tipi si confondono a tratti, pur senza snaturarsi.

Oggi non solo la subordinazione contamina *ex lege* l'autonomia: con le collaborazioni tradizionali ed etero-organizzate, il debitore dell'opera ai sensi dell'art. 2222 c.c. non è indifferente ad un potere del creditore che, sebbene non generi soggezione come nel tipo *ex art. 2094 c.c.*, ne condiziona anche intensamente la libertà nei modi di adempimento – tant'è che, nell'ultimo caso, il legislatore prende atto della “sfasatura tra fattispecie ed effetti”⁸⁶. Con il lavoro agile anche l'autonomia contamina *ex lege* la subordinazione, perché la soggezione convive con un arretramento del potere del creditore sui modi e i contenuti della prestazione il quale, innaturale nel tipo *ex art. 2094 c.c.*, è invece proprio del tipo *ex art. 2222 c.c.*

Si conferma, così, quell'effetto dell'evoluzione tecnologica sul rapporto *ex art. 2094 c.c.* che già si intuiva negli anni '80. Essa modifica non la sostanza ma le modalità della subordinazione, introducendo, nel rapporto di lavoro, forme di “auto-organizzazione e di auto-disciplina” necessarie all'adempimento di una prestazione che è “meno ‘passiva’ e più ‘attiva’”. Ciò che si traduce in “meno ‘soggezione’ e più ‘cooperazione’”⁸⁷: com'è, appunto, nel lavoro subordinato in modalità agile.

(qui v. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 326 ss.) descrittivo di una “soglia” tra autonomia e subordinazione (PERULLI, *Costanti e varianti*, cit., p. 271).

⁸⁶ Per le collaborazioni etero-organizzate lo dice CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 324.

⁸⁷ CARINCI F., *Rivoluzione tecnologica e rapporto di lavoro*, in *DLRI*, 1985, p. 221 ss.

Abstract

L'autore svolge una riflessione sul lavoro agile introdotto dalla l. 81/17, allo scopo di accertare se esso costituisce una forma di telelavoro oppure una nuova fattispecie di lavoro subordinato a distanza, confrontandolo, a tale fine, col fenomeno dello *smart working*. Verifica, poi, se la nuova modalità di svolgimento del rapporto di lavoro impatta sulla nozione di subordinazione e sull'articolazione delle forme giuridiche di svolgimento del lavoro in favore di altri (subordinazione e autonomia di specie para-subordinazione)..

The author focuses on analysing the agile work introduced by l. 81/2017, in order to ascertain whether it constitutes a kind of telework or a new case of subordinate work at a distance, by comparing it, for that purpose, with the smart working. It then verifies whether the agile work impacts on the notion of subordination and the current articulation of legal forms of work in favor of others (subordination, autonomy, para-subordination).

Key words

Lavoro agile, telelavoro, *smart working*, autonomia, subordinazione, para-subordinazione.

Agile work, teleworking, smart working, autonomy, subordination, para-subordination.

Francesco Di Noia

Legge e contratto collettivo prima e dopo l'art. 8, l. n. 148/2011: storia di un rapporto in crisi*

Sommario: **1.** Legge e contratto collettivo: la “regola” dell’inderogabilità unilaterale della fonte legale. **2.** Integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo e facoltà derogatoria come “eccezione alla regola”. **3.** *Segue.* Rinvii autorizzatori e gestione della flessibilità: crescita e trasformazione di un rapporto. **4.** Art. 8, l. n. 148/2011 e rinvio “ampio” al contratto collettivo (di secondo livello): “l’eccezione che si fa regola”. **5.** Legge e contratto collettivo oltre l’art. 8: evoluzioni e conferme di un rapporto in crisi. **6.** *Segue.* Alcuni rinvii contenuti nel d.lgs. n. 81/2015. **7.** *Segue.* Parificazione dei livelli contrattuali: l’art. 51, d.lgs. n. 81/2015. **8.** *Segue.* Analogie e differenze tra contratti *ex art. 51* e contratti di prossimità: soggetti stipulanti ed efficacia soggettiva. **9.** Brevi osservazioni conclusive: legge e contratto collettivo all’assalto dell’apparato garantistico del lavoro?

I. *Legge e contratto collettivo: la “regola” dell’inderogabilità unilaterale della fonte legale*

Nel rapporto tra le “fonti” di regolazione della prestazione di lavoro¹,

* Il contributo costituisce la rielaborazione del *paper* presentato in occasione della III edizione del Convegno A.I.D.La.S.S. “*I giovani giuslavoristi e gli studi di diritto del lavoro in memoria del Prof. Mario Giovanni Garofalo*”, Bari – 11 e 12 novembre 2016.

¹ Il termine “fonte” è qui utilizzato in senso a-tecnico. Sulle fonti del diritto del lavoro e, in particolare, sul dibattito riguardante l’inquadramento del contratto collettivo tra di esse, *ex multis*, cfr. AA.VV., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 maggio 2001, Giuffrè, 2002; MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *RIDL*, 2001, I, p. 231 ss.; PERSIANI, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, p. 1 ss.; ZOPPOLI L., *Il contratto collettivo come «fonte»: teorie ed applicazioni*, in SANTUCCI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2004, p. 3 ss.; TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*,

il contratto collettivo, quale espressione dell'autonomia privata, si pone in posizione gerarchicamente subordinata rispetto alla legge². Ad ogni modo, i rapporti fra disposizioni legislative e negoziali nel nostro ordinamento sono informati al principio di salvaguardia del trattamento più favorevole per il lavoratore, espresso nella regola della “inderogabilità in *peius*-derogabilità in *melius*”³. È, infatti, largamente accettata l'opinione per cui, nel diritto del lavoro, operi una sorta di “presunzione di inderogabilità” delle norme di legge⁴, nella specifica declinazione della c.d. inderogabilità unilaterale⁵, per effetto della quale la disciplina eteronoma prevale sull'atto di autonomia privata soltanto ove quest'ultimo conduca a un trattamento deteriore per il prestatore di lavoro, e non anche nel caso in cui il trattamento sia migliorativo dello *standard* legale (c.d. principio del *favor*)⁶.

Questa è l'impostazione adottata nel nostro ordinamento per la regolazione del rapporto tra legge e contratto collettivo nell'ambito delle più si-

in *ADL*, 2005, p. 137 ss. e, più di recente, ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. I, Cedam, 2010, p. 487 ss.; GAROFALO M. G., *Per una teoria giuridica del contratto collettivo. Qualche osservazione di metodo*, in *DLRI*, 2011, p. 515 ss.; GHERA, *Il contratto collettivo tra natura negoziale e di fonte normativa*, in *RIDL*, 2012, I, p. 195 ss.; MARTELLONI, *Gerarchia “liquida” delle fonti del diritto del lavoro*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, 2012, p. 436 ss.; GAETA, «La terza dimensione del diritto»: legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in *DLRI*, 2016, 573 ss.

² GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, p. 204 ss.; CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, 1. *Diritto sindacale*, Utet, 2016, p. 264 ss.; MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Giappichelli, 1988, p. 99.

³ CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 360; SANTORO PASSARELLI G., *Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”*, in *DRI*, 2016, p. 9 ss. e ID., *Il contratto aziendale “in deroga”*, in questa rivista, 2015, pp. 282 e 283.

⁴ DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, p. 49; MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 491; PERA, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*. Art. 2113, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 1990, p. 19 ss.

⁵ DESSI, *L'inderogabilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c.*, Giappichelli, 2011, p. 92 ss. e già NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009, p. 142 ss.

⁶ DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 185 ss.; SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, 1967; CESSARI, *Il «favor» verso il prestatore di lavoro di lavoro subordinato*, Giuffrè, 1966. Proprio sull'attualità del principio del *favor* CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *LD*, 2015, p. 491 ss., fonda la sua critica a quella dottrina che negli ultimi anni ha offerto una lettura di alcune disposizioni dettate in materia di contratti flessibili in termini di c.d. *inderogabilità bilaterale*.

gnificative previsioni normative dell'evoluzione del diritto del lavoro⁷ e che ha fatto parlare di una sua "indubbia rilevanza sistematica"⁸.

La legge, quindi, assume un ruolo contenitivo rispetto all'autonomia collettiva, abilitata a modificare la disciplina legale solo in misura migliorativa per il lavoratore (pena la nullità delle clausole e la loro sostituzione automatica)⁹. In tal senso, l'ordinamento del lavoro manifesta "la propria vocazione a contrapporsi al principio di libertà contrattuale ed a sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata"¹⁰ e "al «dispotismo contrattuale» del datore di lavoro"¹¹.

Nel tempo, però, alla regola generale si sono affiancate delle eccezioni: da un lato, si è prevista la derogabilità *in peius* del precetto legale da parte della contrattazione collettiva; da un altro, si sono diffusi interventi legislativi nei quali si è disposta l'inderogabilità *in melius* delle norme legali (c.d. tetti).

Tralasciando l'analisi degli interventi normativi diretti a comprimere la funzione migliorativa della contrattazione¹², nel presente lavoro ci si occuperà della tecnica del rinvio della legge al contratto collettivo, al fine di verificare evoluzione e tenuta di questo rapporto. L'ipotesi di ricerca è che quest'ultimo abbia subito nel tempo una graduale trasformazione, non essendo più diretto alla specificazione/integrazione della norma di legge o alla gestione della flessibilità da introdurre nel mercato del lavoro quanto piuttosto, in una più generale opzione di politica del diritto, all'erosione dell'apparato garantistico del lavoro.

⁷ A titolo meramente esemplificativo, tra gli altri, cfr. art. 12, d.lgs.lgt. n. 112/1919; art. 17, r.d.l. n. 1825/1924; art. 8, r.d.l. n. 692/1923; artt. 5 e 7, l. n. 741/1959; art. 40, l. n. 300/1970; art. 12, l. n. 604/1966.

⁸ MARIUCCI, *op. cit.*, p. 101.

⁹ NOVELLA, *op. cit.*, p. 152 ss.; DESSI, *op. cit.*, p. 101 ss.

¹⁰ DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 46.

¹¹ RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003, p. 79.

¹² Molteplici, nel corso degli anni, sono stati gli interventi normativi che hanno limitato la possibilità dei contratti collettivi di derogare *in melius* a quanto previsto nel precetto legale (c.d. tetti). Si pensi a quanto sancito in materia di contingenza a partire dalla seconda metà degli anni '70 del secolo scorso (d.l. n. 12/1977, conv. in l. n. 91/1977; d.l. n. 70/1984 conv., in l. n. 219/1984), su cui, per tutti, BELLARDI, *Contrattazione e concertazione*, Cacucci, 1999, p. 19 ss. e per un'analisi della giurisprudenza costituzionale su tali interventi, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999, p. 337 ss.

2. *Integrazione funzionale tra legge e contratto collettivo e facoltà derogatoria come “eccezione alla regola”*

Dalla fine degli anni '70 del secolo scorso si sono moltiplicate le ipotesi in cui il legislatore ha autorizzato il contratto collettivo a integrare, specificare, derogare (in maniera peggiorativa)¹³ o sostituire il precetto legale¹⁴. Se si analizzano i testi legislativi in materia di lavoro degli ultimi decenni, si può avere contezza della rilevanza e della diffusione di tale tecnica, che ha portato a parlare di una vera e propria “integrazione funzionale” tra le due fonti¹⁵.

In una rassegna meramente esemplificativa delle varie tipologie utilizzate dal legislatore per investire la contrattazione collettiva di tale potere “normativo” non si può non partire da quella in cui il rinvio è diretto a integrare/specificare il contenuto della previsione legale¹⁶. Di diverso tenore è il rinvio operato dal legislatore in altre fattispecie: la legge devolve, in via principale, la definizione di una regola alla contrattazione collettiva ma predisponde, in via meramente residuale, una regolazione da adottare in caso di inerzia delle parti¹⁷. Differente ancora è il rinvio della legge alla contrattazione collettiva diretto a “integrare” quanto previsto in linea di massima nel precetto legale¹⁸.

Dai precedenti esempi si discosta il rinvio in funzione derogatoria: il legislatore prevede una regola e, allo stesso tempo, consente all'autonomia collettiva di modificarla in senso peggiorativo per i lavoratori. Tale tipologia è via via cresciuta nel tempo, tanto da diventare una delle più utilizzate nel rapporto tra legge e autonomia collettiva¹⁹. Una tendenza piuttosto risalente

¹³ Discorso a parte è quello del rinvio della legge alla contrattazione collettiva in chiave migliorativa e che per questo in dottrina è stato definito “improprio” (PINTO, 2002, *Lavoro part-time e mediazione sindacale: la devoluzione di funzioni normative al contratto collettivo*, in *DLRI*, p. 275 ss.), in quanto alla contrattazione collettiva sarebbe *naturaliter* attribuito il compito di migliorare lo *standard* legale.

¹⁴ D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1991, p. 445 ss.

¹⁵ Così SANTORO PASSARELLI G., *Il contratto aziendale*, cit., p. 282.

¹⁶ Artt. 4 e 6, l. n. 300/1970 (in materia di impianti audiovisivi e visite personali di controllo dei lavoratori).

¹⁷ Art. 5, l. n. 223/1991 (criteri di scelta lavoratori da licenziare nell'ambito della procedura di licenziamento collettivo).

¹⁸ Art. 5, l. n. 53/2000 (deroga alle modalità di fruizione congedo formativo) e art. 15, d.lgs. n. 66/2003 (adibizione al lavoro diurno del lavoratore a cui venga riconosciuta la sopravvenuta inidoneità al lavoro notturno per motivi di salute).

¹⁹ Art. 1, co. 2, l. n. 297/1982 (deroga al calcolo tfr); artt. 1, co. 4 e 5, co. 2, l. n. 903/1977 (deroga al divieto di svolgere lavori pesanti e lavoro notturno per le donne lavoratrici).

se si pensa che già a metà degli anni '80 del secolo scorso Gaetano Vardaro notava che la deroga collettiva della disposizione legale stesse perdendo il “carattere ‘integrativo’ (di completamento di una disciplina almeno parzialmente incompiuta)” per assumere quello “‘ablatorio’, di soppressione, o quantomeno di affievolimento, di diritti soggettivi, legislativamente riconosciuti al singolo lavoratore subordinato”²⁰.

Come noto rinvii in deroga sono stati inseriti in una pluralità di leggi approvate tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso²¹ e sono presenti all'interno di alcuni importanti testi normativi degli inizi del nuovo millennio²².

3. (Segue) *Rinvii autorizzatori e gestione della flessibilità: crescita e trasformazione di un rapporto*

Un impiego peculiare della tecnica del rinvio è stato sperimentato nella regolazione del lavoro flessibile, allorché alla contrattazione collettiva è stato attribuito il “compito di ‘aprire il rubinetto’ della flessibilità, erogandone dosi altrimenti precluse”²³. In altre parole, il legislatore ha delegato all'autonomia collettiva il delicato compito di stabilire tempi, modi e quantità di

²⁰ VARDARO, *Contratti collettivi e rapporto individuale di lavoro*, Franco Angeli, 1985, pp. 392 e 393.

²¹ Art. 6, l. n. 190/1985 (deroga al limite temporale per l'acquisizione delle mansioni superiori nell'ambito dei quadri); art. 4, co. 11, l. n. 223/1991 (deroga al divieto di adibizione a mansioni inferiori, al fine di riassorbire i lavoratori sottoposti a procedura di licenziamento collettivo).

²² Il riferimento, per stare alla parte tutt'ora vigente, è agli artt. 11, co. 2 e 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 (deroga al divieto di percepire compensi per gli intermediari accreditati per il collocamento e al regime di solidarietà negli appalti) e agli artt. 4, co. 4 e 17, co. 1, d.lgs. n. 66/2003 (deroga al limite temporale per il calcolo del limite orario massimo di lavoro settimanale²² o alla disciplina del riposo giornaliero, delle pause e del lavoro notturno). Sul rapporto legge-contratto collettivo in tale ultimo decreto, più in generale, cfr. CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, 2006, p. 193 ss.; EID., *Il d.lgs. n. 66 del 2003, di attuazione delle direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in LECCESE (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004, p. 3 ss.

²³ Così VOZA, *I contratti ad orario “ridotto, modulato o flessibile” tra lavoro e disponibilità*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, p. 336. Più di recente, cfr. GAETA, *op. cit.*, p. 598 ss.; CALCATERRA, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *ADL*, 2014, p. 1287 ss.

flessibilità da introdurre nella gestione del mercato del lavoro²⁴; alla strada della de-regolazione “secca” della disciplina del lavoro flessibile, il legislatore ha preferito quella della sua ri-regolazione “riflessiva”²⁵.

Basti pensare, solo per fare qualche esempio, alla possibilità di stipulare contratti a termine al di là delle ipotesi previste dalla disciplina generale²⁶ o, sempre in materia di contratto a termine, alla tecnica con cui il legislatore ha affidato alla contrattazione collettiva una delega amplissima in materia di ricorso a tale tipologia contrattuale²⁷. La stessa tecnica è stata utilizzata, altresì, per la disciplina del lavoro parziale²⁸ e, dopo più di un decennio, per regolare la disciplina della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo²⁹.

Il rapporto legge-contratto collettivo, però, ha registrato una brusca trasformazione nella legislazione del terzo millennio. Non è sfuggito, infatti, ai commentatori degli interventi normativi dei primi anni 2000 il cambio di paradigma nell'integrazione tra le due fonti, a scapito del ruolo di primo piano giocato negli anni precedenti dall'autonomia collettiva³⁰: la flessibilità è disposta *ex lege*, residuando in capo alle parti sociali la facoltà di allargarne maggiormente le maglie (spesso, peraltro, sotto la scure di un intervento dell'autorità amministrativa o dell'autonomia privata).

Il cambio di passo è evidente ancora una volta nella disciplina del contratto a termine: nel d.lgs. n. 368/2001 – a differenza di quanto previsto nel testo normativo del 1987 – è la legge stessa a consentire l'apposizione del termine in presenza di non meglio precisate “ragioni di carattere tecnico,

²⁴ Per tutti, cfr. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, p. 529 ss.; GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione del diritto del lavoro italiano*, in *DLRI*, 1986, p. 317 ss.

²⁵ Sul “diritto riflessivo”, cfr. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, 1996 e già ID., *Aspetti, limiti, alternative della legificazione*, in *S&D*, 1985, p. 7 ss.

²⁶ Il riferimento è a quella serie di provvedimenti con cui a cavallo tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, prima nei settori del commercio e del turismo (art. 1, d.l. n. 867/1977, con in l. n. 18/1978) e poi in via generale (art. 8 *bis*, d.l. n. 17/1983, conv. in l. n. 79/1983), si sono previste deroghe alla disciplina generale di cui alla l. n. 230/1962.

²⁷ Art. 23, l. n. 56/1987.

²⁸ Art. 5, co. 3, l. n. 863/1984.

²⁹ Art. 1, co. 2, lett. a; art. 1, co. 8; art. 4, co. 2, l. n. 196/1997.

³⁰ BELLAVISTA, *Le prospettive dell'autonomia collettiva dopo il d.lgs. n. 276/2003*, in *RGL*, 2004, I, p. 189 ss.; PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Giappichelli, 2005; BELLARDI, *Concertazione, dialogo sociale, contrattazione e rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in GAROFALO D., RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto*, cit., p. 171 ss. e *ivi* RICCI M., *L'autonomia collettiva e individuale dopo la revisione legislativa del mercato del lavoro*, p. 225 ss.

produttivo, organizzativo o sostitutivo”³¹, residuando in capo al contratto collettivo l’individuazione di limiti quantitativi massimi di utilizzazione³².

Tale impostazione è contenuta anche nel d.lgs. n. 276/2003, con il quale, tra le altre cose, si è provveduto alla riscrittura delle regole sul *part-time*³³, eliminando il filtro sindacale sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo³⁴: il lavoro supplementare e le clausole elastiche e flessibili possono essere introdotte anche sulla scorta del mero consenso del lavoratore. Altra manifestazione della nuova impostazione è contenuta nella disciplina della somministrazione a tempo indeterminato, in cui è il legislatore a predisporre un elenco dettagliato di attività per le quali è possibile attivare tale tipologia contrattuale³⁵, delegando all’autonomia collettiva la previsione di ulteriori ipotesi³⁶.

Orbene, il tratto comune alle diverse sfumature della tecnica del rinvio adottata nel corso del tempo è l’attenuazione della rigidità normativa attraverso l’autonomia collettiva, sicché si è parlato di “garantismo collettivo”³⁷ o di “deregolazione controllata”³⁸. In questo fenomeno emerge il passaggio da una tutela “granitica” del lavoratore (assicurata da una legge dotata del carattere dell’inderogabilità) a una tutela “calceata” e, quindi, pur sempre “rocciosa” (perché garantita da una legge) ma soggetta a un fenomeno carsico – di modifica e, quasi sempre, di vera e propria erosione – ad opera della contrattazione collettiva.

Diversi sono stati gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza rispetto all’impiego sempre più massiccio di questa tecnica, soprattutto in chiave derogatoria. Solo in taluni casi si è arrivati al punto di teorizzare una relazione di “alternatività” e “fungibilità” reciproca tra fonte legislativa e contrattuale, nel senso di ammettere la più ampia capacità derogatoria da parte delle discipline contrattuali³⁹. Al contrario, l’orientamento maggiori-

³¹ Art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368/2001.

³² Art. 10, co. 7, d.lgs. n. 368/2001.

³³ Art. 46, d.lgs. n. 276/2003.

³⁴ VOZA, *I contratti ad orario*, cit., p. 336.

³⁵ Art. 20, co. 3, lett. a-h, d.lgs. n. 276/2003.

³⁶ Art. 20, co. 3, lett. i, d.lgs. n. 276/2003.

³⁷ GIUGNI, *Diritto sindacale*, cit., p. 205.

³⁸ CARINCI F., DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op. cit.*, p. 266. Più in generale cfr. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione*, cit., p. 317 ss. e DE LUCA TAMAJO, *L’evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, I, p. 16 ss.

³⁹ FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Cedam, 1981, p.

tario ha sempre sostenuto l'eccezionalità di tali previsioni⁴⁰, rifiutando ricostruzioni volte ad affermare un sovvertimento dell'"ordine del rapporto tra le fonti"⁴¹.

4. *Art. 8, l. n. 148/2011 e rinvio "ampio" al contratto collettivo (di secondo livello): "l'eccezione che si fa regola"*

È questo lo scenario di fondo nel quale si è inserito l'art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modifiche in l. 148/2011⁴²: una norma "profondamente distonica con la nostra tradizione giuridica e con il sistema di relazioni industriali quale si è andato sviluppando nel periodo postcostituzionale"⁴³ e che ha portato a "un'alterazione totale delle regole del gioco" alla base dei rapporti tra legge e contratto collettivo costruiti, a partire dalla fine degli anni '70, "in chiave di valorizzazione delle capacità delle stesse di farsi creatrici di equilibri tra interessi tradizionalmente e strutturalmente confliggenti"⁴⁴.

Partendo dai profili connessi al piano politico-sindacale, un elemento di criticità è da rinvenirsi nell'intervento del legislatore *tout court*. Con l'introduzione dell'art. 8 nell'ordinamento si è registrata un'anomala "legificazione" di una materia che, nell'esperienza repubblicana, è stata sempre lasciata

⁴⁰ ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in BARBERA, PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza. Le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, p. 140; MARIUCCI, *op. cit.*, p. 102.

⁴¹ MARIUCCI, *ibidem*.

⁴² La letteratura sull'art. 8 è, per evidenti ragioni, vastissima. Oltre a quella citata nel presente §, per tutti, cfr. CARINCI F (a cura di), *Contrattazione collettiva in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012; LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012, p. 479 ss.; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012; 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"*, 2011, 129. Più di recente BOLOGNA, *Il contratto aziendale in tempi di crisi. Esperienze euro-mediterranee a confronto*, Giappichelli, 2017, p. 61 ss. e OLIVELLI, *La contrattazione collettiva aziendale dei lavoratori privati*, Giuffrè, 2016, p. 189 ss.

⁴³ FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità del sistema di tutele del diritto del lavoro subordinato*, in *RGL*, 2012, I, p. 471.

⁴⁴ VENEZIANI, *Presentazione. Contrattazione di prossimità e art. 8 della legge n. 148/2011*, in *RGL*, 2012, I, p. 459.

all'autonoma determinazione delle parti⁴⁵. Infatti, nel 2011 il legislatore ha cambiato orientamento⁴⁶, predisponendo una normativa che, al netto della sua discutibile fattura⁴⁷, si è occupata di disciplinare nel dettaglio tutto il procedimento di approvazione dei contratti collettivi (sebbene solo decentrati) e di inserire molteplici elementi di innovazione, che hanno giustificato il notevole interesse venutosi a creare intorno a essa.

La sovrapposizione della normativa eteronoma su quella autonoma è pressoché totale⁴⁸; la disciplina collettiva è relegata nel “cono d'ombra”⁴⁹ di quella legislativa e l'ordinamento intersindacale risulta violato in tutti i suoi profili⁵⁰: soggetti negoziali, livelli, materie ed efficacia soggettiva.

Un altro aspetto, poi, che pone l'art. 8 fuori dall'alveo della tradizione delle relazioni industriali del nostro Paese, è la scelta di affidare un così pregnante potere derogatorio al solo livello decentrato, estromettendo il livello contrattuale nazionale⁵¹, che – quantunque sottoposto negli ultimi anni a un'opera di progressivo ridimensionamento⁵² – esercita ancora un ruolo centrale nel sistema contrattuale⁵³.

⁴⁵ GUARRIELLO, *Crisi economica, contrattazione collettiva e ruolo della legge*, in *DLRI*, 2016, p. 3 ss.

⁴⁶ *Ex multis*, cfr. 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”*, 2011, 127, p. 5; GARILLI, *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, p. 33; LECCESE, *Il diritto sindacale*, cit., p. 479; LISO, *Brevi note sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *DLRI*, 2012, p. 461.

⁴⁷ Molte le critiche all'art. 8 sotto il profilo del *drafting* normativo, su cui cfr. BELLAVISTA, *L'art. 8 del d.l. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione collettiva in deroga*, cit., 2012, p. 311; LECCESE, *Il diritto sindacale*, cit., p. 481; ID., *L'art. 8 della ‘manovra d'estate’: un intervento nel libero dialogo contrattuale o una sovrapposizione della sfera dell'eteronomia a quella dell'autonomia?*, in AA.VV., *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Cacucci, 2012, p. 173; MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l'accordo*, in *LD*, 2011, p. 459.

⁴⁸ LECCESE, *L'art. 8, cit.*, p. 174.

⁴⁹ LECCESE, *Il diritto sindacale*, cit., p. 493.

⁵⁰ ALLEVA, *Titolarità e usurpazione di poteri dispositivi e derogatori*, in *RGL*, 2012, I, p. 481.

⁵¹ LECCESE, *Il diritto sindacale*, cit., p. 495; MAGNANI, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *DRI*, 2012, p. 5; SANLORENZO, *Rapporto tra livelli contrattuali*, in *RGL*, 2012, I, p. 533.

⁵² BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2012, I, p. 461 ss.

⁵³ È quanto emerge dall'assetto dei livelli contrattuali contenuto nel TU 10 gennaio 2014, su cui cfr. BARBIERI, *Il Testo unico alla prova delle norme giuridiche*, in *DLRI*, 2014, p. 577 ss.; BEL-

La scelta del legislatore di intervenire “a orologeria” sugli stessi temi affrontati due mesi prima nel sistema intersindacale è stata condannata in occasione della ratifica dell’AI 2011 dalle parti sociali, che si sono impegnate a disattendere la disciplina legale⁵⁴. Ma è da condividersi l’opinione di chi, a pochi mesi dall’approvazione dell’art. 8, ha sostenuto che tale norma fosse entrata “nel subconscio dell’azione collettiva e opera[ss]e silenziosamente sotto traccia come una sorgente carsica che erode le garanzie del diritto del lavoro specie a livello locale, dove, sotto l’impulso di una crisi sistemica spesso strumentalizzata”, si sono conclusi accordi peggiorativi delle condizioni di lavoro che hanno investito “tutti i principali istituti dell’apparato protettivo senza grandi sottigliezze”⁵⁵. Benché le poche ricerche empiriche condotte sino ad oggi registrino un limitato impiego della contrattazione ex art. 8⁵⁶, non si può non considerare che quella norma sia lì con il suo di-

LARDI, *La recente riforma della struttura contrattuale: profili critici e incoerenze*, in *DLRI*, 2014, p. 739 ss.; CARINCI F. (a cura di), *Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014*, Adapt University Press, e-Book series, 2014, 26; DEL PUNTA, *Note sparse sul Testo Unico sulla rappresentanza*, in *DRI*, 2014, p. 673 ss.; FERRARO, *Sul rinnovato “sistema” di relazioni industriali*, in *ADL*, 2014, p. 549 ss.; 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. 237 ss.; MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione e contrattazione collettiva*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. I, Cedam, 2014, p. 419 ss.; TOSI, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, in FIORILLO, PERULLI (diretto da), *Le relazioni industriali*, Giappichelli, 2014, p. 63 ss.

⁵⁴ Postilla aggiunta il 21 settembre 2011 all’AI 2011, su cui cfr. RICCI M., *L’accordo interconfederale del 28 giugno 2012: un’inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, p. 43 ss., il quale ha parlato di “giorno dell’orgoglio delle parti sociali”.

⁵⁵ FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 472.

⁵⁶ Cfr. IMBERTI, *A proposito dell’art. 8 della legge n. 148/2011: le deroghe si fanno, ma non si dicono*, in *DLRI*, 2013, p. 268; MONTEROSSO, *Le prime ipotesi applicative della clausola 7 dell’accordo interconfederale 28 giugno 2011 e dell’art. 8 della legge n. 148/2011*, in *RGL*, 2013, I, p. 211 ss.; PERULLI, *La prassi applicativa dell’art. 8 del D.L. n. 138/2011, convertito in legge n. 148/2011*, in FIORILLO, PERULLI (diretto da), *Le relazioni industriali*, cit., 2014, p. 169 ss. A tali ricerche vanno affiancate anche quelle che si sono occupate del fenomeno su un ambito – territoriale e/o di settore produttivo – più circoscritto: BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un’indagine territoriale)*, in *DRI*, 2017, p. 13 ss.; SERRANO, *La contrattazione di prossimità in Puglia*, in BAVARO (a cura di), *Indagine sulle relazioni industriali in Puglia*, Cacucci, 2016, p. 121 ss.; TOMASSETTI, *Il decentramento contrattuale in Italia: primi profili ricostruttivi di una ricerca empirica*, in *ADL*, 2014, p. 1321 ss.; MATTEI, *Il grado di evoluzione della cd. contrattazione di prossimità a partire dall’osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro*, in BARBERA, PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza. Le nuove relazioni sindacali*, Cedam, 2014, p. 77 ss.

rompente potenziale, utilizzabile alla bisogna e, con la complicità del legislatore⁵⁷, al riparo dai riflettori del dibattito pubblico.

Se l'art. 8 ha apportato rilevanti novità sul piano politico-sindacale, è su quello della tecnica normativa che si registra il cambiamento più significativo. Su quest'ultimo versante, infatti, vi è una cesura forte rispetto alla precedente tradizione di rinvio alla contrattazione collettiva, derogatoria *in peius* solo in alcune materie e, ancor più specificamente, in parti di esse⁵⁸. In altre parole, i tratti caratterizzanti la tecnica di regolazione del rapporto legge-contratto collettivo sono sempre stati l'*episodicità*, la *delimitazione* ad aspetti particolari di una materia o istituto, la *straordinarietà*: in buona sostanza l'eccezionalità rispetto alla regola della inderogabilità della norma lavoristica⁵⁹. Una "valvola di sfogo" per l'assestamento e la tenuta dell'intero sistema.

Con l'art. 8 questa logica viene capovolta. L'*episodicità* si trasforma in *organicità*, la particolarità della deroga diventa *generalità* (investendo interi istituti e materie), la *straordinarietà* cede il passo all'*ordinarietà*. Una sì ampia potestà derogatoria della contrattazione collettiva rispetto alla disciplina di legge cristallizza un sovvertimento del rapporto tra le fonti⁶⁰ e sembra inverarsi in un passaggio dalla "eccezione (deroga) che conferma la regola (inderogabilità della normativa lavoristica)" alla "eccezione che si fa regola" del nuovo diritto del lavoro⁶¹.

⁵⁷ VICINO, *I contratti di prossimità dopo il d.l. n. 76 del 2013*, in LG, Gli Speciali, "Pacchetto lavoro": interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, 2013, II, p. 63 ss.; SERRANI, *L'obbligo di trasparenza nella contrattazione collettiva di prossimità*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale. Primo commento al decreto legge 28 giugno 2013*, Adapt University Press, e-Book series, 2013, 10, p. 169 ss.; SCARANO, PASTORE, *Il deposito dei contratti collettivi decentrati*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Semplificazioni – sanzioni – ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2016, p. 55 ss.

⁵⁸ SCARPONI, *Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva a livello aziendale o territoriale*, in RGL, 2015, I, p. 113 ss.

⁵⁹ VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in RGL, 2006, I, p. 229 ss.

⁶⁰ Cf. SCARPELLI, *Il rapporto tra legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in RGL, 2012, I, p. 495; FERRARO, *Profili costituzionali della disponibilità*, cit., p. 474.

⁶¹ BELLAVISTA, *L'art. 8, cit.*, p. 311; MAZZOTTA, "Apocalittici" e "integrati" alle prese con l'articolo 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo, in LD, 2012, p. 27. Meno tranchant l'analisi di BELLOMO, *L'art. 8 del D. L. n. 138/2011: interpretazione e costituzionalità*, in CARINCI F. (a cura di), *Contrattazione collettiva in deroga, cit.*, p. 284; MAGNANI, *op. cit.*, p. 1 ss.; VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in MGL, 2011, 10, p. 682 ss.

5. *Legge e contratto collettivo oltre l'art. 8: evoluzioni e conferme di un rapporto in crisi*

A riportare nell'alveo "tradizionale" i rapporti tra legge e contratto collettivo ha contribuito il legislatore che, nel porre freneticamente mano alla regolazione del lavoro (odierna "tela di Penelope"), pur non abrogando l'art. 8, ha continuato ad operare "deleghe selettive"⁶² all'autonomia collettiva. È quanto si registra nella c.d. riforma Monti-Fornero e nei successivi mutamenti operati dal Governo Letta⁶³, che hanno continuato ad attribuire all'autonomia collettiva quell'"ambiguo ruolo"⁶⁴ affidatole dal legislatore del terzo millennio, ovvero quello di ulteriore allargamento di una flessibilità già sancita dalla legge. Un'impostazione che si può scorgere nitidamente anche in quella serie di interventi normativi messi a punto nel biennio 2014-2015 dal legislatore del c.d. *Jobs Act*⁶⁵. Quest'ultimo, infatti, negli otto decreti attuativi della l. n. 183/2014 (e, prima ancora, nel d.l. n. 34/2014, conv. con modifiche in l. n. 78/2014) ha fatto ampio rinvio all'autonomia collettiva⁶⁶, utilizzando spesso soluzioni differenti ma con alcune comuni caratteristiche che danno conto di quella evoluzione del processo di de-strutturazione del sistema contrattuale italiano, di cui l'art. 8 è sembrato la manifestazione più evidente.

La più alta concentrazione di rinvii è contenuta nel d.lgs. n. 81/2015, recante norme in materia di contratti di lavoro flessibile e di mansioni. I rinvii hanno interessato la disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente⁶⁷, delle mansioni⁶⁸, del *part-time*⁶⁹, del lavoro intermitten-

⁶² ZAPPALÀ, *Legge e contratto collettivo nella co-regolazione della flessibilità*, in BARBERA, PERULLI (a cura di), *Consenso, dissenso e rappresentanza*, cit., 2014, p. 140.

⁶³ TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in MAGNANI, PANDOLFO, 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. 247 ss.

⁶⁴ RUSCIANO, *Contrattazione e sindacato nel diritto del lavoro dopo la l. 28 giugno 2012 n. 92*, in *ADL*, 2013, p. 1283 ss.

⁶⁵ Diversa, invece, sembra essere la tecnica utilizzata nella legislazione successiva: sono, infatti, quasi del tutto assenti i rinvii alla contrattazione collettiva nella l. n. 81/2017 su lavoro autonomo e lavoro agile e – come peraltro già nella normativa del 2015 – nel d.lgs. n. 50/2017 in materia di prestazioni occasionali (art. 54 bis).

⁶⁶ Cfr. ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in *LLD*, 2016, p. 51.

⁶⁷ Art. 2, d.lgs. n. 81/2015.

⁶⁸ Art. 3, d.lgs. n. 81/2015.

⁶⁹ Artt. 6, 7 e 11, d.lgs. n. 81/2015.

te⁷⁰, del contratto a tempo determinato⁷¹, della somministrazione⁷² e dell'apprendistato⁷³.

Il tratto caratterizzante di questa tecnica, al di là del suo copioso utilizzo, sta nel depotenziamento dell'autonomia collettiva⁷⁴, i cui prodromi si scorrevano già nel limitato spazio ad essa riservato nella legge di delega⁷⁵. La tendenza generale sembra relegare le parti sociali ad un ruolo più contenuto nella gestione della disciplina del mercato del lavoro, in favore di una ri-legificazione della materia e di una spinta valorizzazione dell'autonomia individuale (che può concedere ciò che l'autonomia collettiva non è disposta a dare)⁷⁶.

Tale tendenza porta con sé due importanti risvolti. La definizione eteonomica dell'*an* e del *quomodo* della flessibilità da inserire nel mercato del lavoro (lasciando al più all'autonomia collettiva la definizione del *quantum*), ribalta la logica dell'effetto "terzo"⁷⁷ del contratto collettivo⁷⁸: non sono più i datori di lavoro ad avere interesse ad entrare nel sistema contrattuale per

⁷⁰ Artt. 13 e 16, d.lgs. n. 81/2015.

⁷¹ Artt. 19, 23, 24, 25, 26, 28 e 29, d.lgs. n. 81/2015.

⁷² Artt. 31 e 35, d.lgs. n. 81/2015.

⁷³ Artt. 42 (commi 1, 5 e 8), 43 (commi 7 e 8), 44 (commi 1, 2 e 5) e 45, d.lgs. n. 81/2015.

⁷⁴ GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in LD, 2016, p. 893; TURSI, «Codice dei lavori» e autonomia collettiva, in MAGNANI, PANDOLFO, VARESI (a cura di), *Il codice dei contratti di lavoro*, cit., p. 297 ss.; LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in QG, 2015, 2015, 53; RECCHIA, *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure*, cit., p. 117 ss.; SCARANO, *Legge e autonomia privata*, cit., p. 96. Di diverso avviso MAGNANI, *Il rapporto tra legge e autonomia collettiva*, in DRI, 2017, pp. 10 e 11; 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*, in questa rivista, 2016, p. 281; GARGIULO, *L'azienda come luogo "preferenziale" delle relazioni sindacali*, in LD, 2016, p. 392; OLIVELLI, *op. cit.*, p. 314; FALSONE, *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*, in DRI, 2016, p. 1073 ss.; TREU, *I rinvii alla contrattazione*, cit., p. 247 ss.; MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, relazione alle giornate di studio A.I.D.La.S.S. "Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario", Napoli, 16 e 17 giugno 2016, p. 29 ss.

⁷⁵ ALVINO, *Il micro sistema dei rinvii al contratto collettivo nel D.Lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in RIDL, 2016, I, p. 657; 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*, 2014, 3, p. 25 ss.

⁷⁶ FALSONE, *op. cit.*, p. 1094 ss.; MAINARDI, *op. cit.*, pp. 33 e 34.

⁷⁷ D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia*, cit., p. 555 ss.

⁷⁸ VOZA, *I contratti ad orario*, cit., p. 336, sulle modifiche al contratto a tempo parziale introdotte dal d.lgs. n. 276/2003.

beneficiare di margini di flessibilità ma, al contrario, sono i sindacati indotti a contrattare per ri-guadagnare spazi regolativi altrimenti preclusi⁷⁹. Per stipulare un accordo, però, è necessario essere (almeno) in due, secondo il noto principio delle relazioni industriali “*it takes two to tango*”⁸⁰; ma, per restare in metafora, data l’impostazione del *Jobs Act*, i sindacati difficilmente troveranno datori di lavoro disposti a lanciarsi in un poco conveniente ballo di gruppo (contratto collettivo), a fronte della possibilità di muoversi più liberamente in un ballo a corpo libero (flessibilità concessa *ex lege*) o in un più intimo *paso doble* (contratto individuale).

Per altro verso, inoltre, la spinta alla valorizzazione dell’autonomia individuale nel diritto del lavoro induce a tradire la sua genetica caratteristica di “diritto mancino [...] votato cioè al riequilibrio di posizioni formalmente paritarie secondo il diritto puro, ‘destro’ e ‘dritto’ dei contratti”⁸¹. Un’asimmetria solo in parte riequilibrabile nella dimensione collettiva⁸².

6. (Segue) *Alcuni rinvii contenuti nel d.lgs. n. 81/2015*

Nell’economia del lavoro non trova posto un’analisi puntuale dei molteplici rinvii contenuti nel d.lgs. n. 81/2015⁸³ ma appare utile riportarne alcuni tra quelli da cui emerge in maniera più forte il *trend* regolativo accennato.

Quanto alla compressione dei margini dell’autonomia collettiva in favore di quella individuale, paradigmatica è la nuova disciplina degli istituti di flessibilità temporale del *part-time*, da sempre terreno di scontro (anche politico) in tema di flessibilità del lavoro *tout court*. Il legislatore del 2015, rispetto alla possibilità di richiedere lavoro supplementare e di prevedere clausole elastiche (oggi semanticamente comprensive anche di quelle flessibili), manda in soffitta – dopo alterne vicende – il modello c.d. “a doppia chiave”

⁷⁹ Un’eccezione può scorgersi nell’art. 23 del d.lgs. n. 80/2015 in materia di telelavoro, su cui cfr. SCARANO, *Legge e autonomia privata ai tempi del Jobs Act*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni, cit.*, p. 96; NUNIN, *Game over o rilancio? La contrattazione della flessibilità dopo il Jobs Act*, in RGL, 2016, I, pp. 386 e 387.

⁸⁰ CELLA, *Quali cambiamenti per le relazioni industriali italiane?*, in LD, 2007, p. 227 ss.

⁸¹ LAFORGIA, *Spunti per un’antropologia del lavoratore degno*, in LD, 2016, p. 122.

⁸² MENGONI, *Legge e autonomia collettiva*, in MGL, 1980, p. 692 ss.; KHAN FREUND, *Labour and the law*, Stevens and Sons, 1972.

⁸³ Per cui si rinvia ai contributi citati nel presente § e in quello precedente.

(in cui alla contrattazione collettiva era rimessa la valutazione e l'autorizzazione della flessibilità da inserire nel rapporto e all'autonomia individuale la manifestazione ultima del consenso) in favore di un altro, di cui il vero *passerpartout* sembra essere l'autonomia individuale. Se, con una mano, il legislatore affida la disciplina di tali aspetti ai contratti collettivi⁸⁴, con un'altra, la sottrae prevedendo che agli stessi si possa accedere mediante un accordo individuale⁸⁵.

A rivelare la tendenza verso la ri-espansione della legge a scapito della contrattazione collettiva è, inoltre, la disciplina del lavoro intermittente. A una rapida lettura delle nuove disposizioni, l'impressione è che ci si trovi dinanzi a una conferma della disciplina precedente: si rimette all'autonomia collettiva e, in via residuale, al Ministero del Lavoro l'individuazione delle esigenze oggettive che legittimano il ricorso alla tipologia contrattuale. Ad una lettura più attenta, però, non può sfuggire che nel d.lgs. n. 81/2015 non vi sia traccia di una disposizione analoga a quella contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 sotto la rubrica “*Sostegno e valorizzazione della contrattazione collettiva*”⁸⁶. Tale disposizione prevedeva che, in caso di inerzia dell'autonomia collettiva, le parti sociali fossero convocate dal Ministro del Lavoro, che le avrebbe assistite al fine di promuovere l'accordo. Solo nel caso in cui dopo quattro mesi dalla convocazione le parti non fossero arrivate ad un'intesa, il Ministro avrebbe disposto in via provvisoria con proprio decreto. Il legislatore del 2015, invece, in ossequio a un'opzione di politica del diritto poco fiduciosa rispetto (se non proprio “ostile”) all'intermediazione dei corpi intermedi, pone un'alternativa secca tra l'intervento dell'autonomia collettiva e il potere sostitutivo dell'Esecutivo.

La disciplina legislativa, inoltre, sottrae spazi regolativi all'autonomia collettiva per avocarli a sé (o attribuirli all'autonomia individuale) anche in materia di contratto a termine. È quanto emerge dalla disciplina della determinazione *ex lege* della durata dell'ulteriore contratto stipulabile fra le stesse parti una volta superato il limite dei 36 mesi (prima fissata dai contratti collettivi); e, ancora, dalla procedura di stipula, oggi esperibile presso la DTL, senza la necessaria assistenza del lavoratore da parte di un rappresentante sindacale, a differenza di quanto stabiliva il d.lgs. n. 368/2001⁸⁷.

⁸⁴ Art. 6, co. 1 e 4, d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁵ Art. 6, co. 2 e 6, d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁶ Art. 40, d.lgs. n. 276/2003.

⁸⁷ Art. 4, co. 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001.

Nonostante la riespansione della competenza legislativa non mancano, tuttavia, ipotesi di rinvii alla contrattazione collettiva (e, anche, a quella individuale), a cui si attribuisce una facoltà derogatoria, in chiave di aumento della flessibilità, già elargita generosamente a monte. Paradigmatica è la nuova formulazione dell'art. 2103 cod. civ. che, oltre alla facoltà di assegnare il lavoratore a “mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale”, prevede che ulteriori ipotesi di demansionamento possano essere previste dai “contratti collettivi”⁸⁸. Altra fattispecie di deroga alla disciplina legale è quella che consente di individuare un periodo diverso (e, quindi, anche più ampio) rispetto a quello semestrale, decorso il quale l'assegnazione a mansione superiore diventa definitiva⁸⁹. Facoltà che perde di “rilevanza”, allorché nella stessa disposizione si prevede che sia lo stesso lavoratore a poter “rifiutare” l'assegnazione definitiva alle mansioni superiori e, in un'altra, che nelle sedi protette possano essere stipulati “accordi individuali di modifica delle mansioni, del livello di inquadramento e delle relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita”⁹⁰.

Discorso a parte merita il tentativo che la legge fa di implementare le garanzie di particolari tipologie di lavoratori *non standard*, riaffidando all'autonomia collettiva la funzione di gestione piena (*an, quomodo e quantum*) della flessibilità da introdurre nel sistema.

È quello che accade in materia di collaborazioni eterorganizzate dal committente, allorché il legislatore decide di estendere a tale tipologia contrattuale la disciplina del rapporto di lavoro subordinato⁹¹, ad eccezione di quelle “per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”⁹². Eccezione, però, che a poco più di due anni dall'entrata in vigore, sembra essere diventata la regola⁹³.

⁸⁸ Art. 2103, co. 4, cod. civ.

⁸⁹ Art. 2103, co. 7, cod. civ.

⁹⁰ Art. 2103, co. 6, cod. civ.

⁹¹ Art. 2, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

⁹² Art. 2, co. 2, lett. a, d.lgs. n. 81/2015, su cui cfr. LAZZARI, *Contrattazione collettiva e lavoro autonomo dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in *VTDL*, 2016, p. 311 ss.

⁹³ IMBERTI, *L'eccezione è la regola?! Gli accordi collettivi in deroga alla disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente*, in *DRI*, 2016, p. 393 ss.

7. (Segue) *Parificazione dei livelli contrattuali: l'art. 51, d.lgs. n. 81/2015*

Esaminati sinteticamente alcuni dei rinvii operati dalla legge al contratto collettivo, è quanto mai opportuno soffermarsi sulla questione che rivela la “filosofia” sottesa agli interventi normativi: quella dei livelli contrattuali a cui è devoluta la potestà normativa. Proprio il confronto su questo aspetto ci aiuta a cogliere conferme e inversioni di tendenza rispetto al passato.

La gran parte dei rinvii all'autonomia collettiva contiene un generico riferimento ai contratti collettivi⁹⁴, sicché la tecnica utilizzata sembrerebbe confermare un *trend* consolidato che, nella sua genericità, permetteva alle parti sociali di scegliere il punto di caduta del sistema. L'impressione, però, è destinata ad essere subito smentita, allorché tra le norme finali del d.lgs. n. 81/2015 si scorge una disposizione “sistematica”⁹⁵ con la quale il legislatore si affretta a precisare che “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”⁹⁶.

Qui il legislatore, oltre al tradizionale richiamo alla maggiore rappresentatività comparata, ha introdotto nel sistema di rinvio un'equivalenza funzionale dei livelli contrattuali, consentendo alle parti sociali di integrare, specificare e derogare quanto disposto dalla legge indifferentemente a livello nazionale o decentrato⁹⁷.

⁹⁴ Dei rinvii presenti nel d.lgs. n. 81/2015, infatti, solo alcuni fanno esplicito riferimento ai «contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (artt. 2-42, co. 8-43, co. 8-44, co. 1 e 5) e ancora meno quelli che fanno riferimento ad «accordi interconfederali» (artt. 42, co. 5-44, co. 2).

⁹⁵ Essa è ripresa, infatti, anche in altri testi normativi (artt. 21 e 41, d.lgs. n. 148/2015; art. 1, co. 187, l. n. 208/2015; art. 50, co. 1, d.lgs. n. 50/2016; art. 2, co. 1, lett. e, d.lgs. n. 136/2016, art. 8, co. 1, lett. a, l. n. 199/2016 e art. 20, co. 1, l. n. 81/2017).

⁹⁶ Art. 51, d.lgs. n. 81/2015, su cui PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli*, cit., p. 275 ss.; TREU, *I rinvii alla contrattazione*, cit., p. 243 ss.; ID., *L'art. 51 del decreto 81/2015: i livelli contrattuali pari sono*, in *GL*, 2015; TOMASSETTI, *La nozione di sindacato comparativamente più rappresentativo nel decreto legislativo n. 81/2015*, in *DRI*, 2016, p. 367 ss. e, da ultimi, LAI, *Una “norma di sistema” per contrattazione e rappresentanza*, in *DRI*, 2016, p. 45 ss. e GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione in azienda. Dal sostegno sindacale al contratto derogatorio*, Cedam, 2017, p. 101 ss.

⁹⁷ Per alcuni autori la disposizione conterrebbe un rinvio al sistema intersindacale, la-

In verità, a voler curiosare nell'alluvionale produzione legislativa degli ultimi anni, si potrebbero scorgere disposizioni che in qualche modo "anticipano" seppur implicitamente questa tendenza. Basti pensare a quanto disposto dal d.lgs. n. 66/2003 che, nel definire cosa dovesse intendersi per contratti collettivi nel testo normativo, specificava si dovesse trattare di "contratti collettivi stipulati da organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative"⁹⁸ senza nulla aggiungersi sui livelli contrattuali. Ma, a un'analisi più attenta, non può non essere evidenziato che nella disposizione del 2003 il legislatore, tacendo sui livelli, affidava la possibilità di stabilirli all'autonomia collettiva; il legislatore del 2015, invece, facendo espresso riferimento all'alternatività tra i vari livelli (come rivela la disgiuntiva "o"), detta una fungibilità *ex lege* degli stessi, che dischiude un'inedita potestà normativa anche al livello territoriale⁹⁹.

Tale circostanza, pertanto, pone l'intervento operato dal legislatore del *Jobs Act* nel solco dell'opzione di politica del diritto che ha ispirato l'art. 8¹⁰⁰: la funzione regolativa dell'autonomia collettiva può essere esercitata anche al livello decentrato "nella scia di quel processo di decentramento nella produzione negoziale delle regole del rapporto di lavoro, da tempo in atto nella nostra materia"¹⁰¹.

sciando alle parti sociali la scelta del livello contrattuale (così, ad es., PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli*, cit., p. 299 e TREU, *I rinvii alla contrattazione*, cit., p. 250; *contra*, invece, ALVINO, *op. cit.*, p. 677 ss., per il quale vi sarebbe una "contraddizione" tra i due sistemi, con il rischio "di far prevalere le tendenze allo scardinamento del sistema contrattuale, quale definito nell'ordinamento intersindacale" e BELLARDI, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *LD*, 2016, p. 946, secondo cui "l'attore politico nazionale [...] ha fortemente contribuito ad indebolire il contratto di categoria, poiché ha incentivato con la legge il decentramento ed anzi, più specificamente, un modello di decentramento disorganizzato della contrattazione").

⁹⁸ Art. 1, co. 2, lett. m, d.lgs. n. 66/2003.

⁹⁹ TREU, *I rinvii alla contrattazione*, cit., p. 249. Per i rinvii alla contrattazione territoriale nella legislazione precedente cfr. GAROFALO D., *Gli accordi territoriali*, in *MGL*, 2012, p. 178 ss.

¹⁰⁰ SANTONI, *Opportunità di una riforma?*, in CARINCI F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23 e 24 ottobre 2014, e-Book series, Adapt University Press, 2015, 40, p. 589.

¹⁰¹ VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni*, cit., pp. 204 e 205.

8. (Segue) *Analogie e differenze tra contratti ex art. 51 e contratti di prossimità: soggetti stipulanti ed efficacia soggettiva*

Sebbene il tratto caratterizzante degli interventi del 2011 e del 2015 sia comune, non mancano le differenze tra i due modelli regolativi che operano pressoché nello stesso campo oggettivo e coesistono¹⁰² nella loro diversità tipologica e funzionale.

La prima differenza è riscontrabile sotto il profilo finalistico: i contratti *ex art. 8* sono necessariamente finalizzati al perseguimento di alcuni obiettivi, mentre quelli a cui si fa rinvio il legislatore del *Jobs Act* non sono vincolati ad alcun requisito finalistico. A questo proposito, nell'art. 51 si assiste a una "chiusura del cerchio" "nella misura in cui supera quei limiti che comunque l'art. 8, l. n. 148/2011, vedeva posti alla propria operatività quale strumento di deregolamentazione anche *in peius* di diritti e tutele"¹⁰³.

Le due tipologie contrattuali si differenziano, altresì, sotto il profilo soggettivo: i contratti di cui al *Jobs Act* possono essere stipulati esclusivamente dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative a livello nazionale, mentre quelli di cui alla l. n. 148/2011 anche da quelle comparativamente più rappresentative a livello territoriale. Quanto al soggetto stipulante in azienda, inoltre, la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015 è molto più precisa rispetto a quella dell'art. 8, facendo esplicito riferimento alle rsa e alle rsu.

Sempre rispetto al profilo soggettivo, inoltre, si è da subito notata un'ulteriore differenza tra i due modelli: per la stipulazione dei contratti di cui al decreto del 2015 non è previsto il rispetto del "criterio maggioritario" prescritto, invece, per quelli *ex art. 8*¹⁰⁴. Si potrà, dunque, derogare alla disciplina legale con un accordo firmato da una rappresentanza sindacale in azienda minoritaria o, ancora, con un'organizzazione sindacale comparativamente

¹⁰² Sulla sopravvivenza nell'ordinamento dell'art. 8, pur con differenti sfumature circa il suo superamento "di fatto" ad opera della legislazione successiva, cfr. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli*, cit., p. 295; ALVINO, *op. cit.*, pp. 659 e 682; TURSI, *op. cit.*, p. 330; MAINARDI, *op. cit.*, p. 28; ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 52; RECCHIA, *op. cit.*, p. 125.

¹⁰³ NUNIN, *op. cit.*, p. 382.

¹⁰⁴ ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 53 e già PIZZOFRERATO, *op. cit.*, 2015, p. 434; *contra* PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli*, cit., p. 283. Sul necessario rispetto del criterio maggioritario per la stipulazione dei contratti *ex art. 8*, da ultimo, cfr. la nota del Ministero del Lavoro del 24 maggio 2016 n. 10599.

più rappresentativa a livello nazionale ma con scarsa rappresentatività nel territorio o nell'azienda¹⁰⁵.

Strettamente collegata alla differenza delle procedure di validazione delle due tipologie di contratti collettivi è la questione del loro ambito di efficacia soggettivo. Mentre i contratti collettivi decentrati stipulati ai sensi dell'art. 8 esplicano l'efficacia *erga omnes*, quelli a cui si fa rinvio nella normativa del 2015 – secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato¹⁰⁶ – non trovano applicazione ai lavoratori che, aderendo a una organizzazione sindacale dissenziente, esprimano il proprio dissenso esplicito sull'accordo, a meno di non voler accedere a quelle teorie che hanno giustificato l'efficacia *ultra partes* del contratto collettivo aziendale¹⁰⁷.

In ogni caso le differenze tra i contratti *ex art. 8* e quelli previsti dal legislatore del *Jobs Act* non incidono sulla comune capacità de-strutturante del sistema contrattuale. In entrambe le ipotesi, infatti, il legislatore è entrato decisamente nel sistema di regolazione sindacale, imponendo di fatto un equilibrio delle fonti contrattuali a favore del livello decentrato, profondamente differente rispetto a quello individuato autonomamente attraverso gli accordi interconfederali vigenti¹⁰⁸. Nella previsione del legislatore del *Jobs Act* la con-

¹⁰⁵ DELFINO, *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in *DRI*, 2016, p. 362. Diversa – ma non meno insidiosa – è l'ipotesi segnalata da GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione*, cit., p. 95, secondo cui, attesa la parificazione che la disposizione opera rispetto all'agente negoziale aziendale ("l'accordo stipulato dalle r.s.a. ovvero dalla r.s.u."), "anche là dove sia presente una rappresentanza unitaria, nulla impone al datore di lavoro di dover contrattare con essa, potendo stipulare un contratto collettivo aziendale, semmai in deroga, con le rappresentanze sindacali aziendali a lui più gradite, cioè disposte ad assecondare i desiderata aziendali, non foss'altro che in cambio di una legittimazione che altrimenti non avrebbero, semmai perché scarsamente rappresentative in quello specifico contesto produttivo".

¹⁰⁶ Cfr., tra le altre, Cass. 23 maggio 2013, n. 12722, in *DJ*; Cass. 18 aprile 2012, n. 6044, in *GI*, 2013, p. 3, con nt. di ROCCHINI; Cass. 28 maggio 2004, n. 10353, in *MGL*, 2004, p. 787.

¹⁰⁷ BALLESTRERO, *Riflessioni in tema di inderogabilità del contratto collettivo*, in *RIDL*, 1989, I, p. 357 ss.; LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, p. 191 ss.; CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Giuffrè, 2000, p. 272 ss.; FERRARO, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo*, Giuffrè, 2000, pp. 748 e 749; LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti e efficacia*, in *DLRI*, 2012, p. 35 ss.

¹⁰⁸ *Contra* PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli*, cit., p. 299, secondo cui "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 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

trattazione collettiva a livello decentrato è sganciata da ogni rapporto con il livello nazionale (rispetto al quale diviene alternativo) e si muove al di là di ogni salvaguardia esterna in balia dei rapporti di forza, sicuramente sbilanciati dalla parte datoriale soprattutto in periodi di crisi.

Per quanto nell'esperienza contrattuale non manchino alcuni esempi di contrattazione aziendale acquisitiva¹⁰⁹, gli interventi normativi degli ultimi anni hanno mutato il volto della contrattazione di secondo livello: non più volano per la distribuzione della ricchezza in azienda e per l'incremento della produttività ma strumento di regolazione alternativo (al livello negoziale nazionale e alla legge) e di netto ridimensionamento delle rigidità normative e gestionali dell'impresa¹¹⁰. Condivisibili appaiono quindi le osservazioni di chi ritiene che essa non sia più "una contrattazione che scambia (occupazione per flessibilità oraria, retribuzione variabile per aumento di produttività, innovazione di processo per flessibilità tipologica), ma è una contrattazione principalmente ablativa che, anche nelle situazioni di ordinarietà o addirittura di espansione organizzativo-finanziaria, abbassa le soglie di tutela, riduce i costi normativi ed economici delle imprese senza aprire ad alcuna contropartita"¹¹¹ o, meglio, con l'unico obiettivo di garantire la continuità occupazionale.

Quanto al rapporto legge-contratto collettivo, infine, fermo restando il carattere inderogabile della legge, l'allargarsi del novero delle ipotesi derogatorie del contratto decentrato previste dallo stesso legislatore porta con sé il progressivo affievolimento di tale nesso. Pur se tale tecnica è stata introdotta quale alternativa *soft* all'arretramento del patrimonio garantistico del lavoratore, essa, in definitiva, rischia di minarne la struttura portante.

legge", che conduce, in piena implicita coerenza, direttamente al modello di cui all'art. 51, d.lgs. 81/2015".

¹⁰⁹ Il riferimento è, ad esempio, a quei contratti aziendali nei quali si è prevista l'applicazione del regime di tutela contro il licenziamento antecedente al d.lgs. n. 23/2015. Sulla derogabilità collettiva della nuova disciplina delle conseguenze dei licenziamenti illegittimi, cfr. NOVELLA, *Derogabilità collettiva e individuale del regime a tutele crescenti*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, p. 257 ss. e GARGIULO, *Rappresentanza e contrattazione*, cit., p. 217 ss.

¹¹⁰ BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze*, cit., p. 26 ss.

¹¹¹ PIZZOFERRATO, *op. cit.*, p. 435.

9. *Brevi osservazioni conclusive: legge e contratto collettivo all'assalto dell'apparato garantistico del lavoro?*

L'analisi sin qui sinteticamente condotta rivela come il legislatore italiano, con gli interventi normativi degli ultimi anni, abbia tracciato un solco destinato a incidere sull'apparato garantistico del lavoro faticosamente costruito in quello che, riecheggiando un libro di Aris Accornero, può essere indicato come “il secolo del lavoro”¹¹². L'art. 8, infatti, lungi dall'essere il prodotto estemporaneo di una sempre più convulsa tecnica legislativa, è la manifestazione chiara di una tendenza all'erosione del principio della norma inderogabile che trova conferma, seppur con forme differenti (ma non per questo meno invasive), negli interventi più recenti.

L'opzione di politica del diritto sottesa agli interventi normativi operati negli ultimi anni – peraltro in linea con quanto avvenuto in molti altri Paesi europei¹¹³ spesso anche governati da forze politiche *pro labour*¹¹⁴ – è quella della flessibilizzazione della disciplina del lavoro, quale strumento offerto alle imprese per affrontare le spinte concorrenziali derivanti da un mercato ormai globalizzato¹¹⁵, oltre che di ricetta dalle taumaturgiche (e indimostrate)¹¹⁶ capacità di aumento dei livelli occupazionali (il “sogno ipnotico” della flessibilità¹¹⁷).

¹¹² ACCORNERO, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, 2000.

¹¹³ GUARRIELLO, *Legge e contrattazione collettiva in Europa: verso nuovi equilibri?*, relazione alle giornate di studio A.I.D.La.S.S. “*Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*”, Napoli, 16 e 17 giugno 2016.

¹¹⁴ Del resto, tale fenomeno è stato descritto dieci anni fa da CARINCI F., *Molto clamore per poco: all'indomani del d.l.gs. n. 276/2003*, in ZOLI (a cura di), *Le fonti del diritto sindacale*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro*, Commentario, II ed., Utet, 2007, p. XXIX, che, in riferimento alla legislazione lavoristica italiana a cavallo del nuovo millennio, sosteneva che non fosse più possibile “far derivare automaticamente dalla coloritura politica di un Governo la sua politica del lavoro”. Più di recente si v. RUSCIANO, *Leggificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, p. 953, che a proposito delle leggi del lavoro approvate negli ultimi anni afferma che, sebbene siano state “allestite da Governi dal colore diverso o meticcì”, questi ultimi “nella sostanza” siano “animati dal pensiero unico del neo-liberismo”.

¹¹⁵ Per una riflessione organica su tale profilo cfr. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica verso la modernità economica?*, Giappichelli, 2017, 21 ss.

¹¹⁶ BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione alle giornate di studio A.I.D.La.S.S. “*Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*”, Napoli, 16 e 17 giugno 2016, p. 5.

¹¹⁷ CARABELLI, *Il sogno ipnotico della flessibilità occupazionale e della riduzione delle tutele legali*

Tale tendenza, pertanto, dovrebbe suscitare sempre maggiori riflessioni (in parte già avviate)¹¹⁸ sull'inderogabilità della normativa lavoristica, che in un futuro – neanche molto prossimo – potrebbe subire una vera e propria mutazione genetica¹¹⁹.

Se, da un lato, le modifiche alla disciplina legale del lavoro hanno seguito una *climax* ascendente verso l'appiattimento delle tutele¹²⁰ (salvo qualche segnale in controtendenza¹²¹), da un altro, la possibilità derogatoria concessa all'autonomia collettiva (nei sistemi intersindacale e statale) ha offerto ulteriori margini per l'appiattimento di tali tutele.

È in questo senso che può confermarsi l'ipotesi di ricerca avanzata all'inizio di questo contributo: la facoltà concessa alla contrattazione collettiva (in particolare quella “derogatoria”), infatti, più che essere alternativa a una deregolazione *tout court* delle tutele legali¹²², finisce per esercitare un ruolo addirittura complementare al processo legislativo in atto da diversi anni¹²³, di cui rappresenta l'altra faccia della medaglia.

e contrattuali del lavoro come strumenti indispensabili per il rilancio dell'economia e dell'occupazione, in GORELLI HERNÁNDEZ (a cura di), *El derecho a la negociación colectiva*, Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, p. 79 ss.

¹¹⁸ Tra gli altri, cfr. FONTANA G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010; ZOPPOLI A., *Verso il tramonto dell'inderogabilità?*, in CORAZZA, ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, 2014, p. 37 ss. e ID., *Il declino dell'inderogabilità?*, in questa rivista, 2013, p. 53 ss. Da ultimo cfr. GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, relazione alle giornate di studio A.I.D.La.S.S. “Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi”, Cassino, 18 e 19 maggio 2017, p. 95 ss.

¹¹⁹ SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2017, 322, p. 2.

¹²⁰ ALVINO, *op. cit.*, p. 684 che, però, fa derivare da tale circostanza il depotenziamento della contrattazione in deroga ex art. 8.

¹²¹ Il riferimento è all'approvazione del c.d. *Jobs Act* dei lavori autonomi, di cui al Capo I della l. n. 81/2017.

¹²² DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, in *DLRI*, 2013, p. 717.

¹²³ PIZZOFERRATO, *op. cit.*, p. 411 ss.

Abstract

Il saggio analizza il tema classico del rapporto legge-contratto collettivo, alla luce della più recente legislazione lavoristica. L'Autore sostiene che il rapporto tra le due "fonti" sia mutato nel corso del tempo, passando da strumento per la specificazione e/o integrazione della norma legale a mezzo per l'alleggerimento dell'apparato garantistico del lavoro. In questo lento processo di trasformazione uno "spartiacque" può essere individuato nel meccanismo di deroga introdotto dall'art. 8, l. n. 148/2011. Tale disposizione, infatti, lungi dall'essere il prodotto estemporaneo di una sempre più convulsa tecnica legislativa, è la manifestazione chiara di una tendenza all'erosione del principio della norma inderogabile che trova conferma, seppur con forme differenti, negli interventi più recenti.

The essay deals with the relationship between law and collective agreement in the light of the latest labour legislation. The Author argues that the relationship between these two "sources" has changed over time. In particular, it no longer constitutes a tool to supplement the legal rule but is a technique to reduce the legal protection of the worker. The change of perspective is highlighted by the derogation mechanism introduced by art. 8, l. 148/2011. The latter, indeed, shows the gradual erosion of the imperative nature of the labour law, which is confirmed, albeit with different ways, in the most recent legislation.

Key words

Rinvio legale all'autonomia collettiva, contrattazione collettiva nazionale, territoriale, aziendale, deroga, art. 8, l. n. 148/2011, art. 51, d.lgs. n. 81/2015, Jobs Act.

Model of delegation by the law to collective bargaining, Collective Bargaining National, regional, company, derogation, Art. 8, Law no. 138/2011, Art. 51, Legislative Decree no. 81/2015, Jobs Act.

Antonio Riccio

I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Dall'invito di Vallebona allo Statuto dei lavori. La finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione tra "derogabilità assistita" e "volontà assistita". **3.** Dal Libro bianco sul mercato del lavoro al d.lgs. n. 276 del 2003. La ratio dell'istituto nel diritto positivo. **4.** L'endiadi certificazione e consulenza e l'ampliamento del fine deflattivo oltre la sola questione qualificatoria. **5.** La procedura, il provvedimento e gli effetti della certificazione. **6.** Le sedi di certificazione e la necessità di garantire la professionalità e imparzialità della procedura. **7.** Le altre funzioni affidate alle commissioni. **8.** Conclusioni.

1. Premessa

Non vi è dubbio che la certificazione dei contratti di lavoro rappresenti, nelle opinioni espresse in dottrina, uno degli istituti più controversi del diritto del lavoro italiano. Ciononostante, fatta eccezione per i molti scritti pubblicati a ridosso dei principali interventi normativi che l'hanno riguardato, l'istituto non ha riscosso una costante attenzione scientifica.

Ciò, verosimilmente, in ragione dell'affermarsi, in larga parte della dottrina, dell'idea della sostanziale scarsa utilità dello strumento nella realizzazione degli obiettivi che il legislatore intendeva perseguire con la sua introduzione. Idea, questa, che accomuna molti dei giudizi espressi sia da chi appare più aspramente critico sia da chi, invece, auspica un più ampio sviluppo dell'istituto.

Nelle pagine che seguono si tenterà di offrire una ricostruzione critica dell'argomento alla luce dei numerosi interventi legislativi che lo hanno riguardato e che si sono succeduti negli anni della sua ancor relativamente breve vita, proprio attraverso la lente della adeguatezza della disciplina ri-

spetto alla *ratio* ad essa sottesa. Questo consentirà, in conclusione, di offrire anche qualche breve considerazione *de iure condendo* sulle prospettive future della certificazione.

Proprio a tal fine si ritiene opportuno procedere secondo una linea investigativa che prenda avvio da una riflessione diacronica sulle funzioni e gli obiettivi che all'istituto erano affidati nelle elaborazioni teoriche che ne hanno preceduto la traduzione nel diritto positivo e ne hanno costituito le fondamenta. Per la medesima ragione, nella fase di analisi della disciplina, maggiormente ispirata alla prospettiva sincronica, si dovrà tener conto, per quanto possibile, dei maggiori snodi problematici emergenti dalla sua concreta applicazione. Ad avviso di chi scrive, infatti, soltanto adoperando come strumento d'indagine uno schema costituito dall'intrecciarsi di questi vari elementi – i) principi ispiratori e obiettivi; ii) disciplina legale; iii) concreta applicazione ed elementi rilevabili sul piano empirico – si potrà avere l'opportunità di esprimere una valutazione consapevole di pregi e difetti dell'istituto e della linea di politica del diritto che lo ispira.

2. *Dall'invito di Vallebona al Libro Bianco sul mercato del lavoro, passando per lo Statuto dei lavori. La finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione tra “derogabilità assistita” e “volontà assistita”*

È trascorso ormai un ventennio dalla presentazione della *Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* di Marco Biagi e Michele Tiraboschi, elaborata su indicazione dell'allora Ministro del Lavoro Tiziano Treu¹ e dall'ingresso del termine certificazione nel lessico e nel dibattito giuslavoristico italiano².

A sua volta, nella Sezione che la riguardava, l'*Ipotesi* sviluppava, almeno in parte, la proposta avanzata da Antonio Vallebona, qualche anno prima, di

¹ V. BIAGI, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, pp. 346 ss. Per il dibattito scaturito intorno allo Statuto, senza pretesa di completezza, si vedano TREU, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, 2002, p. 317 ss.; PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA.Vv., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, p. 9 ss.; FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, p. 438 ss.; DEL PUNTA, *Statuto dei lavori e processo di riforma del diritto del lavoro*, in *DD*, p. 11 ss, 2004; NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, p. 297 ss.; MAGNANI, *Verso uno “Statuto dei lavori”?*, in *DRI*, 1998, p. 314 ss.

² Per una ricostruzione dell'iter di sviluppo storico dell'istituto si veda, AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Jovene, 2013, p. 93 ss.

valorizzazione della volontà individuale delle parti per rispondere alla diffusa esigenza, avvertita dall'Autore, di personalizzazione del programma negoziale e per far fronte ai costi, in termini di certezza del diritto, determinati dalla tecnica della norma inderogabile.

Valorizzazione che sarebbe stata perseguibile per mezzo dell'istituzione di una procedura di controllo preventivo delle pattuizioni individuali da svolgersi dinanzi a un soggetto terzo qualificato. Ciò avrebbe contribuito, inoltre, a sdrammatizzare "il problema della qualificazione del rapporto"³.

Un procedimento che avrebbe dovuto ricalcare il modello dell'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni, estendendosi "dalla fase di disposizione dei diritti alla fase della regolazione del rapporto, al fine di consentire, almeno per certi istituti, una disciplina individualizzata e certa, sottratta al controllo successivo del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili proprio in quanto valutata ed approvata preventivamente dal soggetto garante indicato dalla legge".

L'idea era, volendo sintetizzare, quella di mutuare gli schemi della "autonomia individuale assistita" dal diritto agrario e dal diritto delle locazioni, dove la disciplina eteronoma può essere derogata dalle parti con l'assistenza di determinati soggetti⁴.

Secondo Vallebona, quindi, il modello della derogabilità assistita sarebbe stato impiegabile "non solo per fissare la disciplina del rapporto di lavoro, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo-lavoro subordinato ... regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 c.c."⁵, tanto che il soggetto terzo avrebbe dovuto "fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile circa la rispondenza dell'accordo proposto dalle parti al tipo negoziale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi predisposti in sede collettiva"⁶.

In tal modo, il ridimensionamento delle difficoltà legate all'incerta qualificazione del rapporto si sarebbe realizzato attraverso la sottoposizione della relazione negoziale alla "regolamentazione specifica e certa approvata in via preventiva"⁷.

³ VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: Prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, pp. 479 ss.

⁴ VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007, p. 155 ss.

⁵ VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto*, cit., p. 480.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ferma restando, naturalmente – ma è bene sottolinearlo –, "l'eventualità di controversie

Qualche anno più tardi, come già anticipato, con il termine “certificazione” l’idea viene per la prima volta raccolta e sviluppata da Biagi e Tiraboschi nel c.d. “Statuto dei lavori”. Dinanzi alle molteplici e spesso inconciliabili proposte di profonda rivisitazione del diritto del lavoro italiano che caratterizzavano il dibattito scientifico e sociale degli ultimi anni del secolo scorso⁸, i due Autori suggerivano l’obiettivo “meno ambizioso e, allo stesso tempo, più pragmatico” di realizzare uno “strumento diretto a garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro” e “sostanzialmente preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro”⁹.

Questo obiettivo, che avrebbe avuto il merito sia di incontrare meno resistenze politiche sia di conciliare gli interessi, almeno sul piano potenziale, di tutti gli attori coinvolti¹⁰, si sarebbe dovuto realizzare procedendo “in due direzioni, solo apparentemente distinte, ma in realtà indissolubilmente legate l’una a l’altra”. Vale a dire attraverso la certificazione dei rapporti di lavoro, da un lato, e la rimodulazione delle tutele, dall’altro. Quest’ultima intesa come riduzione delle enormi differenze di trattamento normativo e contributivo che caratterizzavano i rapporti di lavoro autonomo e subordinato. In tali differenze erano individuate, infatti, le principali cause che contribuivano ad

fondare sull’affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva del regolamento concordato”. *Ivi*, p. 481.

⁸ Si vedano, in particolare, GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Roma, Ediesse, 1996; DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA, PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *LI*, 1996, p. 75 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l’emersione del “lavoro coordinato”*, in *ADL*, 1997, p. 41 ss.

⁹ V. BIAGI, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, *cit.*, p. 349. In particolare, è interessante notare, alla luce dei tanti anni trascorsi e delle tante riforme lavoristiche succedutesi, quanto sostenuto nel 1998 dagli A. nel punto 4 della Ipotesi: “Non esistono prove, del resto, che una riforma del quadro legale (neppure una riforma nel segno della c.d. deregolazione) sia di per sé idonea, nel lungo periodo, a conseguire determinati obiettivi economici. Mentre l’idea di inseguire l’evoluzione del mercato del lavoro e/o del ciclo economico con una riforma complessiva della strumentazione giuridica potrebbe rivelarsi un’operazione inutile se non addirittura controproducente: si pensi, in proposito, alla recente esperienza spagnola che ha visto susseguirsi nell’arco degli ultimi anni, in rapida serie, ben tre riforme del mercato del lavoro che non hanno avuto altro risultato, al momento, se non quello di agevolare un eccessivo ricorso a tipologie di lavoro temporaneo e dunque un incontrollato *turn over* nella forza lavoro”.

¹⁰ *Ivi*.

alimentare la fuga dal lavoro subordinato e il ragguardevole contenzioso giudiziario in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro¹¹.

Anche nello Statuto, pertanto, il prefigurato meccanismo di validazione amministrativa dei rapporti di lavoro appariva, almeno in parte, strumentale all'individuazione di un'area di inderogabilità relativa gestibile dalle parti collettive, in sede di contrattazione collettiva, e/o dalle parti individuali, nella fase di costituzione del rapporto di lavoro. Gestione, quest'ultima, concessa solo dinanzi a un organo amministrativo o sindacale.

Non c'è dubbio, quindi, che nella fase gestazionale la certificazione rappresentasse, nell'idea dei suoi promotori, uno strumento volto – anche – alla rivisitazione del rapporto tra le fonti regolative del diritto del lavoro, con l'apertura di spazi di agibilità più o meno marcati all'autonomia individuale, purché assistita.

Vale già la pena di sottolineare, però, come l'obiettivo del superamento della rigida regola dell'inderogabilità¹² assoluta della norma legale o contrattuale-collettiva da parte dell'autonomia individuale non si ponesse affatto come esclusivo.

Piuttosto, come emerge anche dalla rubrica stessa del Titolo VII della *Bozza di Statuto*, la funzione principale affidata al meccanismo certificatorio era quella deflattiva del “contenzioso in materia di qualificazione del contratto di lavoro”¹³. Certo, si potrà poi discutere dell'efficacia della certificazione in assenza dell'altra costola immaginata dallo stesso Statuto, ovvero l'enucleazione di quegli spazi di inderogabilità relativa, ma questo resta un problema diverso, sul quale si avrà comunque modo di ritornare più avanti.

Già alla luce del disegno degli ideatori, e prima di passare a riflessioni più approfondite sul punto, scaturenti dall'analisi dei mutamenti subiti dall'istituto nel percorso della sua adozione legislativa, appare utile soffermarsi su alcuni rilievi riguardanti i termini della possibile riconduzione della certificazione nell'alveo dei meccanismi dell'autonomia individuale assistita. Ciò, in particolare, al fine di evitare fraintendimenti linguistici che possono generare inutili equivoci nell'opera di inquadramento sistematico.

¹¹ *Ivi*.

¹² Per una ricostruzione sistematica del principio dell'inderogabilità e del relativo, intenso, dibattito dottrinario, si veda, per tutti, NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

¹³ La *Bozza* è pubblicata in, *Il dibattito sui nuovi lavori: due disegni di legge a confronto per una difficile mediazione*, in *DRI*, 1999, p. 275 ss.

È noto, infatti, come nella dottrina lavoristica l'espressione autonomia individuale assistita sia sempre stata utilizzata per indicare la comune matrice di due possibili tecniche regolatorie. Quelle della disponibilità assistita e della derogabilità assistita. La prima, rivolta a subordinare l'efficacia e/o la validità del negozio, compiuto dal lavoratore e avente ad oggetto un diritto generalmente indisponibile, all'ausilio di un soggetto terzo. La seconda, più auspicata che realizzata, destinata ad aprire varchi nel principio dell'inderogabilità, grazie al medesimo meccanismo di assistenza, attraverso la concessione di margini di agibilità all'autonomia decisionale del lavoratore nella definizione di parte del regolamento contrattuale¹⁴.

Questa secca bipartizione sembrerebbe mettere in dubbio, a ben vedere, la stessa astratta riconducibilità della certificazione nell'alveo dell'autonomia individuale assistita e, più precisamente, nella sub-specie della derogabilità. Se è vero, infatti, che la procedura di certificazione descritta nell'*Ipotesi* e nella *Bozza di Statuto* risulta sempre intrinsecamente destinata ad assicurare assistenza alle parti, al fine di garantire una maggiore tenuta della qualificazione contrattuale, è altrettanto vero che l'attivazione del procedimento non è mai intrinsecamente subordinata – soltanto – alla volontà di avvalersi della possibilità di derogare al dato normativo sovraordinato. Sebbene questa possibilità appaia, nel complesso del progetto, chiaramente auspicata.

Piuttosto, nello Statuto il rapporto di dipendenza tra certificazione e derogabilità è invertito. Laddove, cioè, si ipotizzano spazi di derogabilità li si subordina all'espletamento della procedura, autonoma e finalizzata a ridurre il contenzioso lavoristico, di certificazione.

Che le procedure di certificazione non fossero necessariamente legate da alcun cordone ombelicale ad ipotesi di derogabilità emerge in maniera ancora più chiara dalla lettura del ddl n. 2049 del 1999, attraverso il quale l'istituto fa formalmente ingresso nel dibattito parlamentare. Limitato alla regolamentazione della sfera dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, infatti, il ddl conteneva principi e criteri direttivi di delega ai fini dell'adozione di una procedura volta, ancora, a ridurre il contenzioso in materia di qualificazione in nessun modo connessa a ipotesi di deroghe individuali assistite¹⁵.

Ciò avvalorava l'idea che l'utilità della strutturazione di procedure di cer-

¹⁴ Per tutti, VOZA, *L'autonomia individuale assistita*, cit., p. 36 ss.

¹⁵ D.d.l. n. 2049/1999, art. 17. Per il testo, *Il dibattito sui nuovi lavori*, cit., p. 275.

tificazione a fini deflattivi del contenzioso prescindesse dal più vasto progetto di ampliamento del peso assegnato dall'ordinamento all'autonomia individuale del lavoratore.

Slegando la certificazione dal tema della derogabilità assistita, come pure si dovrà fare sulla scorta della traduzione legislativa dell'istituto, si corre un rischio, però, che a nostro avviso sarebbe opportuno evitare. Ovvero, quello di perdere di vista i forti legami, che permangono, tra la certificazione e il tema complessivo dell'autonomia individuale assistita. Lasciando, così, la questione relativa alla natura dell'istituto nelle sole mani, fredde e burocratizzanti, del procedimento amministrativo¹⁶.

Tuttavia, tale sorte può essere evitata attraverso la valorizzazione¹⁷ dell'espressione "volontà assistita" come ipotesi di terza e meno dirimpente¹⁸ via dell'autonomia individuale assistita, di cui proprio la certificazione può rappresentare, almeno per ora, l'esempio positivizzato. Con l'avvertenza, quindi, di evitare nel prosieguo della trattazione: il consueto e frequente riferimento in termini sinonimici alle espressioni "volontà" e "autonomia individuale".

3. *Dal Libro bianco sul mercato del lavoro al d.lgs. n. 276 del 2003. La ratio dell'istituto nel diritto positivo*

Nonostante il *Libro bianco sul mercato del lavoro* del 2001¹⁹ riprendesse, almeno in parte, il progetto complessivo di rimodulazione delle tutele e di apertura a spazi di contrattazione individuale, ancora una volta allacciandovi la strutturazione di un procedimento certificatorio²⁰, nella legge delega che

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ Come pure pare emergere in alcune ricostruzioni. In particolare si veda, DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. "volontà assistita": una lettura alternativa*, in *Bollettino ADAPT*, n. 36/2005, p. 3 ss.; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, in PELLACANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, in *Speciali GL*, settembre 2005, p. 22 ss.

¹⁸ Di *soft power* parla NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, p. 219.

¹⁹ Dattiloscritto, <http://www.bollettinoadapt.it/libro-bianco-sul-mercato-del-lavoro-in-italia/>.

²⁰ Libro bianco, p. 35 ss. In particolare si legge che: "Il Governo pertanto invita le parti sociali a valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro, rendendo possibile la definizione di assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale. In aggiunta si potrebbero studiare percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore (per realizzare una sorta di 'derogabilità

ne scaturirà²¹ e nel successivo decreto legislativo di attuazione approderà soltanto quest'ultimo.

Anche in questo caso sarebbe approssimativo ritenere che la certificazione immaginata nel *Libro bianco* fosse esclusivamente legata all'obiettivo di flessibilizzazione delle fonti del rapporto.

Infatti, in quel testo si fa riferimento all'istituto non solo nella sezione dedicata alle tecniche regolatorie e allo *Statuto dei lavori*, ma anche nella sezione riguardante la nuova figura del lavoro a progetto, nella quale si annuncia l'intenzione del Governo di "sperimentare una procedura di certificazione al fine di ridurre il contenzioso in materia di rapporti di lavoro, consentendo ... alle parti di procedere alla stipulazione di contratti a progetto diminuendo grandemente il rischio di contenzioso"²². Senza alcuna relazione, qui, a ipotesi di derogabilità controllata²³.

Se queste osservazioni sono corrette, quindi, si può ritenere che anche nella versione del *Libro bianco* le procedure di certificazione avessero una doppia e distinta funzione: a) fornire sostegno alle parti individuali nei casi auspicati di derogabilità, laddove si fossero concretizzati gli auspici; aa) dotare l'ordinamento, a prescindere dall'avverarsi della prima condizione, di un innovativo strumento di deflazione del contenzioso lavoristico²⁴.

Scorrendo la legge n. 30/2003²⁵ e il successivo decreto delegato n. 276/2003, appare chiaro che a trovare accoglimento sul piano legislativo sia la certificazione con funzione primaria²⁶ qualificatorio-deflattiva, priva di necessarie implicazioni derogatorie²⁷.

assistita', secondo meccanismi di certificazione e/o validazione della volontà individuale), ad opera di istituzioni pubbliche o anche delle stesse parti sociali, al fine di corrispondere alle attese di flessibilità delle imprese ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro".

²¹ Legge n. 30/2003.

²² Libro bianco, p. 73.

²³ Come si ricorderà, però, paradossalmente l'unica ipotesi ricostruibile in termini di derogabilità assistita contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, sarà l'art. 68 (nella sua originaria versione) in materia, proprio, di lavoro a progetto.

²⁴ Come si è visto, strumento limitato, nel Libro bianco, ai soli rapporti di lavoro a progetto.

²⁵ Sui principi direttivi in materia di certificazione contenuti nel disegno di legge delega si veda, DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI, MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002, p. 95 ss.

²⁶ Di funzione primaria, in relazione alla riduzione di incertezza, parla BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in LD, 2006, p. 386.

²⁷ Così, PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE-

Nella originaria versione dell'art. 75, d.lgs. n. 276/2003, si affermava, infatti, che le parti avrebbero potuto ottenere la certificazione del contratto “al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contatti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto ... , nonché dei contratti di associazione in partecipazione”.

Ma è la *Relazione di accompagnamento* al d.lgs. n. 276/2003 a contenere indicazioni utili alla ricostruzione della funzione dell'istituto. In essa si fa riferimento alla “messa a regime di una procedura di certificazione dei rapporti di lavoro (...) volta a ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro garantendo maggiore certezza alle qualificazioni convenzionali, purché avvenute nell'ambito” di determinate sedi. Sottolineando, poi, come “la procedura (...), lungi dal costituire un intervento legislativo di mera assistenza ai singoli lavoratori nelle fasi preliminari alla stipulazione del contratto di lavoro, dovrebbe contribuire a circoscrivere l'incertezza delle controversie, (...), in merito alla qualificazione dei rapporti di lavoro, e con ciò a stemperare il divario – da sempre presente, ma oggi aggravato in ragione della varietà e complessità dei modi di lavorare – tra logiche giuridiche e logiche organizzativo-produttivistiche”²⁸.

Per quanto quest'ultimo possa sembrare un obiettivo oltremodo ambizioso, esso va letto alla luce di un ulteriore passaggio della stessa Relazione in cui, semplificando, si afferma che la certificazione rappresenta “un meccanismo finalizzato a dare alle parti ausilio nella più precisa definizione del testo contrattuale, potendo contare sul supporto fornito” dal soggetto terzo “in una logica di assistenza”²⁹.

In queste espressioni, ferma restando la verifica circa la capacità dell'articolato normativo adottato di rispondere alle intenzioni dichiarate, è rintracciabile il *proprium*³⁰ della certificazione lavoristica. Non tanto per quel che riguarda la conferma del già chiaro fine deflattivo, quanto, piuttosto, per

VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, 2004, p. 403 ss.; NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 291–292. Per una diversa opinione, però, si veda GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, ES, 2004, p. 284–285.

²⁸ *Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi*, in <http://bancadati.italialavoro.it>, p. 8.

²⁹ *Ivi*.

³⁰ Altri Autori rintracciano il *proprium* della certificazione, invece, negli effetti da questa prodotti verso i terzi. Si veda, per tutti, GHERA, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 290.

lo strumento impiegato per raggiungerlo, ossia il sostegno fornito alle parti contrattuali dalle Commissioni nella logica dell'autonomia individuale assistita.

4. *L'endiadi certificazione e consulenza e l'ampliamento del fine deflattivo oltre la sola questione qualificatoria*

Se è vero, dunque, che l'intenzione del legislatore sia stata senza dubbio quella di introdurre procedure di verifica e controllo preventivo della corrispondenza tra fattispecie astratta e regolamento contrattuale, è altrettanto vero che queste procedure non possono presentarsi con le caratteristiche dell'asettico esame formale di quella corrispondenza. Anzi, come si è visto, nella Relazione di accompagnamento il fine deflattivo è strettamente connesso alle funzioni di assistenza alle parti individuali affidate alle Commissioni.

Nella ricerca di un ordine sistematico, è proprio alla luce delle riflessioni sulle sue funzioni che deve essere letta la disciplina dell'istituto. Soprattutto perché, va sottolineato, quella disciplina non è immune da critiche riguardanti l'utilizzo di una non certo impeccabile tecnica legislativa.

È questo il caso, in primo luogo, proprio della traduzione normativa delle funzioni di supporto alle parti affidate alle Commissioni. L'art. 81, d.lgs. n. 276/2003, infatti, dispone che "le sedi di certificazione di cui all'articolo 75 svolgono *anche* funzioni di consulenza e assistenza *effettiva* alle parti contrattuali sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro".

La disposizione pone una serie di distinte questioni interpretative, alcune delle quali possono essere forse risolte già alla luce delle argomentazioni finora esposte.

La prima, e più rilevante, deriva dall'utilizzo della congiunzione '*anche*' e riguarda il carattere essenziale o, al contrario, meramente eventuale dell'attività di assistenza affidata al certificatore. Già in ragione di quanto fin qui detto, la norma pare semplicemente confermare che nell'ambito della procedura le Commissioni non svolgono soltanto la funzione formal-burocratica

di attestazione della conformità del regolamento contrattuale al tipo astratto ma hanno anche il compito di offrire un supporto *effettivo*³¹ alle parti.

Se vi fossero dubbi, tuttavia, questa conclusione risulta poi avvalorata anche dal d.m. del 21 luglio 2004 che ha istituito e regolamentato le procedure di certificazione presso le direzioni provinciali del lavoro – oggi divenute Ispettorati Territoriali – e presso le province. Tale conferma deriva sia dal tenore letterale dell'art. 4, per cui “nel corso del procedimento ..., la commissione presta attività di consulenza e assistenza”, sia dall'ulteriore previsione che consente in maniera esplicita alle commissioni, ove si renda necessario, di proporre “eventuali modifiche e integrazioni”³².

D'altronde, anche l'introduzione, ad opera dello stesso d.m., della necessaria audizione personale delle parti risponde all'esigenza di assicurare termini minimi di effettività dell'assistenza³³. Come rammentato dallo stesso Ministero del lavoro, quest'ultima, infatti, non potrà mai “esplicarsi in un'attività meramente burocratica” ma dovrà essere effettiva e “finalizzata ad evidenziare sia l'esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili”³⁴. L'individuazione di una occasione di diretto contatto con le parti offre l'opportunità al certificatore di approfondire gli obiettivi negoziali delle stesse. E tale indagine rappresenta il primo degli strumenti per assicurare un certo grado di effettività della consulenza, oltre a costituire uno dei mezzi attraverso i quali le commissioni dovranno poi svolgere il compito ultimo di certificare il contratto³⁵. Questa è la ragione per la quale, pur essendo imposta legalmente soltanto ad alcune delle sedi di

³¹ Di particolare interesse, a tal fine, sono le riflessioni proposte in dottrina e le pronunce della giurisprudenza in materia di effettività dell'assistenza prestata dalle sedi abilitate di conciliazione. Per un riepilogo e per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, si rinvia a, ALBI, *La dismissione dei diritti del lavoratore*. Art. 2113, in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da) - BUSNELLI (diretto da), Giuffrè, 2016, p. 111 ss.

³² D.m. 21 luglio 2004, art. 3.

³³ Ministero del lavoro, Circ. n. 48/2004, in cui si sottolinea che “particolarmente rilevante risulta essere la fase dell'audizione delle parti in quanto, così come previsto dall'art. 4 del d.m. 21 luglio 2004 che riprende i contenuti dell'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003, la Commissione svolge altresì i compiti di consulenza e assistenza per la stipula del contratto e del programma negoziale”.

³⁴ Ministero del lavoro, Circ. n. 48/2004; Inps, Circ. 71/2005.

³⁵ CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in CIUCCIOVINO (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Questioni aperte e problemi*, Giappichelli, 2014, p. 4.

certificazione, l'audizione personale è stata comunque introiettata da tutti i regolamenti delle commissioni.

Ciononostante quelli appena riportati sono soltanto elementi a suffragio di una conclusione già desumibile dall'art. 81. Il quale non fa altro che confermare quell'anima di sostegno all'autonomia individuale dell'istituto, già chiaramente affiorante dalla ricostruzione dei progetti teorici che ne hanno costituito le fondamenta.

Cosicché, come condivisibilmente sostenuto da una parte della dottrina, la certificazione può essere intesa come un vero e proprio strumento di ausilio alle parti per giungere a “una corretta” e consapevole “costruzione e qualificazione della fattispecie contrattuale”³⁶.

Queste considerazioni inducono, in qualche modo, a ripensare il tema dei principali compiti delle commissioni.

La certificazione, intesa come procedimento volto ad accertare la corretta riconduzione della fattispecie negoziale concreta a quella legale, – sia essa riconducibile ad un atto amministrativo di certazione³⁷, o, piuttosto, ad una forma peculiare di *iuris-dictio*³⁸ – rappresenta sicuramente il “fine precipuo del procedimento” ma è un fine del tutto incerto, potendo giungersi a un provvedimento di rigetto e non avendo il certificatore alcun potere di attribuire una diversa qualificazione rispetto a quella proposta dalle parti³⁹.

Almeno da questo punto di vista, e se più che sull'atto conclusivo ci si concentra sul procedimento, emerge come siano proprio l'assistenza e la consulenza a rappresentare il nucleo essenziale dell'attività. Come il supporto alle parti non sia, cioè, mai eventuale. Senza queste attività, infatti, il procedimento finirebbe, in contrasto con ogni indicazione utile finora fornita, per

³⁶ DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. “volontà assistita”*, cit., p. 3 ss.

³⁷ GHERA, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 282 ss.; NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 211 ss.; CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, p. 3 ss.; ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 102/2010, p. 5, seppur in maniera dubitativa rispetto ad alcuni oggetti della certificazione.

³⁸ TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2004, p. 637 ss.; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, p. 235 ss.

³⁹ TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, p. 155.

ridursi a un mero riscontro formale della corrispondenza del negozio concreto al tipo legale e astratto.

La seconda questione interpretativa posta dall'art. 81 riguarda i soggetti destinatari dell'attività di consulenza svolta dal certificatore ed è intimamente connessa al tema dei contratti sottoponibili alla procedura di cui all'art. 75.

È noto che la disposizione sia stata oggetto di successivi interventi di modifica. In primo luogo la finalità della certificazione è stata ampliata a tutto il contenzioso in materia di lavoro, eliminando il riferimento esclusivo alla questione qualificatoria. Allo stesso tempo si è via via ampliato l'ambito dei contratti certificabili, fino a ricomprendere tutti i "contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro"⁴⁰. Come è evidente, questa formulazione molto ampia è tale da estendere la competenza della certificazione a tutte le clausole del negozio e a ogni tipologia di contratto, anche di natura diversa da quello di lavoro, in cui vengano indirettamente dedotte prestazioni di lavoro. Contratti, questi ultimi, in cui il lavoratore non riveste di certo il ruolo di parte negoziale⁴¹.

I principali dubbi interpretativi sorgono in ragione del fatto che l'art. 81, non essendo stato oggetto di modifiche successive al 2003, continua a far riferimento a un'attività di consulenza prestata "in relazione alla stipulazione del *contratto di lavoro* e ... alle modifiche del programma negoziale ... concordate in sede di attuazione del *rapporto di lavoro*". Ciò sembra escludere, almeno *prima facie*, la possibilità di traslare le riflessioni finora svolte in tema di consulenza a contratti che non siano di lavoro in senso proprio. Tesi che rischia di essere rafforzata dalla propensione, riscontrabile nella gran parte dei lavori sul tema, a concentrarsi sul lavoratore come destinatario principale, se non esclusivo, dell'attività di assistenza⁴².

A tal riguardo, vale subito la pena di evidenziare che, ad avviso di chi

⁴⁰ D.lgs. n. 276/2003, art. 75, come sostituito dall'art. 30, comma 4, l. 4 novembre 2010, n. 183. Sulle modifiche apportate all'istituto dal *Collegato lavoro* si vedano anche, MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *ADL*, 2011, p. 61 ss.; CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 114/2011.

⁴¹ La modifica apportata all'art. 75 dal *Collegato lavoro* deriva, in particolare, dalla questione della certificabilità o meno del contratto commerciale di somministrazione di lavoro che era stata oggetto anche d'interpello (Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, interpello n. 81 del 22 dicembre 2009).

⁴² Così, ci sembra di poter dire, anche, FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *DLM*, 2005, p. 77 ss.

scrive, l'attività di supporto alle parti, essendo coesistente alla procedura di certificazione, non possa che riguardare tutti i negozi sottoponibili al vaglio delle commissioni. Con questo, naturalmente, non si intende smentire il rilievo per cui una delle funzioni maggiormente apprezzabili dell'istituto sia rappresentata proprio dalla possibilità offerta al lavoratore di avvalersi di una consulenza qualificata e imparziale, che agisca, riequilibrandolo, sul cuneo delle asimmetrie informative che caratterizza i rapporti di lavoro⁴³.

Piuttosto sembra opportuno sottolineare, qui, che tale funzione non è l'unica o esclusiva e che sarebbe quantomeno illogico, in un paese caratterizzato da imprese in gran parte di modeste capacità economiche e dimensioni, limitare la possibilità di avvalersi di una consulenza difficilmente ottenibile in altro modo⁴⁴. Non si ravvisa il motivo, cioè, per cui dovrebbe essere esclusa la possibilità per le parti di un contratto di somministrazione, di appalto o, ancora, di subfornitura, di avvalersi dell'assistenza della commissione per affinare il relativo regolamento negoziale nei suoi risvolti prettamente lavoristici.

Se si affronta il tema privi di preconcetti ideologici, l'incongruenza di una tale esclusione appare ancor più evidente considerando che, di fatto, la stessa possibilità per il certificatore d'incidere sul testo del contratto di lavoro è legata, nella grande maggioranza dei casi, ai consigli e suggerimenti indirizzati al datore/committente e alla capacità d'influenzare la volontà di quest'ultimo.

Anzi, per concludere la riflessione sulla collocazione sistematica e sugli obiettivi dell'attività di assistenza e consulenza affidata alle commissioni, è opportuno interrogarsi proprio sul ruolo che riveste la volontà del lavoratore nel procedimento e sul rilievo assunto, a fini certificatori, dal relativo accertamento.

Sebbene sia piuttosto difficile rispondere in maniera approfondita a que-

⁴³ FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza*, cit., p. 78; NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., pp. 222-225.

⁴⁴ Anche chi aveva espresso le critiche più forti all'istituto all'indomani della emanazione del d.lgs. n. 276/2003, non mancava di sottolineare questa opportunità. "Una certificazione avente una valenza meramente morale, derivante dall'autorevolezza dei soggetti abilitati a rilasciarla (direzioni provinciali del lavoro, università pubbliche e private e, con molte cautele, enti bilaterali), risponderebbe all'esigenza di assicurare una consulenza "alta", o qualificata anche ai più modesti degli attori che si muovono sulla scena del mercato del lavoro: al piccolo imprenditore, che potrebbe commettere degli errori inconsapevolmente", ALLEVA, *La ricerca e la analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in www.cgil.it/giuridico, 2003, p. 22.

sti interrogativi, essendo essi legati a una serie di mutevoli condizioni di fatto, sembra naturale, ma forse non superfluo, sottolineare che, in termini generali, la possibilità che il regolamento negoziale possa essere influenzato dalla volontà del lavoratore sia quantomeno ardua. Tranne, forse, nei rari casi in cui il prestatore di lavoro possieda una elevata professionalità utilmente spendibile sul mercato. Colgono certamente nel segno, su questo aspetto, gli autori che sottolineano la scarsa possibilità d'incidere sul contratto di chi si trova in una condizione di forte debolezza, soprattutto nella fase d'ingresso in un mercato del lavoro asfittico⁴⁵.

Conseguentemente, non può che essere riconosciuto scarso valore anche all'indagine circa la reale o effettiva volontà del lavoratore – una sorta di *quaestio diabolica* – al fine dell'ottenimento dell'atto di certificazione. D'altronde il legislatore, con opportuna dose di realismo, non fa mai riferimento alla volontà concreta del lavoratore e all'indagine circa la sua effettività se non, ma le implicazioni sono diverse, laddove decide di estendere alle sedi di certificazione anche le attività dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. in tema di disponibilità assistita.

Per il prestatore di lavoro il valore aggiunto assicurato dall'assistenza del certificatore⁴⁶ risiede, ad avviso di chi scrive, nella possibilità offertagli di conseguire un grado maggiore di consapevolezza⁴⁷ sulle conseguenze, in termini di diritti e obblighi, derivanti dalla sottoscrizione di un determinato regolamento contrattuale. Nel fornirgli, quindi, un adeguato strumento di lettura del rapporto concreto che ne scaturirà e che gli potrà consentire di valutare con più cognizione di causa anche gli eventuali scostamenti tra il pattuito e il realizzato.

Come si avrà modo di mettere in rilievo più avanti, ciò non deve indurre a sottostimare il valore complessivo dell'atto di certificazione e della precedente e interconnessa attività di consulenza. Tuttavia, solo il loro corretto inquadramento può, da un lato, rappresentare il faro dell'azione delle sedi di certificazione e, dall'altro, contribuire a svenenire il clima che ancora aleggia intorno all'istituto, aprendo la via ad una più equilibrata riflessione sui suoi effetti giuridici e pratici.

⁴⁵ GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 421 ss.

⁴⁶ Sugli effetti giuridici e pratici della certificazione, anche per il datore/committente, si avrà modo di ritornare, v. *infra*.

⁴⁷ Sul tema delle asimmetrie informative si veda, FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

Piuttosto, va qui sottolineato che le considerazioni circa l'ampia funzione primaria della certificazione e l'essenzialità del sostegno alle parti nel disegno complessivo dell'istituto consigliano di riferirsi alla certificazione come alla *procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale (o di parte del programma) con possibile attestazione conclusiva della corretta riconduzione alla fattispecie legale e/o del rispetto della normativa legale applicabile*⁴⁸.

Alla luce della ricostruzione proposta, quindi, acquistano un rilievo determinante le qualità etiche e professionali dei certificatori e la loro capacità di porsi come soggetti terzi e imparziali. Tanto più che, come vedremo tra poco in tema di effetti giuridici, anche le stesse potenzialità deflattive del contenzioso, almeno per quanto riguarda le parti del contratto, finiscono per essere affidate, in gran parte, alla qualità dell'attività svolta dalle commissioni.

5. *La procedura, il provvedimento e gli effetti della certificazione*

Coerentemente con tutte le proposte avanzate in sede teorica, l'art. 78, d.lgs. n. 276/2003, dispone che quella di certificazione è una procedura "volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza congiunta delle parti".

Il fatto che l'iniziativa di servirsi dell'istituto sia rimessa interamente alle parti⁴⁹ determina una naturale, in quanto congenita, conseguenza sulla questione riguardante la sua diffusione più o meno ampia. E non c'è dubbio che questa iniziativa, non potendo trascurare un evidente e scontato dato empirico, sia rimessa sostanzialmente nelle mani del datore/committente. Elemento, questo, che non sembra ignorare neanche il legislatore, nelle disposizioni dedicate agli effetti della certificazione.

Benché consapevole che l'impulso materiale sia generalmente affidato al datore/committente, il legislatore impone, come condizione indefettibile, la sottoscrizione dell'istanza – impulso giuridico – di entrambe le parti, semplicemente perché questo rappresenta il modo più diretto per garantire il pieno coinvolgimento, giuridicamente rilevante, del lavoratore nella procedura di assistenza e consulenza descritta nel par. precedente⁵⁰.

⁴⁸ Corsivo di chi scrive.

⁴⁹ Fatta eccezione per le ipotesi di certificazione obbligatoria. V. *infra*.

⁵⁰ Sottolineano il ruolo decisivo dell'impresa nell'attivazione della procedura in termini

Ma cosa chiedono le parti nell'istanza? Dalla risposta a questa domanda discendono rilevanti conseguenze circa la delimitazione della natura dell'attività delle commissioni. Restando alla funzione primaria della certificazione, le parti generalmente⁵¹ chiedono l'accertamento della corretta riconduzione del regolamento negoziale alla fattispecie legale⁵². Anche ove queste sottoponessero un regolamento negoziale innominato, lasciando alla commissione l'individuazione del tipo legale⁵³, si potrebbe parlare soltanto in termini ampi e generici di funzione qualificatoria della certificazione. La qualificazione, come sappiamo, è compiuta dall'ordinamento e il suo accertamento, riguardante il rapporto più che il contratto⁵⁴, è affidato in ultima analisi agli organi giurisdizionali⁵⁵. Per questo anche gli stessi poteri in materia degli organi ispettivi possono essere intesi solo latamente come qualificatori⁵⁶.

negativi, parlando di rischio di assenso forzato del lavoratore, o di mera formalità, GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in *RGL*, 2004, p. 547; SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL* p. 278, MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, p. 14; BRINO, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 387.

⁵¹ Seppur, come abbiamo visto, la funzione primaria della certificazione non sia più limitata alla sola questione qualificatoria, non c'è dubbio che questo rimanga, di fatto, l'interesse principale delle parti.

⁵² Se è vero, infatti, che la qualificazione del contratto non spetta alle parti (v. NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 209 ss.), è altrettanto vero che queste ultime sono chiamate a compiere, ad esempio in occasione della comunicazione obbligatoria d'instaurazione del rapporto di lavoro, "una scelta inevitabilmente (anche se a-tecnicamente) qualificatoria" (v. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in *DLM*, 2014, p. 15, con riferimento alla registrazione e/o dichiarazione dell'attività remunerata come d'impresa o di lavoro.).

⁵³ Possibilità che non può escludersi ma, a quanto consta, puramente di scuola.

⁵⁴ Piuttosto che di modalità di svolgimento del rapporto sarebbe più corretto parlare, ai fini della qualificazione, di comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto. La questione è ricostruita in termini chiari da TURSÌ, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 643 ss, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici. Per una diversa prospettiva, forse troppo poco valorizzata, si veda, però, SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2007, p. 379 ss.

⁵⁵ Sulla indisponibilità del tipo legale, si vedano le note sentenze, C. Cost. 31 marzo 1994 n. 115, in *ADL*, 1995, p. 297 ss. e C. Cost. 12 febbraio 1996 n. 30, in *NGL*, 1996, p. 105 ss. In dottrina, D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 63 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 2001, p. 95 ss. Più di recente, AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione*, cit., p. 14 ss.

⁵⁶ L'assenza di questi poteri in capo alle commissioni rende evidente che anche la certificazione in corso di rapporto abbia a oggetto esclusivamente il regolamento contrattuale e non

Escluse le indicazioni riguardanti l'istanza – e quelle, contenute nel comma 3 dell'art. 78, riguardanti gli obblighi di conservazione della documentazione, sulle quali si può qui sorvolare⁵⁷ – l'articolazione della procedura è rimessa agli atti costitutivi e ai regolamenti delle varie commissioni nel rispetto di alcuni principi⁵⁸: a) comunicazione dell'inizio del procedimento all'ITL competente affinché questo provveda a informare tutte le autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto è destinato a produrre effetti; b) termine di trenta giorni dal ricevimento della istanza entro il quale concludere il procedimento; c) necessaria motivazione dell'atto, che deve contenere l'esplicita menzione dei termini e delle autorità cui è possibile presentare ricorso avverso il provvedimento; d) indicazione per cui "l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione".

Quest'ultima disposizione – pur riguardando, insieme a quella sub c), il contenuto necessario dell'atto di certificazione più che il procedimento –, finisce per incidere anche sul contenuto dell'istanza, imponendo indirettamente alle parti l'onere di indicare al suo interno gli effetti in relazione ai quali intendono richiedere la certificazione.

Le ragioni per le quali il legislatore prevede tale obbligo paiono quantomeno oscure⁵⁹ e offrono, tuttavia, l'occasione per riflettere sugli effetti giuridici legati alla certificazione.

la sua attuazione (CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, pp. 13-14). Per questa ragione sarebbe stato forse preferibile che il legislatore non ne estendesse gli effetti fin "dal momento di inizio del contratto". Le commissioni non hanno strumenti idonei, infatti, per 'appurare' quale sia stata l'attuazione del medesimo (si veda il comma 2, art. 29, d.lgs. n. 276/2003, a cui sono riferibili i vuolettati).

⁵⁷ "I contratti di lavoro certificati, e la relativa pratica di documentazione, devono essere conservati presso le sedi di certificazione, per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza. Copia del contratto certificato può essere richiesta dal servizio competente di cui all'articolo 4-bis, comma 5, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, oppure dalle altre autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti". Comma 3, art. 78, d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁸ Nonché al rispetto dei codici di buone pratiche di cui al comma 4 dello stesso art. 78, che il Ministero del lavoro avrebbe dovuto adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 e di cui, però, non c'è ancora traccia.

⁵⁹ In primo luogo, come è evidente, la disposizione fa riferimento agli effetti dell'atto di certificazione e non a quelli tipici del negozio. Quindi, il legislatore immagina, probabilmente, la possibilità che le parti richiedano la certificazione soltanto ad alcuni fini e non ad altri. O,

Come è noto, il provvedimento di certificazione produce conseguenze giuridiche sia tra le parti del contratto, sia verso i terzi, ossia le autorità pubbliche e i loro organi ispettivi. L'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che gli effetti legati all'accertamento – come, ad esempio, quelli derivanti dalla qualificazione⁶⁰ – “permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili”.

Nei confronti delle parti, invece, e in particolare del lavoratore, la conseguenza principale è rappresentata dall'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione dinanzi all'organo certificante prima di proporre un eventuale giudizio che implichi la messa in discussione dell'accertamento effettuato⁶¹. A parte il previo assolvimento di quest'onere, e oltre alla possibilità di attivare il contenzioso amministrativo per violazione del procedimento e per eccesso di potere, il lavoratore avrà la facoltà – e non potrebbe essere il contrario, in ossequio ai consolidati e condivisibili orientamenti della giurisprudenza costituzionale⁶² – di proporre ricorso per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Così come avrà il diritto d'invocare uno dei vizi del consenso, ipotesi che dovrebbe essere del tutto residuale, laddove le commissioni abbiano effettivamente svolto il loro ruolo di assistenza.

meglio, per opporla soltanto ad alcune autorità terze e non ad altre. Ora, questo potrebbe forse avere un qualche senso soltanto se l'attività del certificatore potesse mutare al mutare dei fini richiesti dalle parti (*rectius* dal datore/committente). Ma non è affatto così. L'attività della commissione, infatti, è sempre la stessa ed è relativa all'accertamento della riconducibilità dello schema negoziale concreto a quello legale astratto (a cui il legislatore lega effetti tipici), a prescindere dagli effetti richiesti dalle parti. Dato che, poi, come vedremo tra breve, gli effetti a vantaggio del datore sono rappresentati soprattutto dall'opponibilità ai terzi del contratto certificato, non si comprende la ragione per la quale la parte dovrebbe auto-privarsi, almeno parzialmente, di tali effetti, senza che questo sposti di una sola virgola il procedimento certificatorio. Tanto è vero che la disposizione in commento si è concretizzata in una stereotipa indicazione a spunta nei modelli di istanza che le parti, in fase di sottoscrizione, si limitano a barrare integralmente.

⁶⁰ Dipende dall'oggetto della certificazione e, conseguentemente, dal contenuto dell'accertamento.

⁶¹ Seppur scontato, vale la pena di sottolineare che il tentativo obbligatorio (a cui anche l'azione giudiziaria dei terzi interessati è sottoposta) non riguarda, quindi, ogni giudizio derivante dal contratto e dal relativo rapporto, ma esclusivamente quelli che la cui risoluzione dipende, direttamente o indirettamente, dal contenuto della certificazione.

⁶² V. *supra*, nota 50. Principi già richiamati come fondamentali, d'altronde, anche nella *Ipotesi di Statuto*.

Il legislatore, inoltre, ha previsto che il lavoratore possa, perfino, invocare in giudizio l'erronea qualificazione del rapporto da parte del certificatore, stimolando – poco opportunamente – l'interprete a speculare sul reale credito riposto nei soggetti ai quali pure decide di affidare un vaglio preventivo della qualificazione.

Dunque, pur senza sottovalutare il potenziale apporto in tal senso del tentativo obbligatorio, è ovvio che le possibilità di contribuire a stemperare il contenzioso giudiziario tra i contraenti siano quasi totalmente affidate al complessivo buon funzionamento della *procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale*⁶³, piuttosto che agli effetti legali connessi all'atto conclusivo del procedimento. La certificazione, pertanto, potrà rappresentare davvero un filtro deflattivo soltanto laddove abbia garantito la conclusione consapevole del negozio attraverso un percorso trasparente⁶⁴ e realmente assistito.

Se così intesa, a ben vedere, la certificazione potrebbe in qualche modo incidere in maniera positiva – in via indiretta – anche in materia di difformità tra programma negoziale e successiva attuazione⁶⁵ – causa principale di contenzioso –, sconsigliando il datore/committente dal tenere comportamenti contrari a quanto pattuito, dinanzi a un soggetto terzo e imparziale, con un lavoratore informato anche sugli eventuali diritti che ne scaturirebbero e a cui il provvedimento offre l'indicazione diretta dei termini e dell'autorità a cui potrà rivolgersi⁶⁶.

Decisamente più dirompente è l'estensione *erga omnes* dei medesimi effetti, comprese le autorità pubbliche. Come è stato evidenziato da tutta la dottrina che si è occupata del tema, ciò determina – fermi restando i poteri di accertamento e vigilanza – la preclusione ad “adottare legittimamente atti amministrativi sul presupposto che il singolo rapporto contrattuale preso a riferimento debba essere qualificato in modo differente”⁶⁷ fino alla sentenza di merito pronunciata in uno dei giudizi attivabili.

⁶³ Corsivo di chi scrive.

⁶⁴ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, p. 396.

⁶⁵ In termini simili, FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza*, cit., p. 79.

⁶⁶ Per quanto riguarda gli effetti tra parti, a dire il vero, sembra che non siamo affatto lontani dalla procedura “avente una valenza meramente morale, derivante dall'autorevolezza dei soggetti abilitati a rilasciarla” di cui parla, ALLEVA, *La ricerca e la analisi*, cit., p. 32.

⁶⁷ NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., pp. 218-219, il quale elenca una serie di esempi, come le ordinanze-ingiunzioni, i provvedimenti di diniego all'iscrizione alla gestione separata ecc.

Non c'è dubbio che siano le conseguenze in termini di tenuta del negozio certificato dinanzi ai poteri delle amministrazioni interessate a rappresentare la ragione principale dell'attivazione della procedura da parte dei datori/committenti. Conseguenze queste che, condivisibili o meno, non sembrano irrilevanti, dato che determinano il rovesciamento degli oneri giudiziari tra amministrazione e soggetti privati⁶⁸.

Del tutto inadeguate a rappresentare un incentivo appaiono, invece, le disposizioni volte a rafforzare la tenuta giudiziaria della certificazione contenute nel comma 2, art. 30, l. n. 183/2010. Dopo aver affermato che “nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro”, il legislatore infatti, fa poi salvo ogni ipotizzabile caso di esclusione della regola (erronea qualificazione del contratto, vizi del consenso, difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione). Piuttosto, queste regole sembrano un maldestro e poco proficuo tentativo di valorizzare l'autonomia individuale nella qualificazione del contratto. La tenuta giudiziaria della certificazione è legata, e ad avviso di chi scrive è opportuno che resti legata, alla credibilità dell'organo certificatore e alla qualità della motivazione giuridica del provvedimento. Nonché alla capacità dei giudici di cogliere l'invito – rivolto loro proprio dall'introduzione dell'istituto – ad abbandonare il troppo frequente atteggiamento di solipsismo categoriale nell'attività di qualificazione giudiziale⁶⁹.

Posto che al lavoratore non può di certo essere preclusa la tutela giudiziaria dei propri diritti, il legislatore individua, dunque, proprio nella tenuta *medio tempore* dell'accordo certificato nei confronti dell'autorità pubblica il vero incentivo a quell'impulso materiale all'avvio del procedimento che, come abbiamo visto, è rimesso principalmente al datore/committente.

Questi effetti, che si aggiungono a quelli descritti in tema di assistenza, derivano dall'adozione da parte delle commissioni del provvedimento di certificazione che ha, senza dubbio, la natura di atto amministrativo⁷⁰. In tal senso depongono sia la possibilità di proporre ricorso al TAR per violazione

⁶⁸ Rovesciamento che non sembra del tutto illogico, visto che l'atto di certificazione proviene pur sempre da un'altra autorità riconosciuta e che a tutti i terzi è comunicato l'avvio del procedimento affinché possano contribuire alla sua stessa definizione.

⁶⁹ PERONE, *Certificazione e tecniche*, cit., p. 415 ss.

⁷⁰ Da ultimo, ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti*, cit., p. 5.

del procedimento o per eccesso di potere, sia il riconoscimento espresso di tale natura operato dal d.m. 21 luglio 2004, il quale dispone “lapidariamente”⁷¹ che “l’atto di certificazione ha natura di provvedimento amministrativo”⁷².

A parte gli elementi essenziali indicati dal legislatore⁷³, apparentemente più problematica potrebbe essere la ricostruzione del contenuto dell’atto che è strettamente connessa agli oggetti della certificazione⁷⁴. Non tanto per quel che riguarda la certificazione del contratto di lavoro, di cui si è già detto, quanto per profili certificabili dei contratti di natura diversa in cui siano dedotte direttamente o indirettamente prestazioni di lavoro. È evidente che l’intento del legislatore del *Collegato lavoro* sia stato quello di estendere la possibilità di adoperare la procedura di certificazione anche ai fini della distinzione tra somministrazione e appalto di cui all’art. 84, a tutti i contratti in cui emergano i profili lavoristici legati al tema dell’interposizione illecita. Cosicché, per ragioni di competenza, saranno solo questi i profili certificabili e il contenuto del provvedimento – *rectius* della motivazione – riguarderà l’indagine sugli indici utili ai fini della distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino.

È il caso di mettere in evidenza che la certificazione di questi profili dei contratti di appalto e di tutti i contratti in cui vengano indirettamente dedotte prestazioni di lavoro produrrà effetti anche nei confronti dei lavoratori in qualità di terzi interessati. Sarebbe utile, dunque, che essi avessero contezza a monte – ove la forza lavoro coinvolta fosse stata già individuata dalle parti –, dell’avvio della procedura o, a valle – ove ancora non individuati –, dell’avvenuta certificazione. Appare quantomeno inopportuna l’attuale mancanza di un principio direttivo in tal senso, da affiancare alla comunicazione dell’Itl alle autorità pubbliche prevista dall’art. 78, comma 2, lett. a), tra quelli da rispettare nella strutturazione delle procedure di certificazione.

Prima di passare all’esame delle diverse sedi di certificazione, è il caso di fare qualche riflessione, alla luce della ricostruzione qui proposta, sul possibile rilievo dell’attività di assistenza e consulenza anche in relazione al contenuto dell’atto e, nello specifico, alla sua motivazione.

Non ci sono elementi decisivi per ritenere che la motivazione cui fa

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² D.m. 21 luglio 2004, art. 6, comma 1.

⁷³ V. *supra*, art. 78, comma 2, lett. c) e d).

⁷⁴ V. *infra*.

riferimento il legislatore possa essere altro da quella costituita dal ragionamento tecnico-giuridico intorno agli elementi utili che giustificano l'adozione del provvedimento o il rigetto dell'istanza. Sarebbe, dunque, arduo argomentare circa l'essenzialità del rilievo giuridico della consulenza all'interno dell'atto. Se è vero, però, che la tenuta complessiva della certificazione risulta affidata anche alla effettività dell'assistenza prestata, allora sarebbe almeno opportuno che, nella prassi, le commissioni si adoperassero per farla emergere in qualche modo nel contenuto del provvedimento.

6. *Le sedi di certificazione e la necessità di garantire la professionalità e imparzialità della procedura*

La ricostruzione della certificazione come *procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale* pone come ineludibile la riflessione sulle reali possibilità degli organi di certificazione di garantire una consulenza di elevata qualità professionale e di porsi come soggetti terzi e imparziali nel rapporto con le parti.

Come è ormai noto, il novero delle possibili sedi di certificazione previsto dall'art. 76 è molto ampio ed eterogeneo. Oltre alle Dtl – oggi Itl – e agli enti bilaterali, originariamente immaginate dai teorici della certificazione, possono istituire le commissioni anche le province, le università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, i consigli provinciali dei consulenti del lavoro e lo stesso Ministero del lavoro.

Pochi dubbi sorgono sulla capacità degli organi periferici del Ministero di svolgere il ruolo fin qui descritto. Anche alla luce della composizione delineata nel d.m. del 21 luglio 2004 che, oltre al dirigente che la presiede e a due funzionari addetti al servizio politiche del lavoro, impone la presenza di un rappresentante dell'Inps e di uno dell'Inail. Condivisibili perplessità relative, in particolare, allo sdoppiamento degli organismi pubblici abilitati alla certificazione nello stesso ambito di competenza territoriale⁷⁵, aveva destato l'inclusione, accanto alle Dtl⁷⁶, anche delle province. Sul punto ci si può, tuttavia, limitare alla constatazione della sostanziale inutilizzazione, da parte delle province, della possibilità offerta dal legislatore.

⁷⁵ NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 229.

⁷⁶ Art. 76, comma 1, lett. b).

Altrettanto fondate sembrano anche le pragmatiche critiche rivolte alla possibilità di costituire commissioni di certificazione presso gli enti bilaterali. Come è stato sottolineato, infatti, “quando si certifica la qualificazione dei contratti di lavoro si svolge ... un’attività squisitamente giuridica” e “il soggetto che adotta la decisione qualificatoria deve essere selezionato in base all’obiettivo di garantire la massima tenuta giuridica ragionevolmente possibile”, cosicché “la semplice previsione di istituire” commissioni “presso gli enti bilaterali non appare sufficiente a garantire un proficuo esercizio della funzione” da esse “esercitata”⁷⁷. Anche gli enti bilaterali, comunque, sembrano rimasti sostanzialmente inattivi in materia, probabilmente a causa della opposizione della Cgil.

Problema diverso, invece, è quello riguardante le commissioni istituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro. Qui, non sono le qualità e le capacità professionali della categoria a destare perplessità, quanto la sua stessa, congenita, impossibilità di porsi come autorità necessariamente imparziale. La scelta di affidare la certificazione anche “ad organismi di auto-governo di una categoria professionale che non danno alcuna garanzia di valutazioni imparziali o comprensive di interessi diversi e contrapposti”⁷⁸ rischia di deteriorare il credito di un istituto che fonda la propria complessiva efficacia proprio sulla riconoscibile terzietà del certificatore e sulla forza persuasiva delle sue decisioni.

Comunque, del fatto che la reale utilità della certificazione sia strettamente legata alle caratteristiche e alla composizione dell’organo certificatore sembrano consapevoli anche le stesse parti. Nonostante il clima indubbiamente più favorevole all’istante principale, infatti, le commissioni istituite

⁷⁷ NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 227. Il quale, però, ritiene consona alle caratteristiche dell’ente bilaterale l’attività di assistenza e consulenza dell’art. 81, d.lgs. n. 276/2003. Questa tesi sarebbe condivisibile se il supporto alle parti fosse finalizzato alla mediazione in un conflitto tra opposti interessi. In questa ottica emergerebbero chiare le capacità dell’ente bilaterale – senza dimenticare, ovviamente, i possibili problemi riguardanti la composizione del singolo ente – di porsi come sede ideale di contemperamento dei diversi e contrapposti interessi coinvolti. Ma, come argomentato sinora, l’attività di consulenza della procedura di certificazione rappresenta essa stessa un’attività strettamente giuridica, finalizzata a consentire alle parti una migliore e più consapevole strutturazione tecnica del regolamento negoziale.

⁷⁸ ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti*, cit., pp. 20-21, nota 59. Ma vedi anche, in tal senso, NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 229, che parla di “situazione di evidente conflitto d’interessi”; TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, in *GL*, 2003, p. 34.

presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro non rappresentano, almeno finora, la sede preferita di certificazione. Né ricoprono questo ruolo, probabilmente anche a causa del tradizionale rapporto inquisitorio-investigativo più che collaborativo-consulenziale con l'impresa, le commissioni istituite presso gli Itl.

A dispetto di alcuni scetticismi iniziali sulla stessa possibilità materiale di gestire la complessa attività certificatoria⁷⁹, le commissioni che in questi anni hanno raccolto di gran lunga – seppur all'interno di numeri complessivi di procedimenti ancora limitati⁸⁰ – il maggior numero di istanze di certificazione sono quelle istituite presso le università “esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382”⁸¹.

Osservando il novero degli organi abilitati alla certificazione, soprattutto alla luce della lettura qui proposta, sembra indiscutibile che quelle universitarie, per le caratteristiche specifiche dei propri componenti, rappresentino le sedi più adeguate a svolgere le attività individuate dal legislatore⁸². Sia per la garanzia di tenuta e affidabilità della decisione adottata, in ragione della qualità della competenza giuridica. Sia per la garanzia di capacità e professionalità nell'attività di assistenza e consulenza, in virtù della generale attitudine a illustrare e rendere comprensibile il sistema normativo.

In dottrina si è sostenuto, però, che “molti docenti svolgono già un'attività professionale e perciò questo certamente potrebbe porre in essere un consistente conflitto d'interessi” cosicché “sarebbe, ..., quantomeno inopportuno che il contratto redatto da un professore professionista per un cliente possa poi essere certificato dallo stesso soggetto o da un suo collega”⁸³.

⁷⁹ MARIUCCI, *Certificazione ed enti bilaterali*, in BORTONE, DAMIANO, GOTTARDI, *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, 2004, p. 152; ANGIOLINI, FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, p. 363.

⁸⁰ Per i dati da cui sono tratte le considerazioni nel testo si veda *infra*, par. 8.

⁸¹ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello n. 5 del 24/02/2012.

⁸² SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 24/2004, p. 37 ss.

⁸³ TOFFOLETTO, *La certificazione blinda i contratti*, in *Il sole 24 ore*, 6 settembre 2003, p. 18. La critica sulla possibile parzialità delle Commissioni universitarie è stata poi sostenuta anche da altri autori. Si vedano, per esempio, ANGIOLINI, FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 363.

Questo rischio, in realtà, pare ampiamente ridimensionato alla luce delle serrate regole sulle incompatibilità contenute in tutti i regolamenti delle commissioni universitarie⁸⁴. Così come, nella stessa direzione, può essere letta l'indicazione del Ministero del lavoro nella risposta all'interpello n. 5 del 24/02/2012 in cui, pur riconoscendo la possibilità per i professori a tempo definito di far parte delle commissioni, si afferma che “appare indispensabile la presenza di almeno un docente di ruolo a tempo pieno che, ..., possa assumere le funzioni di Presidente”⁸⁵.

In ogni caso, per rafforzare l'esigenza di essere distinte e percepite come organi imparziali, le commissioni universitarie non dovrebbero sottovalutare l'opportunità, ad avviso di chi scrive, di adottare codici di condotta contenenti criteri di gestione delle ipotesi in cui possano emergere anche soltanto sospetti di conflitto d'interessi.

Fuori dal percorso ricostruttivo dell'istituto sembra porsi, almeno in parte, la disposizione contenuta nel comma *1bis*, art 76, d.lgs. n. 276/2003, in cui si afferma che nel “caso di cui al comma 1, lettera *c-bis*), le commissioni di certificazione istituite presso le direzioni provinciali del lavoro e le province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali”. Il comma 1, lettera *c-bis*) riguarda le due ipotesi in cui è possibile inoltrare l'istanza alla commissione del Ministero, ossia quando: a) il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse; b) i datori di lavoro, pur avendo un'unica sede, siano “associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione”.

Se, nel primo caso, limitare l'attività di certificazione degli organi territoriali alla sola ratifica si reputa una scelta del tutto comprensibile – trattandosi di contratti specifici ed essendosi già svolta la procedura di assistenza e consulenza delle parti dinanzi alla commissione nazionale – nel secondo tale scelta risulta del tutto inopportuna, dato che sembra farsi riferimento alla certificazione non di contratti concreti ma di astratti schemi contrattuali concordati con le associazioni datoriali. Cosicché gli effetti della certifica-

⁸⁴ Tutti i Regolamenti delle Commissioni universitarie risultano facilmente consultabili sul *web*.

⁸⁵ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello n. 5 del 24/02/2012.

zione farebbero seguito al semplice utilizzo, da parte del datore/committente associato, del generico modello, trascurando del tutto il ‘cuore’ della procedura⁸⁶.

7. *Le altre funzioni affidate alle commissioni*

Oltre alla funzione primaria e indipendente di certificazione di tutti i contratti in cui siano dedotte direttamente o indirettamente prestazioni di lavoro, nei termini di cui si è detto, il legislatore affida alle commissioni anche ulteriori e distinte funzioni.

Cominciando da quelle politicamente meno controverse, in materia di collaborazioni etero-organizzate, l’art. 2, comma 3, d.lgs. 81/2015, prevede che le parti possano chiedere alle commissioni “la certificazione dell’assenza” degli elementi che determinerebbero l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato a norma del comma 1 del medesimo articolo. Il quale fa riferimento, a questo proposito, a “prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

Intanto va chiarito che, pur facendosi riferimento alle “modalità di esecuzione”, l’indagine delle commissioni – per le ragioni già esposte – non potrà che riguardare le modalità di svolgimento della prestazione dedotte nel regolamento contrattuale. Dovrà, cioè, essere valutato il margine di autonomia organizzativa che il negozio riconosce al collaboratore soprattutto con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro⁸⁷. In realtà, è alquanto dubbio che la norma rappresenti una nuova e diversa funzione per il certificatore. Sembra piuttosto che il legislatore intenda stimolare le parti, da un lato, a sottoporre il contratto alla procedura di assistenza e consulenza e le commissioni, dall’altro, a prestare particolare attenzione, nel caso di una ordinaria istanza riguardante una collaborazione autonoma, alle novità introdotte dall’art. 2, d.lgs. n. 81/2015, e a farne espressa menzione nel provvedimento.

Alla stessa funzione primaria dell’istituto sono riconducibili anche le disposizioni del d.P.R. n. 177/2011 che prevedono, tuttavia, come obbligatoria

⁸⁶ Di diverso avviso, CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit. pp. 9-10.

⁸⁷ Per intuibili ragioni di spazio, non si ha qui l’opportunità, naturalmente, neanche di accennare all’ampio dibattito sul tema.

la certificazione in due ipotesi concernenti prestazioni di lavoro da svolgersi in ambienti sospetti d'inquinamento o confinati e comportanti, quindi, consistenti rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori. La prima, relativa alla certificazione dei contratti di lavoro non standard da computare nella soglia minima del 30% di personale con esperienza specifica almeno triennale⁸⁸ necessaria per svolgere attività in tali ambienti. La seconda, riguardante la certificazione dell'eventuale contratto di subappalto avente ad oggetto lavori da svolgersi negli ambienti confinati e che costituisce il requisito – congiuntamente all'espreso consenso del committente dell'appalto – per superarne il generale divieto⁸⁹.

Nell'alveo della medesima funzione risulta collocabile anche il disposto del comma 3, art. 30, l. n. 183/2010, secondo il quale “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti ... nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione”, oltretché di quelle presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Rammentando che le tipizzazioni dei motivi di licenziamento contenute nei contratti collettivi non sono vincolanti per il giudice⁹⁰, la norma si limita a recepire, estendendone l'efficacia anche alle pattuizioni individuali in materia contenute nel contratto certificato, il tradizionale indirizzo giurisprudenziale per cui tali tipizzazioni possono essere disattese dal giudice solo fornendo un'adeguata motivazione⁹¹. La disposizione in commento non consente neanche di ritenere che le parti siano abilitate, dinanzi alle commissioni, a derogare *in pejus* alle previsioni della contrattazione collettiva⁹², cosicché l'accertamento del certificatore consisterà nella verifica della legittimità della clausola del regolamento negoziale alla luce sia delle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo sia delle relative disposizioni del contratto collettivo.

⁸⁸ D.P.R. n. 177/2011, art. 2, comma 1, lett. c).

⁸⁹ D.P.R. n. 177/2011, art. 2, comma 2.

⁹⁰ Fatta eccezione, naturalmente, per le ipotesi in cui esse prevedano una disciplina di miglior favore per il lavoratore.

⁹¹ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 633; PELLACANI, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2010, p. 244. Di diverso avviso, TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010*, cit., p. 173 ss.

⁹² TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010*, cit., p. 173 ss. *Contra*, GHERA, VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *MGL*, 2010, p. 867.

Fuori dalla funzione primaria, perché relativo a un atto di natura non contrattuale, si colloca l'art. 83, nel quale si prevede la possibilità di certificare il regolamento interno delle cooperative “riguardante la tipologia di rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare ... con i soci lavoratori”, depositato presso gli Irl. Questo riferimento alle tipologie non deve indurre a ritenere che l'attività delle commissioni sia limitata alla sola verifica del novero dei contratti utilizzabili ‘attiene’, più opportunamente, ‘al contenuto del regolamento’. L'obiettivo del legislatore è quello di concedere l'opportunità alle cooperative di attribuire gli effetti della certificazione al regolamento sottoponendolo al vaglio preventivo e alla procedura di assistenza delle commissioni⁹³. L'esame di queste ultime non potrà che riguardare, in particolare, il rispetto delle regole che limitano – e pertanto, però, consentono – la possibilità di prevedere “disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto ai trattamenti retributivi ed alle condizioni di lavoro previsti dai contratti collettivi”⁹⁴ all'interno del regolamento.

Alle commissioni sono, poi, affidate anche funzioni legate a ipotesi di disponibilità e derogabilità assistita.

Quanto alle prime, l'art. 82, comma 1, prevede che le commissioni possano certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. “a conferma della volontà abdicativa delle parti”. La disposizione fa esplicitamente riferimento alla possibilità di attribuire gli effetti tipici della certificazione a un negozio transattivo. A causa di un non certo chiaro dettato normativo, però, si è discusso in dottrina – con ragioni valide su entrambi i fronti – sulla necessità o meno che l'atto sia stato già validamente concluso in una delle altre sedi di cui all'ultimo comma dell'art. 2113.

La *querelle* è stata opportunamente risolta, ad avviso di chi scrive, dal legislatore del Collegato lavoro che ha espressamente incluso le commissioni tra le sedi in cui può essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.⁹⁵ individuandole, conseguentemente, quali soggetti abilitati a ricevere *ex art. 2113 c.c.*, gli atti di rinuncia e transazione che dal tentativo di

⁹³ L'art. 83 impone, infatti, che il provvedimento riguardi il regolamento già adottato e depositato. Nulla vieta, e non ve ne sarebbero ragioni, che la procedura possa aprirsi nella fase di adozione del regolamento per poi chiudersi successivamente al deposito. O, ancora, è altrettanto ipotizzabile che la commissione suggerisca di apportare modifiche al regolamento depositato, condizionando la fase provvedimentale all'adozione e deposito del nuovo regolamento.

⁹⁴ Art. 6, comma 2, l. n. 142/2001.

⁹⁵ Art. 31, comma 13, l. n. 183/2010.

conciliazione possano scaturire. Le parti potranno chiedere alle commissioni, dunque, o soltanto di concludere eventuali atti abdicativi con gli effetti, limitati alle stesse parti, dell'art. 2113 c.c. (attivando esclusivamente la procedura *ex art. 410 c.p.c.*), o aggiungere a questi effetti anche quelli tipici, verso i terzi, della certificazione (attivando anche la procedura *ex art. 82*)⁹⁶.

Infine, alle commissioni sono affidate anche funzioni legate a ipotesi di derogabilità individuale assistita.

Sono tali quelle che assegnano a queste sedi:

a) la certificazione, a pena di nullità, delle clausole compromissorie pattuite dalle parti e comunque previste da accordi interconfederali o contratti collettivi. In questo caso, l'accertamento dovrà riguardare l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie derivanti dal rapporto⁹⁷;

b) la possibilità, attraverso la certificazione del contratto, di fungere da valida chiave di accesso, alternativa a quella contrattuale collettiva, per l'introduzione di clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale⁹⁸;

c) la veste di luogo, insieme alle altre sedi cui all'art. 2113 c.c., ove concludere validamente l'accordo di demansionamento di cui al comma 6, art. 2103 c.c.

È evidente che l'individuazione delle sedi di certificazione come idonee a veicolare nell'ordinamento la valorizzazione, sebbene ancora limitata, dell'autonomia individuale del lavoratore ponga una serie di rilevanti e complesse questioni problematiche. A ben vedere, tuttavia, queste ultime riguardano quasi esclusivamente la scelta stessa compiuta dal legislatore di concedere maggior peso all'autonomia individuale nella disciplina del rapporto di lavoro, piuttosto che il riconoscimento delle commissioni come sedi deputate a realizzarla. Pur con i limiti di cui si è dato atto, la procedura di certificazione può, infatti, rappresentare un adeguato percorso di assistenza, idoneo a garantire una volontà realmente informata del lavoratore. Sarebbe forse necessario, tuttavia, che il legislatore valutasse l'opportunità di limitare

⁹⁶ *Contra*, CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, p. 13, La quale ritiene di "escludere che la stessa Commissione possa certificare accordi conciliativi effettuati presso di sé *ex art. 410 c.p.c.* poiché sussisterebbe un evidente carenza di terzietà rispetto all'atto da certificare". In realtà, la procedura dell'art. 82 è volta all'accertamento della "reale volontà abdicativa delle parti", rispetto alle quali la Commissione agisce sempre come soggetto terzo e imparziale.

⁹⁷ Art. 31, comma 10, l. n. 183/2010.

⁹⁸ Art. 6, comma 6, d.lgs. n. 81/2015.

le ipotesi di derogabilità assistita a casi in cui la volontà espressa dal lavoratore avesse, almeno, la possibilità, per il tipo di attività e le caratteristiche professionali possedute dai lavoratori, di essere anche effettiva oltre che informata.

8. Conclusioni

Avviandoci a concludere, possiamo affermare che – a partire dalle ultime riflessioni del par. precedente – se letta alla luce della ricostruzione qui proposta, la disciplina della certificazione prevista dagli artt. 75 ss. d.lgs. n. 276/2003 sembra avere caratteristiche idonee a garantire la realizzazione di un più che opportuno percorso di volontà informata del lavoratore. Allo stesso tempo, però, sarebbe ingenerosa la pretesa che essa possa incidere sulla volontà effettiva del prestatore. Tale effettività è, infatti, strettamente connessa al grado di potere contrattuale delle parti. Potere che, a sua volta, nel caso dei rapporti di lavoro è condizionato da disparità di natura sostanziale che nessun organo e nessuna procedura possono miracolosamente riequilibrare.

Resta da chiedersi, in conclusione, se l'articolato normativo si sia dimostrato, finora, concretamente adeguato al perseguimento della finalità deflattiva affidatagli e quanto l'istituto abbia trovato effettiva diffusione nel mercato del lavoro italiano, trattandosi di procedura comunque volontaria.

A partire da questa ultima questione, si può notare che i dati annuali relativi alle attività di tutte le commissioni attive conservati presso il Ministero del lavoro⁹⁹, mostrano valori annui ancora abbastanza contenuti ma in costante e progressiva crescita. Dalle circa 14.000 istanze del periodo 2003-2007, si è passati alle circa 38.000 del periodo 2010-2015, di cui 12.878 nel solo 2015. Nel complesso, il numero nettamente maggiore di istanze ha riguardato materie attinenti la funzione primaria dell'istituto e, in particolare, i contratti di collaborazione autonoma. Il resto delle istanze hanno avuto a oggetto quasi totalmente le funzioni di disponibilità assistita e soltanto un numero limitatissimo le funzioni di derogabilità assistita.

Per quel che riguarda il primo interrogativo, invece, si può osservare che, a quanto consta scorrendo le sezioni dedicate ai casi giurisprudenziali

⁹⁹ Si ringrazia la Direzione Generale dei Rapporti di Lavoro e delle Relazioni Industriali, Divisione V - Disciplina del rapporto di lavoro e pari opportunità, per la cortesia e disponibilità nel fornirci i dati.

nelle riviste del settore e le più rilevanti banche dati, sulle circa 52.000 istanze complessive, si è formata, nel corso dei quindici anni di vita dell'istituto, una giurisprudenza, almeno nota, limitatissima¹⁰⁰. Questo, nonostante il provvedimento di certificazione, come è stato sottolineato, non comporti alcun effetto preclusivo sulla possibilità del lavoratore di ricorrere alla tutela giudiziaria dei propri diritti.

Non c'è dubbio che la scarsa diffusione delle procedure di certificazione incida in maniera sensibilmente negativa sul generale obiettivo di stemperare i livelli complessivi del contenzioso giudiziale che caratterizzano il nostro mercato del lavoro. Allo stesso tempo, però, è opportuno considerare separatamente questi dati da quelli relativi alla efficacia delle certificazioni effettuate. Le poche sentenze reperibili in materia lasciano legittimamente presumere, infatti, che la stipulazione di un accordo negoziale informato e consapevole grazie alla procedura descritta abbia una reale capacità di fungere da disincentivo alla litigiosità delle parti e da incentivo a tenere un comportamento coerente, durante lo svolgimento del rapporto, alle regole concordate.

Se questo è vero, allora sarebbe utile concentrare le riflessioni, *de iure condendo*, sulle prospettive di diffusione della certificazione e della sua funzione primaria.

Ad avviso di chi scrive, i potenziali interventi per ampliare il grado di attrattività dell'istituto dovrebbero comunque tenere esente il tema degli effetti tra le parti. Lo scarso contenzioso in materia dimostra, infatti, le potenzialità della certificazione anche nell'attuale e condivisibile configurazione *soft*. Piuttosto, si potrebbe immaginare una qualche forma di incentivo economico – che, in ogni caso, non incida negativamente sulla tendenza dell'ordinamento a favorire occupazione stabile – da legare ai contratti non standard conclusi con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione. O, ancora, si potrebbero prevedere ipotesi di obbligatorietà della procedura per la conclusione di contratti di collaborazione autonoma con determinate caratteristiche. Pensiamo, in particolare, ai contratti implicanti

¹⁰⁰ Tribunale di Milano, 26 gennaio 2012; Corte d'Appello di Brescia 24 maggio 2011, n. 70, in *RIDL*, 2011, p. 1159 ss., con nota di ROTA, La quale sostiene l'inefficacia deflattiva della certificazione omettendo di sottolineare che quella annotata rappresenta un esempio rarissimo di *querelle* giudiziaria riguardante l'istituto. Per un'analisi della sentenza in materia si veda, anche, AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione*, cit., p. 170 ss.

lo svolgimento dell'attività, principalmente se non esclusivamente, all'interno della struttura produttiva del committente.

Infine, non è il caso di sottovalutare e, anzi, andrebbe promosso, il ruolo di sostegno alle parti – e in special modo del lavoratore – che la procedura di certificazione potrebbe svolgere nella definizione dell'accordo individuale di lavoro agile¹⁰¹. Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni della l. n. 81/2017 che demandano ai contraenti l'adozione di “misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore”¹⁰², la disciplina dell'esercizio “del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300”¹⁰³, e, infine, l'individuazione “delle condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”¹⁰⁴.

Interventi di tale natura non escluderebbero, comunque, l'opportunità di una rivisitazione dei tratti maggiormente critici dell'attuale disciplina e della effettiva attuazione di altre sue parti. Si pensi, per esempio, nel primo caso, alla razionalizzazione – secondo criteri di professionalità e imparzialità – dei soggetti abilitati a istituire le commissioni e alla necessità di garantire una adeguata informazione dei lavoratori come terzi interessati nei casi di procedura relativa a contratti in cui siano indirettamente dedotte prestazioni di lavoro. Nel secondo caso, invece, all'adozione da parte del Ministero del lavoro degli strumenti di ausilio alle commissioni, come i codici di buone pratiche¹⁰⁵ e i moduli e formulari che tengano conto dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali in materia di qualificazione del rapporto¹⁰⁶.

¹⁰¹ Sul lavoro agile si v., da ultimo, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 335/2017.

¹⁰² L. n. 81/2017, art. 19, comma 1.

¹⁰³ L. n. 81/2017, art. 21, comma 1.

¹⁰⁴ L. n. 81/2017, art. 21, comma 2. V. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”- IT, n. 327/2017, p. 15.

¹⁰⁵ D.lgs. n. 276/2003, art. 78, comma 4.

¹⁰⁶ D.lgs. n. 276/2003, art. 78, comma 5.

Abstract

Il saggio, partendo da una accurata disamina delle prime elaborazioni dottrinali e dei primi progetti legislativi in materia di certificazione dei contratti di lavoro, offre una lettura peculiare dei principali profili teorici e pratici dell'istituto. In questa prospettiva, l'Autore, attraverso un'analisi puntuale ispirata alla ricostruzione sistematica delle fonti in materia, muovendo dall'individuazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore e degli effetti legati al provvedimento di certificazione, propone una definizione dell'istituto come procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale (o di parte del programma) con possibile attestazione conclusiva della corretta riconduzione alla fattispecie legale e/o del rispetto della normativa legale applicabile. Il saggio si sofferma, in particolare, sulla centralità delle funzioni di assistenza e consulenza affidate alle commissioni al fine di realizzare l'obiettivo primario rappresentato dalla deflazione del contenzioso giudiziario lavoristico e, quindi, sul rilievo che assumono le qualità degli organi di certificazione in relazione alla possibilità, da un lato, di garantire una consulenza di elevata qualità professionale e, dall'altro, di porsi come soggetti terzi e imparziali nel rapporto con le parti. In conclusione, dopo aver dato atto delle funzioni ulteriori della certificazione, l'Autore indica una serie di suggestioni *de iure condendo* al fine di promuovere la diffusione dell'istituto.

The essay, starting from a thorough examination of the first elaborations of doctrine and legislative drafts on the subject of the certification of the employment contracts, gives a peculiar interpretation of the main theoretical and practical aspects of this legal instrument. In such a view, the Author, through a comprehensive analysis inspired to a systematic reconstruction of the legal sources on this topic, moving from the identification of the main objectives pursued by the legislator and of the legal effects produced by the certification measure, proposes to define this legal instrument as a procedure of assistance and advice of the parties in constructing or modifying the negotiating programme (or of a part of the programme) with a possible final attestation of the correct subsumption into the legal case and/or of respect of the applicable statutory provisions. The essay focuses, in particular, on the centrality of the assistance and advisory functions entrusted to the Commission of Certification in order to achieve the primary objective of reducing the amount of the legal disputes and, therefore, on the importance of the qualities of the components of the Commissions that should be able to provide highly professional advice and to act as third and impartial subjects. In conclusion, after describing the other functions of the certification procedure, the Author proposes several suggestions *de iure condendo* with a view to promote the spread of this legal instrument.

Key words

Certificazione, contratti di lavoro, assistenza e consulenza, asimmetrie informative, sedi di certificazione, autonomia e subordinazione

Certification, employment contracts, assistance and advice, information asymmetries, self-employment and subordination.

Trib. Roma, Sezione Lavoro, 26 luglio 2017 (ord.) – Est. Cosentino

Licenziamento del lavoratore - Giustificato motivo oggettivo - Decreto legislativo n. 23 del 2015 - Illegittimità costituzionale - Violazione degli artt. 3, 4 e 35 della Costituzione - Violazione degli art. 117, co. 1, e 76 della Costituzione - Non manifesta infondatezza.

La questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 7, l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 4 e 10 D. Lgs. n. 23/2015, è rilevante in quanto l'innovazione normativa in parola priva la ricorrente lavoratrice, licenziata per giustificato motivo oggettivo, delle tutele tuttora vigenti per coloro che sono stati assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015. La non manifesta infondatezza della questione è incentrata sul ritenuto contrasto della suddetta normativa con: a) l'art. 3 della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria disegnata dalle norme del c.d. Jobs Act non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie, ed inoltre in quanto l'eliminazione totale della discrezionalità valutativa del giudice finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro; b) l'art. 4 e l'art. 35 della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso; c) l'art. 117 e l'art. 76 della Costituzione, in quanto la sanzione per il licenziamento illegittimo appare inadeguata rispetto a quanto stabilito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale Europea, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni internazionali costituiva un preciso criterio di delega, che è stato pertanto violato.

★ ★ ★

Giorgio Fontana

Le questioni di costituzionalità del contratto a tutele crescenti

Sommario: **1.** Le questioni poste dal Giudice romano alla Corte costituzionale. **2.** Discrezionalità certamente sì, ma ragionevole. **3.** Le differenze di trattamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale. **4.** La Carta Sociale Europea, fonte interposta. **5.** Conclusioni.

1. *Le questioni poste dal Giudice romano alla Corte costituzionale*

L'ordinanza del Tribunale di Roma sottopone il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 (o almeno una sua parte) al giudizio di costituzionalità della Corte costituzionale sotto diversi e complessi profili di diritto. Ci sono voluti due lunghissimi anni perché le delicate questioni di compatibilità del c.d. contratto a tutele crescenti con il quadro costituzionale vigente, peraltro subito rilevate dalla dottrina giuslavorista e costituzionalista¹, venissero portate all'attenzione dei giudici della Consulta; anni durante i quali il nuovo regime di disciplina è stato applicato, com'è noto, ai neoassunti, ma non ai lavoratori già occupati alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (7 marzo 2015), essendo così previsto dall'art. 1 del decreto medesimo. La nuova disciplina, come la precedente riforma introdotta dalla c.d. legge Fornero, ha sollevato peraltro notevoli dubbi e perplessità non solo di ordine costituzionale, mettendo alla prova la capacità di resistenza e di adattamento del sistema giuridico: esemplare il problema (presente anche nel d.lgs. n. 23/2015) risolto con le sentenze n. 20540/2015 e n. 20545/2015 della Corte di Cassazione, che ha stabilito la "corretta" interpretazione del comma IV dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e, fra l'altro, sancito l'inidoneità del "fatto materiale" (letteralmente inteso) di assurgere a discriminazione giuridicamente rilevante per l'applicazione del regime di disciplina in caso di licenziamento illegittimo. Interpretazione, questa, che deve ritenersi non solo corretta sul piano ermeneutico, ma obbligata dal quadro costituzionale vi-

¹ Fra gli altri GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in CSDLE "Massimo D'Antona", 2015, p. 246; SALAZAR, *Il diritto del lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe" dei diritti sociali?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Silvestri*, III, Giappichelli, 2016, p. 2206; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti fra costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. III ss. Sia consentito pure rinviare a FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, II, p. 77 ss.

gente e, dunque, costituzionalmente orientata². C'è tuttavia un limite alla possibilità di correggere certe distorsioni di sistema ed è il divieto per l'interprete di realizzare, attraverso l'interpretazione conforme, un effetto abrogativo della norma, o di trarne un significato totalmente estraneo o addirittura opposto al "voluto" del legislatore³. Ed è questo proprio il caso del contratto a tutele crescenti e della sua disciplina, in cui, se alcuni risultati possono essere raggiunti in via d'interpretazione⁴, altri, come quelli indicati dal Giudice romano nella sua ordinanza, possono essere realizzati (o comunque vagliati) solo dal Giudice delle leggi.

La scelta del giudice romano di chiamare in causa la Corte costituzionale deve quindi essere considerata sotto certi aspetti inevitabile e va salutata in modo positivo, tanto più che si tratta di problemi e dubbi riguardanti la violazione di fondamentali precetti costituzionali, oltre che di principi inscritti nelle Carte dei diritti sovranazionali, che, se riscontrati, dovrebbero far riflettere maggiormente sulle politiche legislative all'insegna dell'approssimazione e del centralismo emerse nella fase "terminale" dell'*austerità*.

Nella fattispecie il giudice romano ha deciso di "interrogare" la Corte costituzionale dovendo giudicare la legittimità di un licenziamento rientrante nell'ambito di applicazione del decreto legislativo n. 23/2015, motivato da ragioni economiche e dunque collocato nell'area del giustificato motivo oggettivo, e dovendo trarne le dovute conseguenze sul piano applicativo. È ap-

² Si veda sul punto, recentemente, Cass. 26 maggio 2017 n. 13383, che ha ribadito i principi affermati dalle due sentenze del 2015, precisando che "se per insussistenza del fatto contestato si intendesse quella a livello meramente materiale si otterrebbe l'illogico effetto di riconoscere maggior tutela a chi ha comunque commesso un illecito disciplinare (ma suscettibile di sanzione conservativa) rispetto a chi non ha commesso alcun illecito", il che si risolverebbe, secondo la Corte, in un'irragionevole disparità di trattamento e quindi in un caso di palese violazione dell'art. 3 della Costituzione.

³ Cf. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, 2006.

⁴ Come appunto la questione relativa al criterio del cd. "fatto materiale". Nel decreto 23/2015 si prevede infatti che solo in caso di insussistenza del fatto materiale, direttamente provata in giudizio dal lavoratore, questi possa richiedere al giudice la reintegrazione nel posto di lavoro; dal che conseguirebbe che chi è responsabile o autore invece di un fatto materialmente sussistente ma irrilevante sul piano disciplinare dovrebbe ritenersi (irragionevolmente) escluso dalla tutela in questione. L'incostituzionalità di questa soluzione sarebbe inconfutabile se non vi fosse la possibilità di un'interpretazione adeguatrice e correttiva, ritenendo, come logica giuridica vuole, che il "fatto" deve sempre possedere un livello ancorché minimo di rilevanza disciplinare.

pena il caso di ricordare, infatti, che la carenza di motivazione e di prova circa la sussistenza del giustificato motivo oggettivo implica, per tutti i nuovi contratti successivi al 7 marzo 2015, l'applicazione di un regime sanzionatorio riduttivo, che si risolve nel pagamento di una modesta indennità da parte del datore commisurata all'anzianità di servizio (due mensilità per ogni anno di servizio: v. gli artt. 3 e 4 del decreto legislativo); laddove la disciplina di carattere generale, applicabile a tutti gli altri lavoratori (art. 18, co. 6 e 7, l. 20 maggio 1970 n. 300), comporta in alcune ipotesi la possibilità per il Giudice adito di ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro e in altre una tutela di tipo indennitario, ma con valori economici indiscutibilmente più elevati, proporzionati alla gravità della lesione e da ritenersi certamente dissuasivi⁵. A tal riguardo, con molta chiarezza il giudice precisa (e motiva) nella sua ordinanza che la lavoratrice licenziata, qualora fosse applicata la normativa comune, potrebbe legittimamente ottenere l'applicazione della sanzione più incisiva e garantista, stante l'acclarata, "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" (condizione, questa, perché il giudice ordini la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro).

In presenza di questa alternativa si può dire che il Giudice sia stato quasi costretto a valutare la correttezza e la giustificazione della disparità di trattamento disposta dal legislatore con il decreto legislativo n. 23. L'ordinanza, che dubita della ragionevolezza della norma, chiede alla Corte di pronunciarsi su tre distinte questioni di costituzionalità: il primo e più importante profilo riguarda dunque la violazione dell'art. 3 Cost.; il secondo, il contrasto con gli artt. 4 e 35 Cost.; il terzo, infine, censura la violazione degli artt. 76 e 117, co. 1, Cost.

2. *Discrezionalità certamente sì, ma ragionevole*

Pur giungendo a conclusioni radicali, il giudice romano muove da premesse prudenti e caute, ritenendo, in effetti, come non sia tanto il "regresso" dalla tutela reintegratoria a quella indennitaria a costituire plausibile motivo di incostituzionalità della norma, quanto piuttosto il carattere evanescente

⁵ Per un'esauritiva disamina delle questioni poste dalla disciplina vigente v. per tutti, anche per i riferimenti, CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in PERSIANI, CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, V, Cedam, 2015.

di quest'ultima (anche tenendo conto del principio di "adeguatezza" del risarcimento in materia di responsabilità civile sancito da Corte cost. n. 303/2011). Posta la questione in questi termini, si potrebbe pensare che reintegrazione e tutela indennitaria siano per il Giudice interscambiabili e fungibili. Ma ovviamente non è così. Il giudicante sospetta infatti l'illegittimità costituzionale della norma perché realizza una disparità di trattamento fra lavoratori verosimilmente ingiustificata e irragionevole. Il *tertium comparationis* è quindi, in questo caso, il lavoratore che, trovandosi nella medesima situazione del neoassunto (licenziato per un motivo oggettivo), gode di un regime diverso e più favorevole, con tutte le note (e già citate) conseguenze sul piano applicativo. Il ragionamento del giudice sul punto ha dunque un valore prospettico che non ha nulla a che vedere con la verifica di costituzionalità, che si svolge sul piano comparativo, e implica per l'appunto la legittimità o meno del diverso regime di disciplina applicabile alla medesima fattispecie, che in un caso conduce alla reintegra e in un altro non lo consente, per di più applicando una sanzione lieve a carico del datore.

A tal riguardo, quale elemento giustificativo della disparità di trattamento fra vecchi e nuovi assunti, si è invocata la tesi, derivandola dal vecchio brocardo *tempus regit actum*, secondo cui nulla vieterebbe al giudice di adottare una disciplina valida soltanto *pro futuro*. Si richiama a tal riguardo la sentenza n. 254/2014 (ed altre analoghe) in cui si afferma il principio secondo cui "il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche". Ma questa tesi, comunque la si guardi, non pare essere giuridicamente fondata (ed è stata giustamente respinta dal giudice romano). Intanto è una tesi inaccettabile già soltanto per gli effetti pratici che realizzerebbe, dando via libera alla possibilità di introdurre differenze di trattamento praticamente illimitate, con un effetto di frammentazione e di segmentazione del mercato del lavoro in contrasto con il principio di uguaglianza, essendo qui in gioco non già il potere datoriale di differenziare i trattamenti in base a proprie valutazioni, ove non discriminatorie, ma la posizione dei lavoratori di fronte alla legge, che non può sfuggire all'applicazione del principio secondo cui situazioni eguali vanno disciplinate in modo eguale, salvo giustificazioni ragionevoli delle differenze di trattamento. E tale è il caso in esame, in cui le diverse discipline sono destinate ad applicarsi simultaneamente, nell'ambito della stessa azienda, disciplinando in modo diverso rapporti lavorativi in tutto e per tutto identici e seriali, e/o fatti e situazioni giuridiche esattamente sovrapponibili e non dissimili (emblem-

tico il caso della differente disciplina applicabile ai lavoratori coinvolti in un medesimo licenziamento collettivo o per lo stesso motivo oggettivo). Va quindi più correttamente richiamato il principio, affermato dalla Corte Costituzionale in varie occasioni, secondo cui, in materia di licenziamento, “la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l’esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali ed in relazione ad esse può essere diversificato solo per giustificate ragioni” (così la sentenza n. 176/1986), rispetto al quale il potere di definire discipline per il futuro, in base alla data di stipula del contratto di lavoro, non può che recedere.

E dunque di cosa dubita il Giudice romano? Dubita, in modo motivato e corretto, dell’aderenza ai principi costituzionali di una disparità di trattamento che vede, in un punto cruciale dell’ordinamento lavoristico, riservare solo ad alcuni lavoratori una tutela inadeguata. Che, si potrebbe dire più banalmente, li divide in lavoratori di serie A e di serie B. Scrive il Giudice nella sua ordinanza: “la previsione di una indennità in misura così modesta, fissa e crescente solo in base alla anzianità di servizio non costituisce adeguato ristoro per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 e ingiustamente licenziati e viola il principio di uguaglianza. In altre parole, il regresso di tutela per come irragionevole e sproporzionato viola l’art. 3 Cost. differenziando fra vecchi e nuovi assunti, pertanto non soddisfa il test del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco imposto dal giudizio di ragionevolezza”. E queste considerazioni paiono assolutamente condivisibili, si potrebbe dire al limite dell’auto-evidenza, considerando l’enorme divario di tutela che il legislatore ha inteso istituire fra vecchi e nuovi contratti di lavoro, in base al dato estrinseco e senza fondamento oggettivo della data di stipulazione del contratto⁶.

Si potrebbe aggiungere che, anche a voler giustificare il regresso per i nuovi assunti in base all’esigenza di innescare un positivo *trend* occupazionale, per combattere il dato piuttosto sconcertante del mercato del lavoro soprattutto con riguardo alle fasce giovanili, questo pur apprezzabile intento non consentirebbe di obliterare completamente l’esistenza di una fonte costituzionale, qual è il diritto al lavoro ex art. 4 della Costituzione, che dà copertura costituzionale al principio, in sé e per sé inderogabile, di tutela del lavoratore

⁶ Cfr. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, op. cit.; SALAZAR, *Il diritto al lavoro*, cit.; su una posizione critica anche BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *LD*, 2015, 3, p. 51.

in caso di licenziamento. E quindi la discussione si sposterebbe, pure a voler giustificare la scelta operata dal legislatore nel 2015, sul piano della verifica del rispetto di tale onere. Con quale conclusione? La dottrina quasi all'unanimità ha rilevato l'inadeguatezza della nuova tutela indennitaria, considerando il regime di disciplina applicabile al lavoratore "comparabile", e quindi si potrebbe dedurre la violazione del principio di proporzionalità⁷. Conclusione, questa, che diverrebbe poi praticamente obbligata se la Corte dovesse rilevare la violazione delle Carte sovranazionali che possono essere invocate in materia di licenziamenti (art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, art. 24 della Carta Sociale Europea, Convenzione ILO n. 158/1982).

Pare qui opportuno sottolineare, su questo primo ma fondamentale profilo di costituzionalità, che nella sua giurisprudenza la Corte costituzionale ha sempre respinto la differenziazione di tutela in materia di licenziamento, con applicazione di tutele più deboli e recessive rispetto alla disciplina generale, quando la disparità di trattamento è stata fondata su elementi di carattere soggettivo.

Il punto di partenza della dottrina della Corte costituzionale in materia è la difesa della discrezionalità legislativa, che tuttavia non implica, come si potrebbe solo con enorme superficialità ritenere, che la disciplina dei licenziamenti cada in un'area di assoluta indifferenza per la Costituzione. Al contrario, bisogna ricordare che in quello che può considerarsi il *leading case* in materia di licenziamenti la Corte costituzionale ebbe modo di indicare al legislatore una direzione molto precisa, affermando l'auspicio (o monito) affinché "...il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro" (sentenza n. 45 del 1965). Come poi la Corte dirà ancora meglio in altra successiva sentenza, il diritto al lavoro ex art. 4 Cost. non può ritenersi un principio ornamentale della nostra Costituzione, visto che "la sua tutela è strettamente connessa all'attuazione del principio di uguaglianza" (sentenza n. 179/1986). È quindi criticabile sul piano assiologico, non per "partito preso" ma per corretta interpretazione della Costituzione, l'equi-ordinazione astrattamente teorizzata fra i distinti modelli rimediali di tipo repressivo-risarcitorio e ripristinatorio (equiparazione del resto respinta dal sistema delle obbligazioni civili, che privilegia

⁷ V. fra gli altri SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit.

l'adempimento specifico dell'obbligazione fatta salva l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c.)⁸. Il passaggio al regime meno favorevole, per quanto non impedito in termini assoluti stante la già richiamata discrezionalità legislativa, non è pertanto svincolato da un momento di rigoroso controllo di ragionevolezza o proporzionalità (da considerarsi sinonimi), controllo che può svolgersi, preferibilmente, in base ai principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità in senso stretto (*test di proporzionalità*), tanto più che nella fattispecie la normativa in materia di licenziamenti può dirsi a buon diritto attuativa di fondamentali principi costituzionali (artt. 4, 35, 36, 41, co. 2, Cost.)⁹. D'altra parte, anche il legislatore storico ha dato precise indicazioni a tal riguardo, orientandosi sempre a favore di sbocchi che implicano la salvaguardia della funzionalità del rapporto obbligatorio, in caso di licenziamento illegittimo. Lo dimostra, a ben vedere, la stessa formula utilizzata dalla l. 15 luglio 1966 n. 604, la quale, lungi dal prospettare un'assoluta ed apodittica fungibilità fra ripristino del rapporto lavorativo e indennità, esprime molto chiaramente, anche da un punto di vista letterale, la preferenza per la prima alternativa (tanto che l'indennità costituisce, in effetti, il contro-valore economico per il lavoratore della scelta datoriale di rifiutare la prestazione lavorativa più che la misura riparatoria del torto subito con il licenziamento)¹⁰.

Per queste ragioni il controllo di costituzionalità è sempre stato molto attento e rigoroso, ed è presumibile che lo sarà anche in questo caso, senza sposare tesi precostituite e verificando piuttosto attentamente, tenendo conto delle suesposte considerazioni, la giustificazione delle differenze di trattamento introdotte dal legislatore.

⁸ In termini v. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull'ordinamento costituzionale?*, in *GC*, 2015, p. 742; v. pure BARBIERI, *Il licenziamento ingiustificato irrogato per motivi economici* in CARINCI M.T., TURSI (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015, p. 110 ss.

⁹ Sul collegamento fra la reintegrazione e i principi costituzionali, in particolare l'art. 41 2° comma Costituzione, si veda D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1979, ora in *Opere*, I, Giuffrè, 2000.

¹⁰ Sulla l. n. 604/1966 v. recentemente le osservazioni di ZOPPOLI L., *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *VTDL*, 2016, 3, p. 415 ss.

3. *Le differenze di trattamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*

Se diamo uno sguardo (anche rapido) agli orientamenti sedimentati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, questi assunti risultano essere ancora più convincenti.

È bene innanzitutto ribadire che nella sua giurisprudenza, quando ha dovuto affrontare il problema delle differenze di trattamento, la Corte costituzionale ha mostrato grande prudenza e moderazione di giudizio e ha tenuto un atteggiamento talvolta *deferential*, vista la particolare rilevanza politica delle scelte adottate dal parlamento in materia.

È questo il caso, ad esempio, delle numerose decisioni della Corte in materia di definizione del campo di applicazione delle norme di tutela, in cui, già con la prima sentenza in *thema* (la sentenza n. 81/1969) sull'originario art. 11, l. n. 604/1966 (che fissava il limite di 35 dipendenti), si sancì saggiamente la ragionevolezza della relativa distinzione di trattamento fra lavoratori, essendo la risultante di una discrezionalità legittimamente esercitata in quanto fondata sul dato oggettivo della dimensione dell'impresa, criterio questo da ritenersi razionale e oggettivo. Il criterio dimensionale è stato poi, nella successiva giurisprudenza, più volte giudicato legittimo (su tali questioni e su quella relativa all'applicazione selettiva dello Statuto dei lavoratori, disposta dall'art. 35 l. n. 300, la Corte si è pronunciata con le sentenze n. 55/1974, n. 2/1986 e n. 44/1996, fra le altre). Confermando senza titubanze il proprio precedente in materia (sentenza n. 81/1969), la Corte in queste sentenze ha motivato la legittimità della disparità di trattamento, così realizzata, in considerazione del fondamento non irragionevole del criterio distintivo, da ritenersi giustificato in nome di plurimi fattori causali quali la diversa prospettiva dell'elemento fiduciario, l'opportunità di non gravare di costi eccessivi le piccole imprese, il tradizionale orientamento di *favor* della legislazione verso il mondo dell'artigianato e della piccola impresa, ed altro ancora. Come affermato da Corte cost. n. 55/1974, stante la concretezza e la razionalità delle giustificazioni, "la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini della non uniforme disciplina dei licenziamenti, sfugge a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa". Si nota qui, in effetti, un ben evidente *self restraint* della Corte costituzionale quando la differenza di regime è ancorata ad un dato oggettivo e verificabile, in base ad un giudizio di non arbitrarietà e non irragionevole-

lezza del criterio prescelto dal legislatore. Lo stesso orientamento la Corte affermerà anche quando dovrà giudicare le differenze di disciplina fra lavoratori dipendenti di un'impresa commerciale rispetto a quelli dipendenti da datori di lavoro non imprenditori e fra lavoratori di un'impresa agricola e di un'impresa commerciale (v. sentenze n. 152/1975 e n. 189/1975). Anche in questo caso le differenze oggettivamente valutate fra situazioni dissimili sono state alla base della giustificazione del diverso trattamento normativo¹¹.

Ma se in quest'ambito la Corte ha difeso – si potrebbe dire a spada tratta – la discrezionalità del legislatore nel disegnare il perimetro oggettivo della tutela, altro è stato l'orientamento della Corte costituzionale quando si è trovata a giudicare e valutare dispositivi legali suscettibili di realizzare differenze di trattamento basate su criteri e categorie meramente soggettivi.

Qui il controllo della giustificazione della disparità di trattamento si avverte essere più rigoroso e scrupoloso, con rinvii molto meno “aperti” alla discrezionalità legislativa, quando la Corte, assumendo come *tertium comparationis* il lavoratore destinatario della norma di applicazione generale, ha dovuto valutare la legittimità di differenziazioni riservate solo ad alcuni gruppi di lavoratori per le loro peculiari condizioni.

I casi sono molteplici e si possono ricordare qui, in modo sintetico, le sentenze (n. 174/1971 e n. 176/1986) riguardanti ancora l'art. 11 della l. n. 604/1966, nella parte in cui escludeva i lavoratori pensionati ed *over 65* dall'applicazione della normativa di tutela, dichiarato costituzionalmente illegittimo (quanto all'esclusione dei lavoratori ultrasessantacinquenni) proprio per l'arbitrarietà e irragionevolezza del criterio basato sull'età, dovendosi piuttosto affermare, secondo la Corte, il principio secondo cui “...seppure l'art. 4 della Costituzione non garantisce un'occupazione...ove sono previsti i casi, i tempi e i modi del licenziamento, la disciplina per essere conforme a Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali ed in relazione ad esso può essere differenziato solo per giustificate ragioni” (sentenza n. 176/1986).

Lo stesso rifiuto di disparità di trattamento fondate su criteri meramente soggettivi è stato affermato dalla Corte in altri casi, come ad esempio nel caso della legislazione riguardante gli apprendisti che, a vario titolo, erano stati esclusi dalla disciplina garantista e/o dal computo ai fini del raggiungi-

¹¹ Si veda il commento di RIVA SANSEVERINO, *Sulla rilevanza dell'impresa nel diritto del lavoro*, in *MGL*, 1975, p. 519 ss.

mento delle soglie dimensionali prescritte dalla legge (v. sentenze n. 14/1970, n. 169/1973, n. 181/1989). La chiave del ragionamento della Corte costituzionale è sempre la stessa e si fonda, esattamente, sull'assimilabilità del rapporto di apprendistato all'ordinario rapporto di lavoro.

Per questa giurisprudenza si vedano pure le sentenze della Corte costituzionale sul personale marittimo (v. ad es. le sentenze n. 96/1987 e n. 364/1991: il principio applicato dalla Corte è che "la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni e a quelli nautici impone l'uniformità delle discipline") e sul personale aeroportuale (sentenza n. 91/1991).

Si tratta di motivi di fondo costanti, che dimostrano la diffidenza ed anzi l'atteggiamento idiosincratico della Corte nei confronti di differenze di trattamento basate su requisiti di natura soggettiva e dunque arbitrari ed irragionevoli, che vengono in qualche misura messi in sordina soltanto in presenza di situazioni eccezionali che giustificano una maggiore flessibilità di questi principi, come nel caso di gravi situazioni economico-sociali. È il caso, ad esempio, della legislazione introdotta nel corso degli anni ottanta per combattere la disoccupazione giovanile (male atavico del paese!), che vide le Camere adottare misure straordinarie e temporanee che riguardarono in parte anche l'applicazione delle tutele in materia di licenziamento (situazione che potrebbe evocare alcune analogie con la recente manovra legislativa). Ebbene la Corte costituzionale, con la sentenza n. 181/1989, pur non sancendo l'illegittimità di queste misure straordinarie (si trattava dell'esclusione degli apprendisti dal computo numerico ai fini dell'applicazione della disciplina vincolistica, per incentivare l'assunzione dei giovani), ne sancì la "temporanea" costituzionalità, ovvero l'incostituzionalità di esse se protratte nel tempo, rilevando "...l'esigenza di non obliterare la correlazione fra la straordinarietà della situazione di fatto e la deroga a fondamentali strumenti di garanzia dei lavoratori"¹². In altri termini, per la Corte eventuali misure straordinarie che comportano una "sospensione" o una minor tutela dei diritti, per motivi giustificati e legittimi collegati a situazioni altrettanto straordinarie, dovrebbero avere necessariamente una durata limitata e temporanea, con la conse-

¹² In particolare, la Corte argomentò, puntualizzando il collegamento con i valori costituzionali della disciplina dei licenziamenti, che la situazione del mercato del lavoro "da un lato non può giustificare inerzie nella ricerca di altri strumenti che non incidano su tali valori, dall'altro non preclude una riconsiderazione della questione ove il sacrificio di questi si protragga troppo a lungo, pur in presenza di significative modificazioni della situazione considerata".

guenza che esse sono destinate a cessare, ristabilendosi la disciplina comune, quando cessano o si riducono nella loro gravità le condizioni (eccezionali o straordinarie) che ne costituivano la ragione giustificatrice (si veda in questi termini ad esempio Corte cost. n. 85/2013)¹³.

Questo orientamento potrebbe essere invocato per dedurre la legittimità della disparità di trattamento disposta dal decreto n. 23? In astratto sì, avendo la maggioranza politica giustificato la manovra legislativa con l'obiettivo di rivitalizzare il mercato del lavoro, obiettivo esposto espressamente anche nella legge delega, ma in concreto probabilmente no, considerando che il nuovo contratto a tutele crescenti è destinato, a regime, a diventare definitivo e anzi di applicazione generale. La disciplina in questione, rinviata all'esame della Corte costituzionale, ha in altri termini carattere permanente e non temporaneo per volontà esplicita del legislatore e in quanto tale non può dirsi collegata ad una situazione contingente, così da potersi evincere una "provvisoria costituzionalità". Resta poi da dire che, in ogni caso, non pare facile neppure dimostrare un effettivo riscontro positivo dell'impatto della nuova normativa sul mercato del lavoro, potendosi forse affermare il contrario alla luce dei dati reali¹⁴. Ma anche ad ammettere che la nuova disciplina superi il primo "stadio" del test di proporzionalità, ossia il riscontro dell'idoneità della disciplina a realizzare gli obiettivi e gli interessi pubblici attesi (verifica che si realizza sul piano dell'accertata adeguatezza degli strumenti

¹³ Pena altrimenti la illegittimità costituzionale delle norme contenenti tali misure, "se ingiustificatamente protratte nel tempo" (così SALAZAR, *Il diritto del lavoro*, cit.).

¹⁴ Secondo i dati Istat pubblicati a fine settembre e riferiti al mese di agosto 2017, il tasso di disoccupazione è diminuito, ma in realtà ci sono 45 mila dipendenti a termine in più, mentre i permanenti e gli indipendenti sono scesi rispettivamente di 2 mila e di 7 mila unità. Come scrive L'Avvenire nell'edizione del 1/10/2017 il rischio è che "si tratti di occupazione stagionale, legata al turismo e destinata a perdersi", mentre il dato riferito alle assunzioni a tempo indeterminato è sicuramente deludente. Sembra quindi condivisibile la diagnosi del giornale della CEI, secondo cui "dopo la spinta iniziale determinata dagli sgravi contributivi per i neoassunti, il Jobs Act ha perso slancio. Su base annua, i posti di lavoro a tempo determinato sono cresciuti di 350 mila unità (+ 14,3%) mentre i dipendenti permanenti hanno segnato un incremento di 0,4% (pari a 66 mila posti di lavoro). A crescere sono soprattutto gli occupati over50 (354mila in più). Un incremento che gli analisti attribuiscono all'allungamento dell'età pensionabile, per effetto delle riforme degli ultimi anni". Stando a questi dati, il Contratto a tutele crescenti registrerebbe un doppio fallimento: non solo non farebbe aumentare l'occupazione giovanile ma neppure quella a tempo indeterminato. E dire che proprio queste erano le promesse che la maggioranza di governo aveva formulato per giustificare la nuova (de)regolamentazione in tema di licenziamento.

prescelti dal legislatore), più problematico è sostenere che nella fattispecie il legislatore abbia rispettato il principio del “mezzo più mite”, ossia che la misura adottata per conseguire l’obiettivo occupazionale possa ritenersi la meno offensiva nei confronti degli interessi e dei diritti dei lavoratori, ascendenti a principi costituzionali (artt. 3 e 4 Costituzione). Bisogna ricordare che il giudizio di proporzionalità o ragionevolezza (per quanto dalla nostra Corte costituzionale non formalizzato, se non in qualche rara occasione) impone di verificare che il perseguimento dell’interesse pubblico o generale non sia dal legislatore attuato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione dei diritti o delle libertà in misura eccessiva e non proporzionata, in modo da risultare, nel bilanciamento fra gli opposti interessi e principi in gioco, non compatibile con il dettato costituzionale (Corte cost. n. 23/2015)¹⁵. Ed è questa, probabilmente, una conclusione inevitabile, considerando che l’incoraggiamento ad assumere con contratti di lavoro a tempo indeterminato è risultato, alla prova dei fatti, fallimentare, così da mettere in questione la stessa idoneità ed adeguatezza dell’intervento legislativo; che certamente altre possibilità, meno offensive nei confronti del diritto dei lavoratori ad una tutela effettiva e dissuasiva, potevano essere esplorate; che, infine, pare non giustificabile neppure la realizzazione di differenze di trattamento fra nuovi e vecchi assunti che vede così enormi divari di tutela, nell’ambito della stessa azienda o in presenza della medesima fattispecie, tanto da rendere queste misure obiettivamente sproporzionate.

4. *La Carta Sociale Europea, fonte interposta*

L’altra questione che il Giudice romano ha posto alla Corte costituzionale, altrettanto importante, è relativa alla violazione dell’art. 117, co. 1, Cost., censurando sotto altro profilo la manovra legislativa introdotta con il decreto n. 23/2015.

In particolare, l’ordinanza del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma dubita della conformità del regime di disciplina in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (e *a fortiori* per giusta causa e giustificato

¹⁵ Fra gli altri, per riflessioni al riguardo, v. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992; BIN, *Diritti ed argomenti*, Giuffrè, 1992; recentemente SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Riv. AIC*, 2017, p. 3.

motivo soggettivo) previsto dai nuovi dispositivi legali, ai principi affermati dalle Carte sovranazionali (comunitarie ed internazionali) e, per questa via, ritiene non manifestamente infondata la violazione dell'art. 117, co. 1, Cost. (che, com'è noto, vincola la potestà legislativa dello stato al rispetto “dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”).

Le disposizioni chiamate in causa dal Giudice nell'ordinanza *de quo* sono, esattamente, l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali della U.E., la Convenzione ILO n. 158/1982 e l'art. 24 della Carta Sociale Europea.

Fra queste diverse fonti di diritto, certamente la Carta Sociale Europea rappresenta, per la natura stessa della norma richiamata dal Giudice, la più incisiva e meno generica, così da poter essere adottata come parametro di costituzionalità della normativa in questione. L'art. 24 della Carta, infatti, non si limita ad enunciare principi vaghi (come nel caso della Carta dei diritti fondamentali, il cui art. 30 prescrive unicamente una tutela “adeguata” del lavoratore in caso di licenziamento o come nel caso della Convenzione ILO che richiama gli Stati a garantire la “appropriatezza” della riparazione) ma prevede in modo più specifico e preciso il principio di un *congruo indennizzo o altra adeguata riparazione* in caso di licenziamento ingiustificato del lavoratore.

La prossima pronuncia della Corte sul decreto n. 23 potrebbe essere dunque un'occasione anche per “scongelare” la Carta Sociale Europea, che non è mai stata utilizzata finora dalla Corte costituzionale come fonte interposta¹⁶. La Consulta non potrà evitare di pronunciarsi a tal riguardo, vista l'espressa denuncia del Tribunale romano di violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., e forse si orienterà sulla scia di quanto già affermato dalle sentenze “gemelle” n. 348 e 349 del 2007, relativamente alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a cui è stata riconosciuta, non senza tentennamenti, la natura di parametro di costituzionalità del diritto interno. In tali sentenze la Corte affermò che “il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme CEDU la cui funzione è dunque quella di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato”¹⁷.

¹⁶ Si vedano le considerazioni di RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2015, II, p. 550; v. pure PANZERA, *La “voce” del Comitato europeo dei diritti sociali*, in CARUSO, FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, 2015; GUIGLIA, *Le prospettive della Carta Sociale europea*, in *FQC*, www.forum-costituzionale.it.

¹⁷ Sulla portata “storica” delle due sentenze della Corte v. SPADARO, SALAZAR (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, 2009.

Lo stesso forse potrà dire a proposito della Carta Sociale Europea, anche se vi sono differenze qualitative fra la Carta e il sistema della Convenzione che potrebbero incidere negativamente su questa prospettiva.

Ma se la Carta entrerà finalmente nel perimetro del giudizio di costituzionalità come fonte interposta, sarà difficile sostenere che la misura sanzionatoria prevista dal d. lgs. n. 23/2015 è conforme all'art. 24 della Carta, ossia che dispone un *congruo indennizzo* o un' *adeguata riparazione*, tenendo conto della scelta operata dall'ordinamento a tutela dei lavoratori già occupati. E difatti, se in base al proprio discrezionale apprezzamento il legislatore ha ritenuto appropriata ed adeguata la sanzione prevista dall'art. 18, co 4 e 6, non si comprende come possa dirsi parimenti adeguata la misura prevista dall'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015, essendo le due disposizioni obiettivamente incomparabili. Si potrebbe invero richiamare, come elemento comparativo, l'art. 8 l. n. 604/1966: ma innanzitutto, come si è già accennato, in questo caso la norma prevede un modello di disciplina del tutto diverso, poiché introduce l'indennizzo a favore del lavoratore solo in caso di rifiuto del datore di ripristinare il rapporto di lavoro, piuttosto che quale misura sanzionatoria dell'illegittimo licenziamento, e in secondo luogo, è appena il caso di osservare che la comparazione va semmai effettuata fra situazioni omogenee, risolvendosi altrimenti in un banale *escamotage* dialettico, e dunque fra lavoratori già occupati a cui può applicarsi l'art. 18 dello statuto e lavoratori "nuovi assunti" a cui la medesima disciplina si applicherebbe qualora non fosse entrato in vigore il d. lgs. n. 23/2015.

Pertanto sembra inevitabile concludere che anche la valutazione di conformità a quanto disposto dalla Carta Sociale Europea, se operata correttamente, condurrebbe a una probabile affermazione d'incostituzionalità delle disposizioni di legge in questione.

5. Conclusioni

In conclusione è dunque possibile (forse probabile) che la Corte si pronunci sulla disparità di trattamento affermandone l'illegittimità costituzionale. Né sarebbero giustificate ulteriori dilazioni, attraverso sentenze-monito, per dare tempo al legislatore di rimeditare la disciplina e provvedere alla "riforma della riforma", non essendovi, nella fattispecie, alcun vuoto normativo all'orizzonte ma, semmai, l'applicazione della disciplina di carattere generale.

Volendo trarre qualche insegnamento da questa vicenda, forse uno degli aspetti meno indagati delle riforme introdotte dapprima con la legge n. 92/2012 e poi con il cd. *Jobs Act* è proprio il prodursi in modo sorprendente e apparentemente irrefrenabile di differenze di trattamento che implicano una rottura molto profonda con uno dei tradizionali principi del diritto del lavoro, già sotto molti aspetti stressato e disconosciuto, per cui i lavoratori sono posti su un piano di parità rispetto all'esercizio dei poteri dell'imprenditore regolati dalla legge. Rottura in effetti mai portata fino al punto (estremo) di consentire diverse discipline rimediale in materia di licenziamento in base al momento di assunzione (ma in realtà con l'obiettivo dichiarato di discriminare in base all'età anagrafica, creando un regime di quasi-libertà di licenziamento dei lavoratori più giovani) e di concepire che lavoratori che commettono la stessa infrazione, o che sono licenziati per lo stesso motivo oggettivo, o si trovano coinvolti nel medesimo licenziamento collettivo, siano destinatari di diverse e molto divergenti tutele (che, è bene ricordarlo, rendono profondamente diversi anche i rispettivi progetti di vita e le opportunità future). Alla luce di ciò si potrebbe dubitare, invero, che per il legislatore italiano l'uguaglianza dei trattamenti sia ancora un valore, nell'ambito della regolazione dei rapporti di lavoro.

Ma è forse tempo di fare un bilancio più attento della strategia legislativa che ha dominato incontrastata la scena negli ultimi due o tre decenni, fino ad arrivare ad esiti molto discutibili, e valutare realisticamente quali le conseguenze e i risultati delle politiche di deregolamentazione e frammentazione dei "codici" normativi portate avanti con ostinazione dalla classe di governo di mezza Europa, dato che apportare elementi sempre più spinti ed eccedenti di flessibilità, di particolarismo giuridico, di trattamenti diseguali, si riflette inevitabilmente sul piano distributivo, sulle disuguaglianze socio-economiche: questioni che non possiamo più ignorare, non tanto per un problema morale o per motivi ideologici, ma per la tenuta dello stesso sistema economico, della democrazia e dello stato di diritto. Come ha osservato, fra i tanti, Stiglitz nel suo fondamentale libro *The Price of Inequality* "le società caratterizzate da una diffusa disuguaglianza non funzionano... e le loro economie non sono né stabili né sostenibili nel lungo periodo"¹⁸. Dopo la crisi che ha scosso dalle fondamenta il "capitalismo suicida", come lo definisce Ulrick

¹⁸ STIGLITZ, *The Price of Inequality. How Today's Divided Society Endangers Our Future*, trad. it. *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, 2013.

Beck, e ha distrutto la *middle class*, innescando una tragica spirale recessiva, forse sarebbe il caso di cominciare a pensare che alcune idee e convinzioni che hanno dominato la scena negli ultimi “non gloriosi” trent’anni potrebbero oramai aver fatto il loro tempo. In questi mesi ricorre il decennale dello scoppio della “bolla speculativa” dei mutui *subprime* e studiosi indipendenti ci spiegano ora, in modo molto preciso, che in realtà la politica dei prestiti facili, dei mutui immobiliari per finanziare il consumo, così largamente diffusa, è servita in buona sostanza a compensare il crollo dei salari reali derivante dalle politiche di deregolamentazione. Come dire che il “sostegno” al lavoratore-consumatore ha controbilanciato la perdita della capacità di negoziazione del lavoratore-produttore¹⁹. I risultati di queste politiche sono ora sotto i nostri occhi. Motivo in più per ripensarne i dispositivi normativi, com’è certamente il contratto a tutele crescenti, il cui scopo essenziale, ad essere onesti, è proprio quello di rilanciare la competitività delle imprese comprimendo ulteriormente i salari e il potere contrattuale dei lavoratori, in nome, ancora, dell’economia politica *offertista*, accecata ed ossessionata dall’idea che dalla crisi si esca puntando tutto sul sostegno alle imprese (sul lato dell’offerta) e continuando a deprimere la domanda (che dipende in larga misura dal reddito disponibile della *middle class*, ossia dei lavoratori dipendenti e/o indipendenti)²⁰.

La Corte costituzionale non può evidentemente prendere posizione o interessarsi a queste problematiche, ma dalla sua decisione deriveranno forse riflessioni sulla oramai necessaria discontinuità con questi modelli di regolamentazione del mercato del lavoro.

¹⁹ Su questi temi si veda il volume a cura di GEISELBERGER, *La grande regressione*, Feltrinelli, 2017 e qui i saggi di FRASER, MISIK, STREECK ed altri.

²⁰ STIGLITZ, *The Price of Inequality*, cit., qui p. 357 ss. della traduzione italiana.

Key words

Contratto a tutele crescenti, giudizio di costituzionalità, principio di uguaglianza, Carta Sociale Europea.

Increasing protection contract, judgment of constitutionality, principle of equality, European Social Charter.

Supreme Court of Norway – 16 december 2016, HR-2016-2554, case n. 2014/2089, – Holship AS, The Norwegian Business Association (NBA), The Confederation of Norwegian Enterprise (CNE) versus The Norwegian Transport Workers' Union (NTF), The Norwegian Confederation of Trade Unions (LO)

Freedom of establishment (art. 31 EEA, art. 49 TFEU) – Restrictions – Collective agreement that contains a priority of engagement clause benefitting dockworkers employed by the Administration Office for dock work on unloading and loading operations – Justify – Protection worker's interests and quality of port services – ILO Convention 137 aimed to provide dockworkers with regular employment and a steady income – Boycott against a port user aimed at procuring acceptance of collective agreement – Unlawful.

Un'azione sindacale nella forma del boicottaggio finalizzata ad ottenere l'applicazione di un contratto collettivo contenente una clausola che obbliga le imprese che esercitano l'attività di movimentazione di merci nei porti norvegesi ad assumere con priorità lavoratori messi a disposizione dall'Autorità portuale nazionale costituisce una illegittima restrizione della libertà di stabilimento in forza dell'art. 31 EEA (art. 49 TFEU).

★ ★ ★

Antonella Durante*

Diritti sindacali e libertà di stabilimento nei mari del Nord

Sommario: 1. Il caso. 2. L'*opinion advisory* della Corte EFTA e il bilanciamento secondo la Corte Suprema norvegese. 3. Il ricorso del sindacato nella prospettiva dei diritti umani: in attesa di una nuova sentenza della Corte di Strasburgo in materia di libertà sindacale.

1. Il caso

Il tema del bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche nell'ordinamento UE è da tempo oggetto di un vivissimo dibattito giuridico e politico-sindacale alimentato dagli esiti cui è pervenuta la Corte di Giustizia nel noto *Laval quartet* e dalle conseguenze di questa giurisprudenza sugli ordinamenti nazionali¹.

In Norvegia – paese non appartenente all'UE ma aderente all'Area di libero scambio (EFTA) e allo Spazio economico europeo² – il bilanciamento “sbilanciato”³ a favore delle libertà economiche ha suscitato non poche preoccupazioni in merito alle conseguenze dell'adesione al mercato interno sul sistema nazionale di relazioni industriali e su quel *nordic social model* sempre più esposto all'erosione derivante dalla competizione transnazionale⁴.

* Dottore di ricerca in *Diritto del lavoro europeo e stagista presso Legal Department of The Norwegian Confederation of Trade Unions (Landsorganisasjonen i Norge)*.

¹ Cfr. le note sentenze *Laval C.* Giust. E 18.09.2007 C-341/05; *Viking C.* Giust. 11.12.2007 C-438/05; *Rüffert C.* Giust. 3.04.2008 C-346/06; *Commissione c. Lussemburgo C.* Giust. 19.06.2008 C-319/06; *Commissione c. Germania C.* Giust. 15.07.2010 C-271/08 sulle quali la letteratura è sconfinata ma si v. per tutti il volume monografico a cura di ANDREONI, VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea dopo le sentenze Viking, Laval, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009.

² La Norvegia è vincolata allo Spazio economico europeo (SEE) dall'Accordo di cooperazione economica (*EØS Avtalen*) ratificato con la legge “*om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om den Europeiske Økonomiske Samarbejdsområde*” n. 109/1992.

³ BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 55/2007.

⁴ GOETSCHY, *The Nordic Social Models facing the Europe*, ETUI, 1995; SCHILLER, ÅGOTNES (eds.), *The Future of the Nordic Model of Labour Relations*, Nordea, 1996; LASSANDARI, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 25/2005.

Ad attualizzare il dibattito interno è intervenuta la recente sentenza della Corte Suprema norvegese n. 2554 del 16 dicembre 2016⁵ preceduta dal “parere consultivo” della Corte EFTA⁶.

La Cassazione norvegese ha ritenuto illegittima l'azione collettiva (nella forma del boicottaggio) intrapresa dal sindacato nei confronti della società estera *Holship* finalizzata all'applicazione del contratto collettivo quadro che disciplina la movimentazione delle merci nei porti per contrasto con il diritto di stabilimento riconosciuto dal diritto europeo (art. 49 TFUE e art. 31 Accordo SEE).

La sentenza è stata subito letta in connessione con la politica di liberalizzazione dei servizi portuali perseguita dall'UE⁷ e in continuità con il recente orientamento della Corte di Giustizia in merito alla revisione delle condizioni di impiego nei porti di interesse generale ai sensi dell'art. 49 TFUE⁸ ed ha avuto, pertanto, una notevole risonanza mediatica perché considerata l'ennesima conferma della difficoltà di adattare le tutele del lavoro nell'ambito di un modello sociale europeo sempre più in crisi⁹. Inoltre la decisione ha suscitato una forte mobilitazione sindacale nel timore che possa contribuire a ridimensionare gli *standard* nazionali di tutela dei lavoratori portuali e comprimere l'autonomia collettiva determinando (anche) nell'ordinamento norvegese quel *vulnus* già prodottosi in altri Paesi europei ove la giurisprudenza europea ha indotto i governi nazionali a “conformare” le legislazioni interne, come è accaduto da ultimo nel recente caso che ha interessato la regolamentazione del lavoro portuale nell'ordinamento spagnolo¹⁰.

⁵ Høyesterett (d'ora in avanti HR) 2016-2554-P, case 2014/2089 visualizzabile a quanto consta solo in lingua norvegese sul sito giuridico www.lovdato.no.

⁶ EFTA Court's *advisory opinion* del 19.04.2016.

⁷ Cfr. la proposta di Regolamento approvata dal Parlamento europeo l'8 marzo 2016 che istituisce un quadro normativo per il libero accesso al mercato dei servizi portuali, COM [2013] 0296.

⁸ C. Giust. 11 dicembre 2014, C-576/13 *Commissione c. Spagna*. Per un commento DE LA ROSA, *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-574/13*, in *Trabajo y Derecho*, 2015, 4, pp. 91-93; RIBES MORENO, *La movimentazione delle merci nei porti in Spagna*, in questa rivista 3, 2015, p. 619 ss.

⁹ MOREAU (ed.), *Before and after the economic crisis. What implications for the European social model?* Cheltenham, Edward Elgar, 2011; JEPSEN, SERRANO, *The European social model: an exercise in deconstruction*, in *Journal of European Social Policy*, 15, 3, 2005, p. 231.

¹⁰ Oltre alla cd. *lex Laval* n. 228/2010 approvata in Svezia il riferimento è al Real Decreto Legislativo 12 maggio 2017 n. 8 con cui è stata modificata la disciplina delle prestazioni di servizi

La controversia – che come si vedrà è destinata a proseguire dinanzi alla Corte di Strasburgo con esiti tutt’altro che scontati – ha tratto origine dalla decisione del sindacato norvegese dei trasportatori (*Norsk Transportarbeiderforbund*) di intraprendere un’azione di boicottaggio allo scopo di indurre la società danese *Holship* a rispettare l’accordo collettivo quadro (*Rammeavtalen*) che disciplina le condizioni di ingaggio e i parametri economico-normativi da applicare ai lavoratori impegnati nelle operazioni di carico e scarico nei porti del mare nord¹¹.

L’accordo – sottoscritto per la prima volta nel 1976 al fine di dare attuazione alla Convenzione ILO n. 137 concernente la tutela dei lavoratori portuali¹² – persegue un duplice obiettivo: assicurare ai lavoratori portuali la stabilità dell’impiego e la continuità di un reddito minimo nonché adeguate condizioni di lavoro. A tal fine l’accordo prevede il diritto dei lavoratori iscritti nell’apposito *Registro dei lavoratori portuali* di essere ingaggiati *in via prioritaria* per eseguire le operazioni di carico e scarico nei porti norvegesi¹³.

L’accordo istituisce, inoltre, una *Autorità amministrativa pubblica* (*Administrasjonskontoret*) con diversi compiti tra cui fornire agli utilizzatori dei porti personale qualificato, assicurare la continuità dei servizi portuali ad un livello adeguato di sicurezza e vigilare in materia tariffaria. Infine è previsto l’obbligo (in funzione anti-*dumping*) a carico degli armatori e delle imprese che utilizzano i servizi portuali di retribuire *tutti* i lavoratori ingaggiati (sia in via prioritaria che in via aggiuntiva) secondo le tabelle salariali contenute nell’accordo.

La *Holship AS*, leader nell’area scandinava nell’ambito delle attività di

portuali dopo che la Spagna è stata condannata al pagamento di 3 milioni di euro per la tardiva attuazione della sentenza del dicembre 2014; cfr. C. Giust. 13 luglio 2017 C-388/16.

¹¹ Il *Rammeavtale om fastlønnsystem for fosse og laste arbeidere* (rinnovato da ultimo nel 2016) è stato sottoscritto dal sindacato confederale LO, dal sindacato di categoria NTF e dalle organizzazioni di rappresentanza dei datori di lavoro NHO e NHO *Logistikk & Transport* e copre i 13 maggiori porti norvegesi. Per un inquadramento generale del sistema di contrattazione collettiva nell’ordinamento scandinavo KRISTIANSEN (ed.), *Europe and the Nordic Collective Bargaining Model*, Norden, 2015.

¹² ILO *Convention 137/1973 concerning the Social Repercussions of New Methods of Cargo Handling in Docks* ratificata dalla Norvegia nel 1974. L’Accordo è stato sottoscritto ai sensi dell’art. 7 per cui “gli Stati devono rendere effettive le disposizioni della Convenzione mediante leggi nazionali o contrattazione collettiva”.

¹³ Ai sensi dell’art. 3 della Convenzione “*requires States to maintain a Register for dockworkers that shall have priority of engagement for dockwork. The purpose is to provide regular employment for dockworkers and a minimum income*”.

movimentazione delle merci destinate all'*export* via mare, intendeva invece impiegare per le operazioni nei porti norvegesi dipendenti propri (non iscritti dunque nel *Registro* portuale) retribuiti secondo i parametri definiti in un diverso contratto collettivo sottoscritto dalla casa madre danese.

All'azione di boicottaggio annunciata dal sindacato la *Holship* ha fatto ricorso all'Autorità giudiziaria per supposta violazione del diritto europeo della concorrenza¹⁴ e, in particolare, del diritto di stabilimento¹⁵ oltre che della legge nazionale che disciplina il *boikott* come strumento di azione collettiva¹⁶.

Il Tribunale di *Drammen* e la Corte di Appello di *Bogarting*¹⁷ hanno stabilito che l'azione sindacale fosse legittima in quanto esercitata nei limiti della legislazione nazionale e finalizzata ad ottenere l'applicazione di un contratto collettivo di attuazione di una Convenzione internazionale ratificata dallo Stato norvegese.

La *Holship* ha fatto ricorso in Cassazione.

Investita della vicenda la Corte Suprema norvegese – con un deciso *revirement* rispetto alla posizione assunta in precedenti casi analoghi¹⁸ ove, si è detto, aveva giocato un ruolo “quasi politico” nella lotta al *dumping* collegato alla mobilità transfrontaliera delle imprese¹⁹ – ha ritenuto l'azione collettiva una restrizione illegittima del diritto di stabilimento ed ha condannato il sindacato al risarcimento del danno.

¹⁴ Artt. 53 e 54 Accordo SEE corrispondenti agli artt. 101 e 102 TFUE.

¹⁵ Art. 31 Accordo SEE corrispondente all'art. 49 TFUE.

¹⁶ Si noti che nel sistema norvegese esiste una chiara distinzione tra diritto di sciopero e *lockout* da un lato e il *boikott* dall'altro; tali diritti sono regolamentati da fonti legislative diverse e rispettivamente dalla *Arbeidstvistloven* n. 9/2012 § 1 lett. f) e g) e dalla *Boikottloven* n. 1/1947 modificata nel 2015 ove il § 2 (ritenuto violato dalla società) recita “il boicottaggio è illegittimo a) quando ha uno scopo illegittimo oppure tale scopo non può essere perseguito senza comportare una violazione di legge (...); c) quando ha come diretta conseguenza la compromissione di interessi sociali oppure quando non esiste un ragionevole rapporto tra l'interesse che si intende difendere con il boicottaggio e i danni che esso provoca”. Entrambe le leggi sono disponibili sul sito giuridico www.lovdata.no. In letteratura EVJU, *The right to strike in Norwegian labour law*, in *Arbeidsrett*, 5, 2, 2008, p. 78 ss.

¹⁷ *Drammen Tingrett* 105906-2014 e *Bogarting Lagmannsrett* 76577-2014.

¹⁸ Cfr. HR-1997-334 caso *Sola Havn* e più di recente HR-2013-354 *Verftssaken* in seguito alla quale l'Autorità di sorveglianza EFTA (ESA) ha aperto una procedura formale contro la Norvegia per violazione delle normative europee relative al distacco dei lavoratori e alla libera prestazione di servizi.

¹⁹ ULSEØD, KINANDER, *Høyesterettskamp mot sosial dumping*, Minerva, 2014.

2. *L'opinion advisory della Corte EFTA e il bilanciamento secondo la Corte Suprema norvegese*

L'aspetto più controverso della vicenda ha riguardato la *natura* e lo *scopo* del contratto collettivo e, in particolare, del diritto di precedenza nell'ingaggio (*fortrinnsrett*) a favore dei lavoratori iscritti nel *Registro* gestito dall'*Autorità portuale* poiché l'azione sindacale era, appunto, finalizzata ad ottenerne l'applicazione da parte della Società estera esercente un'attività economica nell'ambito della libertà di stabilimento.

La Corte Suprema doveva verificare in sintesi se l'azione collettiva promossa dal sindacato rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 31 Accordo SEE (art. 49 TFUE); se tale disposizione conferisse all'impresa diritti opponibili al sindacato e, infine, se l'azione collettiva costituisse una restrizione alla libertà di stabilimento e in quale misura, eventualmente, tale restrizione fosse giustificata.

La Corte EFTA, chiamata dai giudici norvegesi a fornire un parere consultivo, ha ritenuto l'azione sindacale finalizzata ad ottenere l'applicazione di un contratto collettivo che impone alle imprese di movimentazione delle merci di utilizzare *in via prioritaria* i lavoratori iscritti nei *Registri* istituiti presso ciascun porto una restrizione illegittima del diritto di stabilimento poiché la clausola di prelazione contiene una disciplina protettiva che esula dalla mera tutela delle "condizioni di lavoro e salariali" di *tutti* i lavoratori ponendosi in contrasto con i principi sul funzionamento del mercato interno²⁰. La clausola, sebbene espressione del diritto-dovere dello Stato (derivante dall'obbligo di dare attuazione alla Convenzione ILO) di determinare il punto di equilibrio tra libertà di concorrenza e tutela del lavoro, non costituisce una ragione di interesse pubblico generale idonea a giustificare una restrizione delle libertà economiche²¹. Anzi il boicottaggio, nell'interpretazione della Corte EFTA, avrebbe ingiustamente penalizzato altri lavoratori (tra i quali i dipendenti della *Holship*) il cui ingaggio era subordinato, secondo i parametri del contratto collettivo, alla necessità di manodopera aggiuntiva e alla preventiva autorizzazione amministrativa²².

²⁰ Corte EFTA 2002 *case E-8/00 Landsorganisasjonen i Norge v. Norsk Kommuneforbund* e analogamente Corte EFTA 2008 *case T-217/03 Federation National de la Coop Betail et Viande v. Commission Européenne*.

²¹ EFTA Court's *advisory opinion* punti 48 e 49.

²² Invero, come emerge dalle note sindacali, sul punto era in corso una negoziazione fi-

Peraltro, proprio per il suo potere di autorizzare l'assunzione diretta di lavoratori da parte delle imprese che intendono utilizzare i servizi portuali, l'Autorità portuale è stata considerata un ente con "finalità commerciali"²³ in cui la presenza dei rappresentanti sindacali²⁴ non è sufficiente, di per sé, ad escludere la configurabilità della sua attività in termini di "impresa" ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza²⁵. Secondo la Corte EFTA esisterebbe una sorta di interesse comune tra il sindacato e l'Autorità portuale consistente nel salvaguardare prioritariamente l'occupazione dei lavoratori registrati e ciò conferirebbe all'Autorità una "posizione dominante" in grado di impedire o alterare l'esercizio della libera concorrenza²⁶.

La Cassazione norvegese, sebbene con un forte contrasto interno²⁷, ha stabilito che "non c'erano ragioni sufficienti per modificare il parere EFTA" ed ha dichiarato illegittima l'azione sindacale, recuperando il principio di equivalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà economiche²⁸. La Cassazione ha affermato, infatti, che "*the result of balancing should not depend on which set of rules one take as a starting point*"²⁹, mostrandosi non immune a quel sostrato ideologico e funzionale alla luce del quale la giurisprudenza europea ha sinora effettuato un bilanciamento "libero" tra la dimensione economica e quella sociale, non orientato da vincoli costituzionali ed affidato ad un "indeterminato" parametro di proporzionalità non sufficiente a salvare le normative protettive nazionali da un giudizio di incompatibilità con i principi del mercato unico. Sebbene non si intenda affermare la im-

nalizzata appunto ad integrare la manodopera disponibile nel porto norvegese con quella alle dirette dipendenze della *Holship*.

²³ EFTA Court's *advisory opinion* punto 71 "*by reason of the business objective and the detriment to other workers, the framework agreement cannot be exempted from EEA competition rules*".

²⁴ L'Autorità è composta da 3 rappresentanti dei lavoratori e da 3 rappresentanti dei datori di lavoro per ciascuno dei 13 principali porti coperti dall'Accordo.

²⁵ Art. 54 Accordo SEE corrispondente all'art. 102 TFUE. La Corte EFTA ha ripreso il concetto di impresa espresso dalla Corte di Giustizia già nel caso *Höfner c. Macrotron* C-41/90.

²⁶ HR 2554-2016 punti 78, 81, 84 e 85.

²⁷ La sentenza è stata emanata con 10 voti a favore e 7 voti contrari denunciando una spaccatura piuttosto netta rispetto ai canoni interpretativi adottati.

²⁸ CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2011, p. 223; DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 98/2012.

²⁹ HR-2016-2554 punto 86.

permeabilità delle normative nazionali (e/o delle prassi sindacali) rispetto ai principi di funzionamento del mercato interno, resta comunque da chiedersi se i giudici non abbiano avuto un'altra occasione per ribaltare i tradizionali termini del bilanciamento e se la libertà di stabilimento avrebbe potuto esercitarsi (ed essere interpretata) in modo da garantire uno *standard* di tutela dei diritti sindacali il più alto possibile tenendo conto del sistema integrato delle fonti.

3. *Il ricorso del sindacato nella prospettiva dei diritti umani: in attesa di una nuova sentenza della Corte di Strasburgo in materia di libertà sindacale*

Lo scorso giugno è stato presentato dal sindacato norvegese (LO) un ricorso alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo per violazione dell'art. 11 CEDU sotto la cui egida protettiva ricadono i diritti di contrattazione e di sciopero che, in quanto elementi costitutivi delle "società democratiche", dovrebbero incontrare i soli limiti di cui al comma 2 dello stesso articolo³⁰.

Il ricorso alla Corte di Strasburgo si fonda giuridicamente sull'assunto che il sistema nazionale di regolamentazione del lavoro di movimentazione delle merci nelle aree portuali è conforme alla Convenzione ILO 137, unica e specifica norma internazionale in materia. Le finalità del contratto collettivo sono quelle di tutelare gli interessi dei lavoratori portuali e di sottrarli proprio alla libera concorrenza di mercato che li esporrebbe al rischio di instabilità di lavoro e reddito. E ciò in attuazione della Convenzione approvata "*because dock work has traditionally been a casualised industry with dockworkers engaged for the day or the shift without certainty of a daily income*" e cioè per assicurare un livello "rafforzato" di protezione ai lavoratori di questo settore.

Considerare tale scopo in contrasto con le libertà economiche sancite dai Trattati significa non solo non riconoscere la finalità propria della contrattazione collettiva intrinsecamente orientata a "condizionare" gli interessi economici ma anche non tenere in giusta considerazione gli *standard* internazionali dei diritti e l'"effetto utile" delle Convenzioni che, utilizzato in

³⁰ C. Eur. Dir. Uomo 10 gennaio 2002 *Unison c. Royaume Uni*; 27 giugno 2002 *Fédération des syndicats de travailleurs offshore c. Norvège*; 27 marzo 2007 *Karaçay c. Turchia*; 21 aprile 2009 *Enrji Yapi c. Turchia*. Per una disamina della giurisprudenza di Strasburgo BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in RIDL, II, 2009, p. 975 ss.

chiave interpretativa, dovrebbe comportare che ogni disposizione debba essere letta in modo da raggiungere efficacemente il proprio scopo principale.

In altri termini se è vero che la politica di occupazione perseguita nei porti scandinavi può comportare dei *limiti* alla libertà di stabilimento è altrettanto vero che essi risultano *ragionevoli* sia in un'ottica di tutela dei diritti dei lavoratori sia per l'intento di garantire la sicurezza dei porti attraverso una formazione professionale delegata all'Autorità pubblica. Le eventuali limitazioni alla libertà di stabilimento sarebbero state, perciò, proporzionate e non discriminatorie (non basandosi sulla nazionalità né dei lavoratori né delle imprese di movimentazione) e la lotta sindacale sarebbe stata esercitata in modo funzionale alla difesa degli interessi dei lavoratori, in linea con l'interpretazione che dei diritti sindacali deriva dalla Corte EDU³¹.

La stessa Cassazione, peraltro, non aveva tralasciato di menzionare la libertà sindacale – ed i suoi principali corollari rappresentati dalla contrattazione collettiva e dallo sciopero – come diritto fondamentale sia nell'ambito dell'ordinamento europeo che nel sistema giuridico convenzionale-internazionale, finendo però con l'equipararla alle libertà economiche sancite nei Trattati³². Così disponendo la Corte norvegese, supportata dal giudizio della Corte EFTA, sembra recuperare appieno lo schema seguito dalla giurisprudenza europea per cui dal *riconoscimento* dei diritti sindacali non consegue una loro *affermazione* rispetto alle libertà economiche. Ancora una volta la “parità di trattamento giuridico” riservata *a priori* alle due categorie di diritti (sociali ed economici) ha condotto ad una sostanziale asimmetria di tutela confermando che il problema dei diritti sociali ad azione collettiva consiste nel rilievo assiologico-sostanziale e non nella ricognizione astratta che ne viene fatta³³. Il test di idoneità e proporzionalità applicato alla luce del principio di equivalenza gerarchica finisce col degradare i diritti sociali di natura sindacale da diritti fondamentali *in sé* a diritti *condizionati* dalla *compatibilità* con le libertà di mercato, dimenticando che contrattazione e conflitto sono “diritti per la produzione di altri diritti”³⁴.

³¹ DORSSEMONT, *The right to take collective action under article 11 ECHR*, in DORSSEMONT, LÖRCHER, SCHÖMANN (eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford-Portland, 2013.

³² HR-2554-2016 punto 85.

³³ FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”* 78/2010, p. 27.

³⁴ SYRPIS, NOVITZ, *Economic and social rights in conflict: political and judicial approaches to their*

Nella giurisprudenza europea il linguaggio dei diritti non è univoco e se il grado di tutela dipende dal modo con cui viene declinato il principio di proporzionalità ciò conferma che ai diritti fondamentali è attribuito uno statuto giuridico diverso a seconda della loro natura. In altri termini se da un lato i diritti civili o alcuni diritti sociali a titolarità individuale sono usciti rafforzati dal circuito *multilevel* di protezione³⁵, dall'altro deve esprimersi una "seria preoccupazione" – come con mancano di fare gli organi di controllo internazionali³⁶ – per la sorte dei diritti sindacali esposti alle dure limitazioni della Corte di Giustizia che talvolta neppure la Corte EDU smentisce del tutto³⁷.

Invero i giudici nazionali avrebbero potuto assumere una visione più "concreta ed effettiva" dei diritti sindacali³⁸ ed effettuare un *balance* meno "teorico" se avessero utilizzato la tecnica di interpretazione integrata delle fonti internazionali ed europee³⁹ atteso che nel sistema giuridico norvegese di tutela dei diritti fondamentali la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e le Convenzioni ILO hanno assunto una forza normativa infra-costituzionale dopo l'approvazione di una legge tesa proprio a "rafforzare i diritti umani nell'ordinamento interno" e a sostenere i giudici nell'interpretazione del diritto nazionale in maniera conforme non solo ai principi del diritto europeo ma anche dei diritti umani⁴⁰.

reconciliation, in *ELR*, 2, 2008, pp. 411-412; BAVARO, *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di Giustizia: a proposito di geo-diritto del lavoro, meta-diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, 2009, p. 187.

³⁵ Cfr. *ex multis* C. Giust. 14.10.2004 C-36/02 *Omega*; C. Giust. 14.02.2008 C-244/06 *Dynamic Medien*; C. Giust. 12.06.2003 C-112/00 *Schmidberger*.

³⁶ Cfr. la decisione del Comitato europeo sui diritti sociali del 3.07.2013 su ricorso n. 85/2012 *LO Sweden v. Sweden*; e il *Report of the Committee of Expert on the Application of Conventions and Recommendation*, II, 2013, p. 176.

³⁷ Cfr. C. Eur. Dir. Uomo 8 aprile 2014 *National Trade Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume Uni* nella quale il divieto posto agli scioperi di solidarietà dalla legislazione britannica è stato considerato compatibile con l'art. 11 CEDU nonostante la stessa legislazione fosse stata censurata più volte dall'OIL.

³⁸ STEIN, *Boikott, EØS-rett og Grunnlov. Holship HR-2016-2554-P*, in *Nytt i privatretten*, 1, 2017, pp. 1-3.

³⁹ C. Eur. Dir. Uomo 12 novembre 2008 *Demir and Baykara c. Turkey* punti 66-67. In letteratura RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 1, 2010.

⁴⁰ *Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (Menneskerettsloven)* 21 maggio 1999 n. 30.

Evidentemente il monopolio interpretativo che la Corte EFTA (specchio della Corte di Giustizia) ha esercitato è stato dirimente rispetto all'operatività del sistema integrato di tutela.

Non resta, dunque, che aspettare la sentenza della Corte di Strasburgo che come “un alchimista della libertà sindacale”⁴¹ potrebbe, in caso di accoglimento del ricorso, aggiungere un altro significativo tassello a quel “*justice-oriented approach that takes Convention rights and not economic freedom as the starting point*”.

⁴¹ NICOLAS, *La Cour européenne des droits de l'homme: alchimiste de la liberté syndicale*, in *RDT*, 2009, p. 288.

Key words

Lavoratori portuali, assunzione di personale, contratto collettivo, boicottaggio, libertà di stabilimento, restrizioni.

Dockworkers, staffing, collective agreement, boycott, freedom of establishment, restrictions.

Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, sentenza 14 marzo 2017, C-157/15 – Pres. Lenaerts- Achbita et Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (avv.ti Bayart e Bosmans) v. G4S Secure Solutions NV (avv.ti Raets e Verhelst)

Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento – Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali – Regolamento interno di un'impresa che vieta ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro segni visibili di natura politica, filosofica o religiosa – Discriminazione diretta – Insussistenza – Discriminazione indiretta – Divieto posto ad una dipendente di indossare il velo islamico.

L'art. 2, par. 2, lettera a) della Direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che il divieto, imposto da un'impresa privata tramite regolamento aziendale, di indossare un velo islamico sul luogo di lavoro non costituisce discriminazione diretta.

Può, tuttavia, costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, par. 2, lettera b) della presente Direttiva, qualora venga dimostrato che l'obbligo comporti un particolare svantaggio per determinate persone, a meno che, detto obbligo, non sia oggettivamente giustificato da una finalità legittima, come una politica di neutralità aziendale perseguita dal datore di lavoro.

Corte di Giustizia Europea, Grande Sezione, sentenza 14 marzo 2017, C-188/15 – Pres. Lenaerts- Bougnaoui et Association de défense des droits de l'homme (ADDH) (avv. Waquet) v. Micropole SA (avv. Cèlice)

Rinvio pregiudiziale – Politica sociale - Direttiva 2000/78/CE – Pa-

rità di trattamento – Discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali – Requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa – Nozione – Desiderio di un cliente che le prestazioni non vengano assicurate da una dipendente che indossa un velo islamico.

L'art. 4, par. 1, della Direttiva 2000/78/CE deve essere interpretato nel senso che la volontà del datore di lavoro di tenere conto del desiderio particolare di un cliente di non essere a contatto con una dipendente che indossa il velo islamico, non costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

★ ★ ★

Gemma Pacella

Velo islamico della lavoratrice e *corporate image*: Corte Europea e bilanciamento degli interessi

Sommario: 1. Le pronunce della Corte. 2. La *corporate image*. 3. Il contenuto relazionale della prestazione di lavoro. 4. Conclusione.

1. *Le pronunce della Corte*

Il 15 marzo 2017 la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata sulle domande di rinvio pregiudiziale¹ poste dalla Hof van Cassatie belga (C-157/15, *Achbita*) e dalla Cour de Cassation francese (C-188/15, *Boungaoui*). La questione, per la prima volta discussa in sede europea², è se un datore di lavoro privato possa vietare ad una dipendente di indossare un velo islamico sul luogo di lavoro e se questi possa licenziarla qualora ella si rifiuti di toglierlo³, ma oggetto della domanda è la corretta interpretazione degli artt. 2 e 4 della Direttiva 2000/78 antidiscriminatoria⁴, in materia di occupazione e condizioni di lavoro⁵.

¹ Cfr. LICASTRO, *Il dubbio di una velata discriminazione: il diritto di indossare l'hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resi dall'Avvocato generale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, n. 29, in www.statoechiese.it; ICHINO, *Quali obblighi ha il lavoratore riguardo il proprio abbigliamento*, in www.pietroichino.it; PERUZZI, *Il prezzo del velo: ragioni di mercato, discriminazione religiosa e quantificazione del danno non patrimoniale*, in *RIDL*, 2016, IV, p. 827 ss.

² La dottrina italiana ha segnalato l'assenza di "una specifica elaborazione concettuale della Corte di Giustizia europea" in merito alla discriminazione dei lavoratori e delle lavoratrici a causa della religione, cfr. SANTAGATA, *Discriminazione nel luogo di lavoro e «fattore religioso»: l'esperienza tedesca*, in *RIDL*, 2011, II, p. 353 ss.

³ Per una ricostruzione dei fatti in commento, COSIO, *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà di impresa*, in www.europeanrights.eu; POSO, *Religione e pregiudizio. La Corte di Giustizia e la discriminazione per il velo islamico indossato nei luoghi di lavoro tra libertà religiosa dei lavoratori e libertà di impresa*, in *Labor*, marzo 2017.

⁴ Una dottrina ha riflettuto sull'impatto che questa giurisprudenza ha sulla politica antidiscriminatoria dell'Unione Europea: "The judgement in *Achbita* leaves no doubt as regards the restraint of the Court amidst the current political climate in Europe. From timidity and hesitations regarding future innovations in non-discrimination doctrine, the Court's decision

La Corte, innanzitutto, offre un'interpretazione dell'art. 2 sul concetto di discriminazione diretta e indiretta⁶: argomenta nel senso che il divieto posto dall'azienda coinvolge tutti i segni religiosi visibili, politici o filosofici e, pertanto, non realizza una discriminazione diretta⁷, configurabile quando una persona è trattata meno favorevolmente di un'altra in una posizione analoga⁸. Si consideri, peraltro, che l'azienda aveva provveduto ad inserire nel regolamento interno il divieto, esteso naturalmente ad ogni dipendente, di indossare segni filosofici, politici o religiosi visibili sul luogo di lavoro⁹.

Eppure, la Corte valuta l'ipotesi che lo stesso divieto rappresenti una potenziale discriminazione indiretta, configurabile quando una disposizione, un criterio o una procedura apparentemente neutri mettano in una posizione di particolare svantaggio persone di un determinato gruppo (il c.d. *disparate impact*)¹⁰, a meno che non sia accertata la sussistenza di un requisito che funga da scriminante, ripulendo l'atto discriminatorio della sua anti-giuridicità.

I passaggi successivi della nota sono dedicati alla ricerca del fattore che, ai sensi dell'art. 4, par. 1, della Direttiva 2000/78, giustifichi il trattamento svantaggioso. Deve trattarsi, nella norma richiamata dalla Corte, di un requisito essenziale, determinante ai fini dello svolgimento dell'attività di lavoro, tenuto conto della natura della stessa e del suo contesto.

Una precisazione importante dei giudici europei è che non sarà la religione, ma la circostanza di aver indossato il velo¹¹, come caratteristica della

in *Achbita* brings the equality battle to a new level of resignation”, XENEDIS, *Shaking the normative foundations of eu equality law: evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales*, in *EUI Departement of Law Research Paper* n. 2017/4, p. 19.

⁵ CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *RIDL*, 2002, I, p. 75 ss.

⁶ A proposito della Direttiva 2000/78, la stessa Corte di Giustizia ha stabilito che: «si evince in particolare dall'art. 2, paragrafo 1, [...] il principio di parità di trattamento si applica in funzione dei motivi elencati tassativamente al suo articolo 1», C-406/15, *Petya Milkova*; C-395/15, *Mohamed Daouidi*.

⁷ Come una dottrina francese: “à la fois traditionnelle et innovante, la Cour distingue l'intolérance spéciale de celle générale”, PAGNERRE, [*Liberté de*] *Religion vs [Liberté d'] Entreprise*, in *Droit social*, maggio 2017, n. 5, p. 450 ss. e qui p. 454.

⁸ Per un approfondimento sulle modalità di applicazione dei divieti di discriminazione diretta e indiretta si veda, COSIO, *L'uso del velo islamico nei posti di lavoro. Il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà di impresa*, in www.europeanrights.eu.

⁹ *Achbita* par. 15.

¹⁰ Art. 2, par. 2, lett. b della Direttiva 2000/78.

¹¹ “La sig.ra Achbita non è stata licenziata per la sua fede musulmana, ma per il fatto che

religione, a costituire il requisito per giustificare il licenziamento. Non si tratta di comprimere la libertà a *professare* una religione, ma dell'ipotesi di restringere la libertà di *manifestare* una religione in un particolare contesto lavorativo¹².

2. La corporate image

La questione pare essere la seguente: i poteri datoriali possono estendersi fino a stabilire cosa debba indossare una lavoratrice¹³ e, dunque, può l'abbigliamento di una dipendente giustificare l'applicazione della sanzione estrema?

La medesima questione è stata letta in chiave giuslavoristica¹⁴ sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza italiane¹⁵. Un valido fondamento per con-

essa seguitava a volerla manifestare, in maniera visibile, durante l'orario di lavoro, indossando il velo islamico", *Achbita*, § 18.

¹² Riguardo alla Direttiva 2000/78 "occorre interpretare la nozione di religione di cui all'art. 1 di tale direttiva nel senso che essa comprende sia il *forum internum*, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il *forum externum*, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa", così NUZZO, *La Corte di Giustizia e il velo islamico*, in *RIDL*, 2017, II, p. 418 ss. e qui pag. 424.

¹³ Uno dei contributi più importanti in tema di abbigliamento sul luogo di lavoro è di KLARE, *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, in *DLRI*, 1994, III, p. 571 ss.

¹⁴ Il problema dell'abbigliamento, come simbolo religioso, si ritrova nella dottrina di diritto ecclesiastico, costituzionale e civile: cfr. CAROBENE, *I nuovi percorsi della laicità, il pluralismo religioso ed il difficile equilibrio con la religione islamica*, in *Dir. famiglia*, fasc. 2, 2006, p. 840 ss., in cui viene ricostruita la vicenda di tre studentesse islamiche che, nel 1989, furono sospese dal preside della loro scuola perché indossavano il velo islamico. Per un'analisi giuslavorista: NUZZO, *Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l'interesse datoriale al profitto*, W.P. CSDL Massimo D'Antona, 324/2017; CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro: art. 2104*, in BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile: Commentario*, Giuffrè, 2007, p. 375: "quelle ipotesi nelle quali una certa foggia di vestiario o una specifica divisa sono imposte a tutti i dipendenti [...] è duplice: da un lato si vuole garantire una certa cura dell'aspetto fisico del dipendente, dall'altro lato si vuole dare alla clientela un segnale di appartenenza, promuovendo l'immagine della società".

¹⁵ Trib. Latina 19 settembre 1989, in *RIDL*, 1990, II, con nota di POSO, p. 248 ss; Pret. Roma, 3 dicembre 1998, in *RGL*, 1999, II, con nota di VALENTE, p. 619 ss; T. Monza, 19 giugno 2001, in *RIDL*, 2002, II, con nota di ICHINO e PERA, p. 658 ss.; Pret. Milano, 12 gennaio 1995, in *Giust. Civ.*, 1995, I, con nota di PERA, p. 2267 ss.; Cass. 21 dicembre 1991, n. 13829, in *Giust. Civ.*, I, con nota di PIZZOFERRATO, p. 3083 ss; Pret. Milano, 13 luglio 1987, in *Giur. cost.*, 1987, con nota di CERRI, p. 149 ss.

figurare un obbligo contrattuale di indossare o meno un tipo di abbigliamento si rintraccia nella dottrina di Luigi Mengoni in tema di obbligazioni di prestazione e di obbligazioni di correttezza¹⁶.

Nel caso *Achbita*, la lavoratrice svolge mansioni di *receptionist*, ossia a contatto con la clientela. Dunque, la circostanza per cui la dipendente si sia rifiutata di togliere il velo sul luogo di lavoro non è del tutto estranea all'obbligazione di prestazione di ricevere e occuparsi della clientela, dato che l'esercizio di quest'ultima può certamente essere pregiudicato da un particolare abbigliamento. La natura delle mansioni condiziona l'uso di un *dress code* in azienda: "quando il contenuto primario del rapporto obbligatorio è diretto precipuamente alla cura della persona o di una cosa del creditore, l'interesse di protezione non acquista un rilievo autonomo, [...bensì...] si identifica con l'interesse all'(esatto) adempimento"¹⁷.

Bisogna, pertanto, chiarire dove sia rintracciabile la cura della persona o di una cosa del creditore, tale per cui l'obbligazione di correttezza (il divieto di indossare il velo islamico) integri l'obbligazione di prestazione (le mansioni di *receptionist*) e ne condizioni l'oggetto. La Corte segnala la probabile presenza di questo elemento nella c.d. *corporate image*, la reputazione aziendale decisa unilateralmente, nell'esercizio della libertà di impresa, come fattore dell'organizzazione di essa¹⁸. Anche l'imposizione del *dress code*, che trova il suo fondamento nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁹, risulta compreso tra i poteri datoriali, poiché funzionale all'immagine dell'azienda, cioè ad organizzarla²⁰: "il lavoratore non si obbliga semplice-

¹⁶ MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in Aa.Vv., *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, 1965, p. 472 ss.

¹⁷ *Ivi*, pp. 371-372.

¹⁸ Come dimostrano alcune vicende americane riguardo il licenziamento di dipendenti/e per via del loro *hairstyle*, dal c.d. *corn-row* (le trecce degli afroamericani) ai *dreadlocks*: secondo la parte datoriale il loro *look* perturba l'immagine dell'impresa. U.S. District Court of the Southern District of New York - 527 F. Supp. 229, n. 81 Civ. 4474, *Roger vs American Airlines*, 1 dicembre 1981; U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, n. 09-3082, *Lord Osunfarian Xodus vs Wackenhut Corporation*, 27 agosto 2010. Oltre le vicende giudiziarie, l'Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) americana ha stilato un *Report* in tema di simboli religiosi e cura del proprio aspetto nei luoghi di lavoro, in <https://www.eeoc.gov/laws/types/-religion.cfm>.

¹⁹ "È riconosciuta la libertà d'impresa conformemente al diritto comunitario e alla legislazione e prassi nazionali".

²⁰ Cfr. RANIERI, *L'abbigliamento nei luoghi di lavoro: dalla tuta blu al velo usa e getta*, W.P. CSDLE Massimo D'Antona, 100/2010.

mente a prestare la propria attività di lavoro in determinate mansioni, ma si obbliga a svolgere tali mansioni in vista dello scopo dell'organizzazione creata dal datore di lavoro"²¹.

L'ipotesi è che l'immagine aziendale sia ricompresa tra gli interessi tutelabili della parte datoriale²², tanto da poter sacrificare l'autodeterminazione nel vestiario dei lavoratori e delle lavoratrici. La Corte EDU, in un caso analogo²³, dichiarò illegittimo il divieto impartito ad una *hostess* di indossare un crocefisso sul luogo di lavoro, motivando la decisione sulla base dell'incoerenza della disposizione aziendale, dato che non era stato vietato di indossare simboli di altre religioni²⁴.

Invece, nei presenti casi, il divieto aziendale riguarda i simboli di tutte le religioni o ideologie; sembrerebbe, perciò, idoneo a perseguire la finalità di promuovere un'immagine neutra dell'impresa²⁵, ma a patto che si tenga conto del particolare contenuto della prestazione di lavoro.

3. Il contenuto relazionale della prestazione di lavoro

Nel caso *Bouagnaoui*, la Corte precisa, infatti, che il requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa, che esclude la discriminazione, non può consistere in un requisito meramente soggettivo, quali i desideri particolari dell'utenza²⁶.

²¹ MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in *R. Soc.*, 1965, qui pp. 685-686.

²² A proposito della volontà della parte datoriale di imporre un codice di abbigliamento ritiene che una tale volontà è legittima, ma non ancora una base giuridica per imporre un divieto di espressione da parte del datore di lavoro, BUSCHMANN, *Islamisches Kopftuch am Arbeitsplatz*, in *Arbeit und Recht*, 2017, vol. 4, p. 179 ss. e qui p. 180.

²³ CEDU, IV Sez., 15 gennaio 2013, *Eweida vs UK*.

²⁴ BERTINI, *Il caso Eweida e altri c. Regno Unito: una vittoria della dottrina del margine di apprezzamento*, in *Quad. Cost.*, 2013, II, p. 465 ss.

²⁵ DIGENNARO, *La «Neutralizzazione» della persona che lavora dietro il velo del principio di neutralità*, in *RGL*, 2016, III, p. 287 ss.

²⁶ Una dottrina tedesca ha sottolineato che: in *Bouagnaoui* l'impresa ha cercato di difendersi dalle preferenze discriminatorie del terzo, mentre in *Achbita* aveva registrato le preferenze discriminatorie dei suoi clienti nella sua propria volontà: "Dabei besteht der Unterschied – zugespißt formuliert – nur darin, dass sich das Unternehmen in *Bouagnaoui* mit den diskriminierenden Präferenzen Dritten zu verteidigen versuchte, während das Unternehmen in *Achbita* die diskriminierenden Wünschen seiner Kunden in seinen eigenen Willen aufge-

Eppure, nella controversia di origine belga, se l'obbligazione di correttezza (non indossare il velo islamico) incide sull'obbligazione di prestazione (*receptionist*), allora bisogna riflettere sul contenuto specifico delle prestazioni.

La relazione con la clientela non funge da mero contesto in cui avviene la prestazione di lavoro, ne diventa il contenuto: entra a far parte dell'oggetto specifico dell'obbligazione di lavoro e determina l'estensione del potere datoriale alla scelta dell'abbigliamento, non solo quando l'abbigliamento sia funzionale al riconoscimento dell'immagine dell'azienda²⁷, ma anche nei casi in cui sia strumentale alla natura della prestazione²⁸.

Vengono a confronto-scontro due piani di interesse: quello datoriale, la libertà d'impresa, implica anche il diritto a imporre obblighi funzionali alla costruzione di una reputazione aziendale; quello del o della dipendente, la libertà personale, include anche il diritto a indossare ciò che più si preferisce, simboli religiosi inclusi. Si tratta, perciò, di operare un bilanciamento.

Ci sono precedenti circa l'imposizione di un *dress code* in azienda in Francia²⁹: è il caso di Baby Loup³⁰ che aveva portato all'attenzione della dottrina francese³¹ la prevalenza dei principi di laicità e neutralità rispetto alla libertà personale e religiosa³² sul posto di lavoro, ma solo qualora la presta-

nommen hatte", SAGAN, *Unionaler Diskriminierungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz*, in *EuZW*, 2017, fasc. 12, p. 457 ss. e qui p. 463.

²⁷ T.A.R. Reggio Calabria, 4 giugno 2013, n. 350, per cui l'obbligo del vigile urbano di indossare la divisa non sarebbe una prestazione autonoma, ma una modalità dello svolgimento del servizio.

²⁸ Una dottrina tedesca ha valutato l'ipotesi che la lavoratrice con il velo islamico sia adibita a mansioni anche inferiori senza contatto visivo con la clientela per evitare il licenziamento: "Vor einer Entlassung ist als milderes Mittel ein etwaiger, Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden" anzubieten", SAGAN, *Unionaler Diskriminierungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz*, in *EuZW*, 2017, fasc. 12, p. 457 ss. e qui p. 463.

²⁹ In Francia le controversie in merito ai simboli religiosi del o della dipendente sono stati vari e numerosi: Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, 9 settembre 1997, n. 97-703306; Cour d'appel de Paris, 16 marzo 2001, n. 99-31302; Cour de Cassation, Chambre Sociale, 9 aprile 2015, n. 630.

³⁰ Chambre Social de la Court de Cassation, 19 marzo 2013, n. 536, in https://www.cour-decassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/537_19_25763.html.

³¹ SARFATI, *Le voile islamique sur le lieu de travail*, marzo 2014, juritravail.com; GAYAT, *Les luttes de classes en France... et le port du voile islamique*, novembre 2014, in <http://www.jdsavocats.com/wp-content/uploads/2013/11/2014-mai-couv-int.pdf>.

³² La Francia è l'unico Stato occidentale ad aver elevato il principio di laicità al rango costituzionale (art. 2 Cost.: "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale"). Inoltre, la Legge n. 228 del 2004, la c.d. Legge sul velo, ha introdotto nelle scuole, nei

zione fornisce un servizio pubblico: “dans l’affaire Baby Loup la demanderesse était salariée d’un employeur de droit privé non gestionnaire d’un service public è [...] le principe de laïcité instauré par l’article 1er de la Constitution n’est pas applicable aux salariés des employeurs de droit privé qui ne gèrent pas un service public”³³. La *Cour*, ai sensi dell’articolo L1321-3³⁴, aveva deciso per la legittimità del licenziamento di una dipendente di un asilo nido che indossava il velo sul posto di lavoro, proprio perché l’azienda erogava un servizio pubblico³⁵.

I casi qui in commento non attengono a servizi pubblici, ma non sono analoghi, per via del contenuto diverso delle prestazioni di lavoro: nel procedimento di provenienza belga, il carattere relazionale della prestazione di *receptionist* conduce ad un bilanciamento per cui l’etero-determinazione degli indumenti o dei simboli che si possono indossare sarebbe giustificata dalla natura della prestazione svolta; nella controversia di provenienza francese, trattandosi di una prestazione a contatto più sporadico con la clientela, il giudice *ad quem* ha ritenuto che il desiderio di un unico utente non giustificerebbe la deroga prevista dall’art. 4, par. 1, della Direttiva 2000/78. Le mansioni della dipendente, in *Bouagnaoui*, erano di ingegnera e, sebbene la sentenza rilevi che è stato proprio il contatto con la clientela a determinare l’imposizione del divieto di indossare il velo, in quanto sgradito per un utente, tuttavia ritengo che in questa fattispecie il divieto non possa considerarsi legittimo, poiché la prestazione di ingegnera è solo occasionalmente in relazione con la clientela e questa relazione non ha una incidenza così diretta da diventare contenuto della prestazione, come avviene, invece, nel caso *Achbita*.

collegi e nei licei pubblici, il divieto di portare segni o abbigliamento con i quali gli alunni manifestino visibilmente un’appartenenza religiosa.

³³ SARFATI, *Le voile islamique sur le lieu de travail*, cit., p. 2.

³⁴ Per un commento alla legislazione comparata della libertà religiosa sui luoghi di lavoro, si veda: AUVERGNON, *Una liberté oui mas...: esquisse d’une approche comparée de l’expression des convictions religieuses sur le lieu de travail*, in *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2016, II, p. 6 ss.

³⁵ La Loi du 8 août 2016 ha inserito nel *Code du travail* l’art. L. 1321-1-2: “le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivante principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l’exercice d’autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l’entreprise et si elles sont proportionnées aubut recherché”, in BOSSU, *Neutralité, convictions et religion*, in *Recontres du Droit social*, novembre 2016, p. 112 ss. e qui p. 112.

4. *Conclusion*

L'imposizione, attraverso una norma o regolamento aziendale, di un codice d'abbigliamento de-soggettiva a monte la personalità di chi lavora.

Dunque, la Corte risolve il problema interpretativo della norma europea e, come le compete³⁶, rimette il caso al giudice del rinvio³⁷, in grado di conoscere da vicino il contesto lavorativo delle parti coinvolte nella controversia e il contesto giuridico interno al singolo ordinamento di riferimento, così che un'imposizione generale non tagli "la complessità promettente del problema"³⁸.

Il riconoscimento del contesto specifico in cui si esplica una prestazione, del contenuto delle mansioni è una via perseguibile, data la polisemia di un simbolo come il velo islamico e la babele dei significati che possono attribuirsi all'interesse alla reputazione aziendale.

Pensare alla scelta della prevalenza della neutralità in un contesto lavorativo relazionale può sembrare, peraltro, un paradosso³⁹, tuttavia limitare la varietà estetica non compromette la prestazione a contatto con il pubblico⁴⁰,

³⁶ Cfr. NUZZO, *Verso una società multiculturale. Gli inediti conflitti tra la libertà di vestirsi secondo la propria fede e l'interesse datoriale al profitto*, cit., secondo cui "la Corte sembra dirci che è sufficiente che le imprese si muniscano di un regolamento che vieti segni visibili delle convinzioni religiose, in nome di un desiderio di neutralità dell'azienda, per sacrificare un diritto fondamentale della persona", p. 18.

³⁷ "Si tratta di una decisione molto equilibrata", secondo BIN, *Il velo svelato*, in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Il%20velo.pdf>.

³⁸ DOMINIJANNI, *Corpo e laicità: il caso della legge sul velo*, in PRETEROSSO (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Laterza, 2005, p. 165 ss. e qui p. 177.

³⁹ "Employees who manifest their religion, belief or political opinion by wearing specific symbols or dress not only exercise their rights to freedom of religion or belief [...] but may also be expressing a component of their identity", *Wearing the Headscarf in the workplace. Observations on discrimination based on religion in the Achbita and Bougnaoui cases*, a Report by Amnesty International, October 2016, p. 5, in amnesty.org.

⁴⁰ Una dottrina francese: "Le vêtement, dans une société fortement marquée par l'apparence, devient une marque de notre personnalité et occupe une place non négligeable dans notre construction sociale. Ce qui peut apparaître comme une question anodine, voire burlesque au vu des vêtements qui sont parfois l'objet des litiges, renvoie ainsi à des considérations essentielles dans nos sociétés, qu'il s'agisse de la normalité ou de l'articulation entre le pouvoir et la liberté. Car la tenue vestimentaire, même fortifiée par l'affirmation d'une liberté de se vêtir à sa guise, ne relève pas de l'irréductible autonomie de l'individu. Elle est susceptible d'ingérences, dont il importe de bien comprendre la nature et la portée", LOKIEC, *Tenue correcte exigée. Des limites à la liberté de se vêtir à sa guise*, in *Droit social*, 2004, n. 2, p. 132 ss. e qui p. 132.

poiché proprio la relazione implica un scambio inter-soggettivo e la considerazione dell'altra/o.

La suggestione di risolvere i casi in base al contenuto concreto di una singola prestazione, inoltre, minerebbe la certezza dei requisiti professionali, in quanto il datore potrebbe imporre, per la singola persona, un differente *dress code* e subentrerebbe un problema di legittimo affidamento delle e dei dipendenti.

Tuttavia, l'imposizione di un *ethos* e di una *tendenza* aziendale⁴¹ non avverrebbe in base ai caratteri del/la singolo/a dipendente, bensì in base alla natura della prestazione.

Quest'ultima considerazione ne richiama un'ulteriore: le differenze che caratterizzano le mansioni prevalgono sulle differenze che caratterizzano le persone che lavorano? In altre parole, quello che fai conta più di quello che sei?

Toccherà all'interprete offrire una risposta attestando se il contenuto della prestazione possa fagocitare il contenuto della personalità.

Inoltre, l'analisi concreta di questi casi porta a considerare che il velo indossato da una donna non ci dà la certezza che si tratti di una *scelta*; al contrario, conduce a riflettere sull'oscurantismo della persona⁴²; ma ancora una volta, si tratterebbe di ricostruire di quale velo si tratta e per quali ragioni lo si indossa.

⁴¹ RANIERI, "Tendenza" e organizzazione: emersione di un fenomeno e destrutturazione di una fattispecie, in questa rivista, 2016, III, p. 607 ss.; PERA, Libertà e dignità dei lavoratori, in *DL*, 1980, I, p. 182 ss.; BAVARO, Ideologia e contratto di lavoro subordinato, in *DLRI*, 2003, II, p. 193 ss.

⁴² "Olvidan esos mismos estados o poderes públicos que "su" solución situa a la mujer (musulmana) no come un sujeto de pleno derecho, sino mas bien como un sujeto menor de edad, [...] Lo que resulta curioso, a mi modo de ver, es que con cualquiera de las dos posiciones la decisión nunca se deja en manos de la propia mujer (musulmana) y la única justificación que encuentro para estas actitudes es que se piense que la mujer (musulmana) no sabe ni lo que la conviene, ni lo que debe o no hacer, o no puede...", CONTRERAS MAZARIO, *Simbolos religiosos y principio de no discriminación en las relaciones laborales: el caso del velo islamico*, in *Revista de Derecho Social*, 2017, vol. 77, p. 125 ss. e qui p. 125.

Key words

Immagine aziendale, codice di abbigliamento, libertà religiosa, potere direttivo.

Corporate image, dress code, religious freedom, employer's power.

Alberto Avio**La nuova tutela del dipendente
che segnala reati o irregolarità**

Sommario: **1.** Premessa: il *whistleblower* nell'ordinamento sovranazionale. **2.** La tutela del dipendente pubblico secondo la legge del 2012. **3.** La nuova normativa: la tutela del dipendente pubblico. **4.** La tutela del dipendente che segnala illeciti nel settore privato.

1. Premessa: il whistleblower nell'ordinamento sovranazionale

Nel clima rovente da campagna elettorale, che ha caratterizzato gli ultimi mesi del 2017, è giunta al termine dell'iter parlamentare la regolamentazione per la tutela dei *whistleblowers*. La l. 30 novembre 2017 n. 179, detta, infatti, “disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”. L'utilizzo del termine *whistleblower*, ampiamente usato non solo nel ristretto campo dottrinale, pur non essendo certamente accattivante o incisivo sul piano linguistico, è però da tenere in considerazione perché ricorda il clima culturale e giuridico in cui nasce. Esso evoca i *bobbies* londinesi capaci, nel romanticismo dell'immaginario collettivo creato da Dickens e da Doyle, di far desistere i criminali dal perseguimento dell'atto delittuoso con il semplice utilizzo del fischietto in dotazione. Così come avviene per l'arbitro nello sport, che segnala con il fischio la violazione delle regole. Siamo dunque in un campo diverso da quello degli informatori di polizia o simili e si pongono questioni diverse, legate fundamentalmente alla protezione del dipendente che segnala illeciti. Il punto centrale, già messo in evidenza dalle fonti internazionali e sovranazionali, è la protezione dagli atti ritorsivi e discriminatori ai quali può andare incontro il *whistleblower*, in quanto soggetto “interno” all'organizzazione, ente, impresa nella quale avviene o dalla quale proviene l'illecito.

La convenzione adottata dall'assemblea generale dell'ONU nel 2003 contro la corruzione auspicava che gli Stati introducessero "...misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione" (art. 33). Ma già in precedenza altre autorità si erano mosse in quella direzione: l'OCSE nel 1997 aveva approvato una convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. L'OCSE, infatti, ritiene la corruzione non solo un problema morale e politico, ma che condiziona lo sviluppo economico. Nel 1999 è il Consiglio d'Europa ad approvare una "convenzione civile sulla corruzione" (dello stesso anno è anche la "convenzione penale sulla corruzione"), che contiene una disposizione analoga a quella dell'ONU: "ciascuna Parte prevede nel suo diritto interno un'adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili" (art. 9).

L'Italia ha ratificato in momenti diversi tutte le convenzioni citate, anche se con grande ritardo, e ha cominciato a dare attuazione a esse con la l. 6 novembre 2012 n. 190, "disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". Con questa legge, oltre ad attribuire alla travagliata Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) il ruolo di autorità nazionale anticorruzione, introduce la tutela per il *whistleblower*, inserendo nel d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 l'art. 54 *bis*: "tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti".

Qui occorre sottolineare le peculiarità nell'attuazione delle convenzioni. Intanto, la legge in questione esplicitamente fa riferimento esclusivamente alla convenzione ONU del 2003 e alla "convenzione penale sulla corruzione" e non anche alla "convenzione civile sulla corruzione", che contiene la tutela del dipendente. In questo quadro di parziale adeguamento, la legge ulteriormente delimita il proprio campo applicativo escludendo il mondo dell'impresa privata e riconducendo la lotta preventiva tutta all'interno della PA.

La scelta potrebbe anche avere delle giustificazioni di ordine sistematico laddove fosse chiara l'integrazione tra i diversi livelli – civile, amministrativo e penale – di lotta alla corruzione. Ma così non appare. Tuttavia, la legge del

2012 rimane un enunciato importante, perché avvia una lotta alla corruzione non basata solo sulla repressione e anche perché introduce – almeno formalmente – una tutela specifica del dipendente.

La Commissione UE, nella “Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo. Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione” del 3 febbraio 2014 COM (2014)38, rileva tempestivamente l’ambivalenza delle disposizioni anticorruzione approvate nel nostro Paese e, alla lode per le intenzioni, contrappone una denuncia: il pericolo che tutta la struttura messa in piedi dalla legge n.190/2012 si traduca in adempimenti puramente formalistici. L’allegato 12 della Relazione, relativo all’Italia, per quanto riguarda specificamente il *whistleblower* sottolinea la genericità della disposizione e la sua non esaustività. La Commissione rileva che essa, da una parte, non tiene conto di tutti gli aspetti della segnalazione, dall’altra, non prevede i diversi tipi di tutela da poter concedere in queste circostanze. La Commissione segnala, inoltre, la mancanza di tutela per il dipendente nel settore privato e, in generale, la carenza relativa ai canali di comunicazione da utilizzare da parte del segnalante, che appaiono troppo poco precisi, così come troppo indefiniti sembrano i dispositivi di protezione.

Il d.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 114, istituisce l’ANAC e prevede che le segnalazioni possano essere fatte direttamente all’Agenzia. Si tenga presente che il diverso modo di interpretare il proprio ruolo da parte dell’ANAC, rispetto alla CIVIT, accresce l’effettività della tutela del *whistleblower*.

2. *La tutela del dipendente pubblico secondo la legge del 2012*

Nell’art. 54 *bis*, introdotto inizialmente dalla l. 190/2012 (come poi modificato dal d.l. 90/2014), la buona fede evocata dalle convenzioni è prudentemente sostituita da una più circostanziata esclusione delle ipotesi di calunnia, diffamazione o altre fattispecie di responsabilità in cui incorra il dipendente che affermi il falso. Il comportamento tutelato può essere sia la denuncia effettuata all’autorità giudiziaria, alla Corte dei Conti o all’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), sia la segnalazione che il dipendente faccia al proprio superiore gerarchico di condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. Si precisa che il dipendente che riferisca di condotte illecite non può essere sanzionato, licenziato o sot-

toposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. L'enunciato ha, evidentemente, una portata sostanziale assai limitata, posto che anche senza questa precisazione una modifica delle condizioni di lavoro collegata direttamente o indirettamente a una denuncia di illecito sarebbe stato un atto nullo in quanto discriminatorio o ritorsivo.

Più utile appare la previsione di garantire, anche se a determinate condizioni, l'anonimato del denunciante nel procedimento disciplinare, così come il sottrarre la denuncia alle disposizioni sul diritto di accesso ai documenti *ex l. 7 agosto 1990 n. 241*. Non si prevedono, al contrario, specifiche sanzioni a carico di coloro che perseguono i denunciati. L'articolo si limita, nell'ipotesi più grave dell'adozione di misure discriminatorie nei confronti del *whistleblower*, a prevedere la possibilità di una segnalazione al Dipartimento della funzione pubblica, "per i provvedimenti di competenza"; segnalazione che deve essere effettuata a cura dell'interessato o delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. La formulazione dà l'impressione che l'amministrazione non ritenga doveroso perseguire atteggiamenti discriminatori e che quindi rimanga a carico del denunciante, perseguire l'atto discriminatorio esponendosi con altre denunce.

La protezione generale e astratta della disposizione è rilevata già dall'ANAC, che esplicitamente ne denuncia il limite e prevede che debba essere completata con concrete misure di tutela del dipendente, "...il quale – per effettuare la propria segnalazione – deve poter fare affidamento su una protezione effettiva ed efficace che gli eviti una esposizione a misure discriminatorie" (in questi termini la determinazione ANAC 28 aprile 2015 n. 6).

In realtà già il Piano Nazionale anticorruzione del 2013 si occupava del *whistleblower*, ricordando come le PA fossero "...tenute ad adottare i necessari accorgimenti tecnici affinché trovi attuazione la tutela del dipendente che effettua segnalazioni..."; ma l'attuazione di tali accorgimenti era affidata ai piani triennali per la prevenzione della corruzione e consisteva fondamentalmente nella raccomandazione di introdurre obblighi di riservatezza per i soggetti coinvolti nel processo.

Con la determinazione del 2015, l'ANAC pone una sorta di regolamentazione generale dell'istituto. Alla base dell'atto è il presupposto, esplicitato nella determinazione, che l'Autorità detenga un generale potere di regolazione relativo alla tutela del dipendente pubblico che segnala condotte illecite. Il dipendente, infatti, deve essere protetto innanzitutto dalla sua stessa

amministrazione e l'ANAC ha potere di indirizzo sulle misure di prevenzione della corruzione nei confronti di tutte le pubbliche amministrazioni e degli enti privati controllati, partecipati, regolati o finanziati dallo Stato. Così fondata la sua legittimazione ad agire, nella consapevolezza di una carenza legislativa, l'ANAC chiarisce i vari aspetti soggettivi e oggettivi dell'istituto a tutela del dipendente, segnalando i vuoti normativi e proponendo soluzioni, alcune delle quali sarebbero state fatte proprie dalla l. 30 novembre 2017 n. 179.

3. *La nuova normativa: la tutela del dipendente pubblico*

La l. 179/2017, “disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”, non si limita a riformare la precedente normativa per emendarla dai limiti resi evidenti già dalla Commissione UE e dall'ANAC, ma allarga la tutela ai dipendenti privati e offre uno strumento di composizione per il delicato problema del bilanciamento tra obbligo di riservatezza e diritto di critica.

La legge si struttura su tre articoli: il primo è dedicato al dipendente pubblico che segnala illeciti, il secondo alla tutela del dipendente privato, il terzo alla disciplina dell'obbligo del segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale.

Le disposizioni relative alla tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti si concretizzano nella totale sostituzione dell'art. 54 *bis* del d.lgs. 165/2001. L'art. 54 *bis* si compone ora di nove commi, che contengono alcune risposte alle osservazioni fatte alla vecchia disciplina. Innanzitutto si chiarisce l'ambito soggettivo di applicazione: il dipendente pubblico tutelato è sia quello contrattualizzato che quello in regime di diritto pubblico (a questa soluzione in via interpretativa era già arrivata la determinazione dell'ANAC). Ai soggetti tutelati si aggiungono i dipendenti degli enti pubblici economici, degli enti privati sottoposti a controllo pubblico nonché i lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore della PA.

Rimane, invece, senza una risposta da parte del legislatore il caso dell'informativa anonima. Il problema si pone, naturalmente, quando l'anonimo non resta più tale. L'informativa anonima, purché circostanziata, viene presa

in considerazione dall'ANAC e può quindi portare a esiti che sono anche quelli, incidentali, di rinvenire la fonte. In ogni caso, restando ferme le indicazioni ANAC, che non sono state smentite dalla nuova disciplina, le tutele previste dall'art. 54 *bis* non potranno essere applicate all'informatore "anonimo", in quanto, per usufruire di quelle tutele, è condizione pregiudiziale la identificazione del dipendente al momento della segnalazione.

Una correzione importante effettuata dalla legge è quella relativa ai canali di segnalazione e alle procedure, così come era stato suggerito dalla Commissione UE. Ferma la denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria e a quella contabile, depositario della segnalazione non è più il superiore gerarchico, ma il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. Rimane in ogni caso la possibilità di fare la segnalazione direttamente all'ANAC. Infatti, il dipendente potrebbe non ritenere opportuno fare la segnalazione al responsabile della prevenzione e della corruzione, il quale di norma è comunque una figura apicale dell'ente. Le procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni, anche con modalità informatiche, dovranno seguire le linee guida emanate dall'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali. In questo modo, il legislatore ha ufficialmente ratificato l'operato dell'ANAC, che già si era mosso in questo senso.

Per quanto riguarda le tutele previste, la principale rimane la protezione dell'identità del segnalatore, che viene rafforzata: anche quando l'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile, ai fini del procedimento disciplinare, solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità. Rimane esclusa la tutela nei casi di calunnia o diffamazione, ma la perdita delle garanzie non può avvenire prima dell'accertamento da parte di una sentenza di primo grado. Sebbene la norma disponga che "non sono garantite" le tutele: ciò potrebbe condurre a un'interpretazione di non necessaria esclusione dalla protezione.

Anche per quanto riguarda la tutela del dipendente contro l'adozione di misure ritorsive, il nuovo testo introduce importanti miglioramenti. Innanzitutto, la segnalazione all'ANAC dell'adozione di tali misure non è più eventuale ma "è comunicata in ogni caso". Questa perentorietà segnala che diventa interesse dell'amministrazione e non solo del dipendente contrastare il comportamento discriminatorio dell'ente. Infatti, è previsto che l'ANAC informi il dipartimento della funzione pubblica o gli altri organismi necessari affinché pongano in essere le attività e i provvedimenti di

competenza. Si suppone che tali attività e provvedimenti siano quelli diretti a tenere indenne il lavoratore dalle conseguenze pregiudizievoli dei comportamenti discriminatori subiti e anche quelli che dovranno riguardare i responsabili. Ma, oltre a ciò, l'ANAC – fermi restando tutti gli altri profili di responsabilità – accertata l'adozione delle misure discriminatorie nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'Agenzia stessa, applica al responsabile che ha adottato tali misure una sanzione amministrativa da 5.000 a 30.000 euro.

Quest'ultima penalità si inserisce in un comma interamente dedicato alle sanzioni amministrative per i responsabili delle disapplicazioni della disciplina. Si prevede, infatti, oltre a quanto detto, che l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni o l'adozione di procedure non conformi a quelle previste dalle linee guida comportino per il responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Così come anche il mancato svolgimento delle attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute comporta la stessa sanzione per il responsabile.

È interessante notare che, per quanto l'entità effettiva si determini “tenuto conto delle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui di riferisce la segnalazione”, il minimo – che si aggiunge alle altre responsabilità – è comunque molto alto. Certamente la funzione deterrente appare realizzata, purché non suoni come le grida manzoniane, dato che occorrerà accertare quali reali capacità autonome, anche in termini di spesa, il “responsabile” aveva per introdurre le procedure e la gestione delle segnalazioni secondo le linee guida. Non bisogna dimenticare che, comunque, anche questa novità è stata introdotta nella PA a suo tempo “senza oneri” e che le (giuste) preoccupazioni di rendere effettiva la tutela, che l'attuale normativa persegue, inserendo più stringenti vincoli di riservatezza, sono parimenti privi di alcun tipo di *budget* dedicato.

A rafforzamento della tutela del lavoratore contro eventuali misure ritorsive, il legislatore pone il settimo comma. La disposizione, pur non essendo un esempio di chiarezza, sembra voler invertire l'onere della prova della discriminazione. Essa pone “a carico dell'amministrazione pubblica o dell'ente ... dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa”. Dunque, sembra implicito che il lavoratore non sia onerato del compito di provare il nesso ritorsivo/discriminatorio. A questo punto, l'amministrazione non solo deve, come normalmente succede, dar conto delle motivazioni che

hanno determinato una misura nei confronti del lavoratore, ma è tenuta a dimostrare la sua estraneità in relazione alla segnalazione.

Fermo l'intento lodevole di tutelare in misura puntuale il lavoratore, la previsione potrà dar luogo a utilizzi impropri.

Si tenga presente che la segnalazione che determina la tutela del lavoratore deve avere solo due caratteristiche: essere fatta nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione; non essere calunniosa, diffamatoria, e così via. Quindi, una forbice ampia e dai confini sfumati, che non sono indistinti solo in virtù del fatto che la segnalazione deve riguardare degli illeciti. Poniamo che un'amministrazione abbia deciso, secondo quanto previsto dall'ultima riforma in materia, di stabilizzare – non tutti ma – un certo numero di lavoratori “precari”. *Quid iuris* se uno dei dipendenti “precari” segnala alcune carenze in materia, per esempio, di sicurezza sul lavoro? Il problema potrà proporsi tutte le volte che vi sia una riorganizzazione interna o una mobilità forzata.

Dove il legislatore, invece, vuole essere chiaro è in tema di utilizzo del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 sul punto della reintegrazione. I problemi interpretativi che si sono registrati sull'applicazione ai dipendenti pubblici sono superati da un richiamo esplicito. Operazione ancor più necessaria in un contesto che riguarda un variegato mondo di datori e di lavoratori.

4. *La tutela del dipendente che segnala illeciti nel settore privato*

L'art. 2 della legge 179/2017 aggiunge tre commi all'art. 6 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, che ha introdotto nel nostro ordinamento la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica. Il decreto legislativo 231 è emanato in forza della legge che ha ratificato la convenzione OCSE del 1997.

Secondo il d.lgs. 231/2001 l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio dai vertici dell'azienda e dai loro sottoposti. Ma all'art. 6 del decreto si prevede che l'azienda non risponda dei reati commessi dalle persone richiamate qualora sia predisposto un modello organizzativo e di gestione idoneo alla prevenzione dei rilevanti reati, che contempli inoltre un organismo autonomo deputato a vigilare. Il modello, tra le altre cose, deve prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo autonomo e un codice disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto

delle misure indicate.

In questo contesto si aggiunge, da parte della nuova legge, la necessità di prevedere dei canali che consentano ai dipendenti di fare segnalazioni di condotte illecite nella garanzia della riservatezza della propria identità. Accanto a questa garanzia, rafforzata dalla necessaria previsione di almeno un canale alternativo di segnalazione con modalità informatiche, vi è l'esplicito divieto di atti di ritorsione o discriminatori. Inoltre, successivamente alla segnalazione, è nullo il mutamento di mansioni *ex art. 2103 cod. civ.* Come per il dipendente pubblico, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, demansionamenti, licenziamenti, e qualunque altro mutamento pregiudizievole del rapporto, è onere del datore di lavoro dimostrare che le misure siano fondate su ragioni estranee alla segnalazione.

Vi sono, tuttavia, alcune significative differenze rispetto a quanto stabilito per il dipendente pubblico. Per il dipendente privato, in particolare, si richiede che le segnalazioni siano circostanziate, rilevanti, fondate su elementi di fatto precisi e concordanti; inoltre il sistema disciplinare deve prevedere sanzioni per chi effettua "con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate". Mentre il dipendente pubblico non incontra limiti nella segnalazione: l'ANAC ha previsto che sia sufficiente che il dipendente, in base alle proprie conoscenze, ritenga altamente probabile che si sia verificato un fatto illecito; l'Agenzia ritiene "opportuno" che la segnalazione sia il più possibile circostanziata.

Questa diversità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati è poi integrata con l'ultimo articolo della legge, che si preoccupa di stabilire che il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni, pubbliche e private, nonché alla prevenzione e alla repressione delle malversazioni costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto d'ufficio (art. 326 cod. pen.), professionale (art. 622 cod. pen.), scientifico o industriale (art. 623 cod. pen.), nonché dall'obbligo di fedeltà e riservatezza di cui all'art. 2105 cod. civ. Le particolarità ricordate e le precisazioni dell'art. 3 si comprendono se si ha presente la giurisprudenza relativa al rapporto tra diritto di critica e obbligo di fedeltà.

Il punto di partenza classico è il bilanciamento tra il diritto del lavoratore alla libertà d'espressione degli articoli 21 Cost. e 1 St. lav. e i diritti del datore sanciti dall'art. 2 Cost., fondamento dei diritti inviolabili della persona e dall'art. 2105 cod. civ., obbligo di riservatezza del lavoratore.

Dal punto di vista della giurisprudenza, il riferimento d'obbligo è a una

sentenza della Cassazione¹, la quale statuisce che il bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto alla privacy si attua considerando: l'utilità sociale dell'informazione; la verità oggettiva, o anche soltanto putativa, purché frutto di diligente lavoro di ricerca; la forma civile dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, che non ecceda lo scopo informativo da conseguire e sia improntata a leale chiarezza, evitando forme di offesa indiretta. Due anni più tardi, la Suprema Corte² recupera quei confini nell'ambito lavoristico e cassa la sentenza del giudice di merito, che ha omesso di verificare: se i comportamenti addebitati si traducano in obiettiva lesione della reputazione dell'impresa e dei suoi dirigenti; se le accuse (in ipotesi) infamanti siano state espresse per la realizzazione di interessi giuridicamente rilevanti; se le modalità e l'ambito di diffusione delle notizie siano ragionevolmente adeguati alla protezione di tali interessi; infine, se i fatti denunciati siano in parte o in tutto veri e come tali apprezzati dai diffusori.

Dunque, il diritto di critica avrebbe potuto trovare nella giurisprudenza dei successivi trent'anni il suo bilanciamento nei requisiti di continenza sostanziale e formale. Ma, in realtà, la giurisprudenza, che normalmente vedeva contrapposti diritto di critica e licenziamento per giusta causa, non è poi risultata così pacifica e uniforme. In effetti, le linee direttive enunciate dalla sentenza della Cassazione 1173/1986 sono apparse nel tempo alquanto generali e suscettibili di interpretazioni che le avrebbero rese ancor più ampie. Così l'interesse giuridicamente rilevante non rappresenta una fattispecie immutabile. Il ventaglio delle possibili sfumature è ampio. La sua connotazione, per esempio, può cambiare rispetto al numero delle persone interessate alla questione, il diritto di critica potendo assumere allora una funzione sociale con una modifica del punto di equilibrio rispetto al contrapposto interesse datoriale³. Il concetto di verità del fatto può assumere colorazioni molto diverse, conducendo a esiti inaspettati⁴. Rispetto alla continenza formale, poi, la mancanza di una indicazione precisa conduce a dover considerare l'appropriatezza delle modalità di critica in relazione non solo all'interesse del datore, ma anche alla richiamata (eventuale) funzione sociale e alla qualifica del lavoratore che, se svolge la sua azione come sindacalista,

¹ Cass. 18 ottobre 1984 n. 5259.

² Cass. 25 febbraio 1986 n. 1173.

³ V. Trib. Roma, 26 ottobre 2009, in *RIDL*, 2010, II, p. 799.

⁴ V. Trib. Milano, 6 febbraio 2014, in *RIDL*, 2014, II, p. 511.

incontra i soli limiti della correttezza formale dovuti alla tutela della persona umana⁵.

Infine, un aspetto rilevante rimane la ripartizione dell'onere della prova. Soprattutto in relazione alla veridicità dell'affermazione, può essere molto più difficile per il lavoratore provare quanto affermato che non per il datore dimostrare il contrario.

In questo quadro, quindi, l'intervento della l. 179/2017, benché sia limitato alla segnalazione degli illeciti e non coinvolga il diritto di critica nel suo complesso, dà indicazioni importanti anche in generale per le questioni prima richiamate. Intanto, in relazione al problema della continenza formale, l'esistenza – necessaria – di un canale dedicato per le segnalazioni di illeciti risolve il problema (a volte sollevato) del rapporto di fiducia tra lavoratore e datore. Certamente il canale previsto dalla normativa ha una *ratio* diversa, che è quella di garantire la riservatezza del segnalante. Una volta che il lavoratore avrà utilizzato tale canale, non gli si potrà eccepire la mancanza di lealtà nei confronti del proprio datore, ma non gli si potrà neanche impedire, se vi è un interesse collettivo superiore, di utilizzare ulteriori strumenti di diffusione del problema.

Per quanto riguarda la veridicità della segnalazione, viene accolta la c.d. verità putativa: la segnalazione infondata non comporta responsabilità se non vi è almeno colpa grave. Sul punto è ancor più esplicito l'art. 3, laddove afferma che il perseguimento dell'interesse all'integrità delle amministrazioni (pubbliche e private) costituisce giusta causa di rivelazione di notizie coperte dall'obbligo di segreto, comprendendo all'interno del "segreto" il generale obbligo di riservatezza stabilito dall'art. 2105 cod. civ. Certamente l'attenzione si sposterà sul concetto di "integrità delle amministrazioni", posto che la segnalazione tutelata è solo quella che persegue questo interesse. Cosa, peraltro, che potrebbe consentire di fare il punto sui confini attuali dell'utilità sociale dell'iniziativa economica privata e della funzione sociale della proprietà.

Infine, l'inversione dell'onere della prova. Dalla presentazione della segnalazione ogni modifica del rapporto contrattuale – compreso il mutamento di mansioni – deve essere giustificato dal datore di lavoro che deve dimostrare che le misure adottate sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione.

La figura del *whistleblower* è certamente diversa da quella del lavoratore che esercita il suo diritto di critica e del sindacalista che lotta per la tutela

⁵ Cass. 14 maggio 2012 n. 7471, in *RIDL*, 2013, II, p. 81.

dei diritti dei lavoratori. Soprattutto, la fattispecie del *whistleblower* è immaginata diversamente dalle convenzioni internazionali, che si focalizzano nella lotta alla corruzione. La disciplina attuativa certamente risente – né potrebbe essere altrimenti – di questa impostazione. La corruzione, d'altra parte, trova fertile terreno quando vi è un senso diffuso di illegittimità e quando il confine tra lecito ed illecito è reso meno sicuro dalla mancanza di certezza della sanzione. Questa legge può contribuire alla diffusione di una cultura della legittimità promettendo al lavoratore di non dover subire vessazioni per le sue segnalazioni e, soprattutto, offrendo ai giudici la possibilità di tutelare coloro che subiscono misure ritorsive per aver segnalato delle irregolarità.

Key words

Impiego pubblico e privato, segnalante, tutela dell'anonimato, onere della prova, riservatezza.

Public and private employment, whistleblower, whistleblower protection, burden of proof, privacy.

Stefania Buoso

Docenza universitaria e astensione dal lavoro

Sommario: **1.** Lo sciopero come strumento di lotta all'austerità. **2.** La legittimità della proclamazione nell'analisi della Commissione di garanzia. **2.1.** La legge finanziaria 2018 e le risposte normative allo sciopero. **3.** Nel vivo del dibattito tra individuale e collettivo. **3.1.** Rappresentatività e conflitto. **4.** Una goccia nell'oceano?

1. Lo sciopero come strumento di lotta all'austerità

L'astensione dei docenti universitari, della quale si fa questione, si è fondata sulla rivendicazione di un provvedimento normativo grazie al quale “le classi e gli scatti stipendiali dei Professori e dei Ricercatori universitari e dei ricercatori degli enti di ricerca italiani aventi pari stato giuridico (...) vengono sbloccati a partire dal 1° gennaio 2015, anziché, come è attualmente, dal 1° gennaio 2016”, che, inoltre, “il quadriennio 2011–2014 sia riconosciuto ai fini giuridici, con conseguenti effetti economici solo a partire dallo sblocco delle classi e degli scatti dal 1° gennaio 2015”¹.

Il blocco stipendiale si colloca nell'ambito della lunga lista di provvedimenti di contenimento della spesa pubblica che trovano fondamento nella pesante crisi economica degli ultimi anni², la “compressione delle dinamiche salariali” nel lavoro pubblico sta, infatti, alla base delle politiche di austerità³; la legislazione della crisi ha un impatto non irrilevante sulle vicende del lavoro pubblico: il condizionamento dei limiti di bilancio è giunto a investire

¹ Si legga la lettera di proclamazione dello sciopero dagli esami di profitto, sessione autunnale 2016–2017, reperibile online, del 27.06.2017.

² AVIO, *Dalla produttività alla performance individuale*, in *LD*, 2017, p. 284.

³ ORLANDINI, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2017, in corso di pubblicazione.

non già i diritti sociali a prestazione o un diritto sociale a contenuto patrimoniale quale è la retribuzione ma anche la libertà sindacale riconosciuta dall'art. 39, co. 1 Cost.

Si afferma, dunque, il tema del rapporto tra diritti sociali (intesi in senso lato) e compatibilità economiche, un terreno che è stato “arato incessantemente dalla Corte costituzionale in questi sessanta anni”: “le sentenze sui diritti sociali sono frequentemente rivelatrici di un metodo, utile all’emersione e poi al consolidamento di alcune priorità nelle scelte compiute dal legislatore, priorità che le ragioni economiche possono ridimensionare o ridisegnare”⁴.

Si pensi, in particolare, al blocco della contrattazione nazionale nel lavoro pubblico che ha trovato argine nella sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2015 n. 178. Quest’ultima ha rivelato che il carattere prolungato del blocco contrattuale sconfinava in un bilanciamento irragionevole tra libertà sindacale, esigenze di razionale distribuzione delle risorse e controllo della spesa. La Corte arriva a sostenere, invero, che il sacrificio del diritto fondamentale tutelato dall’art. 39 Cost. “non è più tollerabile”⁵. Era stata fatta valere, nell’occasione, “implicitamente ma chiaramente” una “equiordinazione tra il diritto alla giusta retribuzione e quello alla contrattazione collettiva” in rapporto al principio del pareggio di bilancio⁶.

La recente astensione dei docenti universitari rimette in luce – al pari della pronuncia costituzionale del 2015 – il rischio che la assoluta prevalenza delle ragioni del bilancio sugli altri valori costituzionali, conduca non solo a squilibri nel rapporto contrattuale ma anche allo svilimento della stessa dimensione personalistica del lavoro.

Il blocco contrattuale così come il blocco degli scatti retributivi sottraggono agli istituti in discorso la loro precipua funzione socio-economica,

⁴ SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2017, I, p. 357; MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. Cost.*, 2017, p. 73 ss.

⁵ Si vedano i commenti di FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l’ora della riscossa: la corte dichiara l’incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in *DRI*, 2015, p. 1121; nonché ZOPPOLI L., *La corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico - E la retribuzione?*, in *DLM*, 2015, p. 378; ZOPPOLI L., *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali relative allo ius novum*, in *DLRI*, 2017, p. 183.

⁶ BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, p. 453.

facendo prevalere la gravosità dei loro costi rispetto alla finalità di realizzazione della persona umana.

È importante cercare di capire se la mobilitazione dei docenti sia “la forma di protesta più adeguata allo scopo” o se incorra nell’errore di “volersi rifare (...) ai modelli del sindacalismo operaio”⁷; lo sciopero rappresenta un indicatore delle trasformazioni costituzionali in corso, segnala l’evolversi delle relazioni sociali e il mutare del tessuto economico⁸.

2. *La legittimità della proclamazione nell’analisi della Commissione di garanzia*

La Commissione di garanzia di cui alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali⁹, nella comunicazione del 28 agosto 2017, dichiara di prendere atto della legittimità dello sciopero del personale docente delle Università italiane in quanto “conforme ai principi e alle regole generali dettate dalla legge n. 146 del 1990 e successive modificazioni”.

La legittimità dello sciopero viene, in particolare, condizionata all’esperto di una serie di adempimenti corrispondenti alla corretta interpretazione del dettato normativo: dalla garanzia delle prestazioni indispensabili alla pubblicità e diffusione presso gli utenti della comunicazione di astensione¹⁰ e delle relative modalità attuative. È dichiarato fondamentale, quindi, il rispetto, da parte del proclamante, degli obblighi relativi al preavviso minimo, alle procedure di raffreddamento e di conciliazione, alle motivazioni, alle modalità di attuazione e durata massima¹¹.

⁷ RUSCIANO, *Le università e lo strano sciopero individuale*, in *Corriere del Mezzogiorno*, 3.09.2017.

⁸ PASCUCCI, *Metamorfofi del conflitto e contemperamento dei diritti nella l. 146/1990*, in *DLRI*, 2017, p. 567; ROMEL, *Di cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *LD*, 1999, p. 221 ss.

⁹ La Commissione costituisce «il fulcro del sistema su cui poggiano le dinamiche del conflitto collettivo», v. ALESSE, *Diritto di sciopero e diritto degli utenti: nuove prospettive per una più efficiente funzionalità dei servizi pubblici essenziali*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Giuffrè, 2015, p. 255; LOFFREDO, *La Commissione di garanzia: un’ autorità indipendente tra diritto amministrativo e ordinamento intersindacale*, in *LD*, 2005, p. 545 ss.

¹⁰ Il riferimento è a cinque giorni prima dell’inizio della sessione di esame.

¹¹ Cfr. GAETA, Art. 13, in RUSCIANO, SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Commentario alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, Giuffrè, 1991, p. 193; D’ONGHIA, *I poteri della Commissione di garanzia*, in RICCI (a cura di), *Sciopero nei servizi pubblici essen-*

La salvaguardia del diritto fondamentale all'istruzione costituisce il profilo "più delicato" del contemperamento tra esercizio del diritto di sciopero e godimento del diritto della persona costituzionalmente tutelato, quest'ultimo da garantire con effettività, nel "contenuto essenziale" (cfr. art. 1, co. 2). A tal fine, ha particolare rilievo la scansione procedurale che risulta dall'intreccio tra previsioni legislative e regolamentazione affidata alle parti sociali¹².

Il dettato dell'art. 1, co. 2, lett. d della legge 146/1990 stabilisce che la salvaguardia del diritto all'istruzione universitaria impone di assicurare gli esami conclusivi dei cicli di istruzione; la delibera n. 3 del 1996 della Commissione di garanzia¹³ individua, d'altra parte, come prestazioni indispensabili la garanzia degli esami di profitto, di laurea o necessari per il conseguimento di diplomi universitari a vari livelli.

Lo svolgimento degli esami finali di laurea nonché degli esami di profitto strumentali al conseguimento del diploma finale sono "indiscutibilmente" qualificabili come prestazioni indispensabili per la Commissione di garanzia¹⁴.

In tale ottica la sospensione dal primo appello diviene accettabile solo ove siano previsti più appelli. Il fatto che sia richiesta la fissazione di un ulteriore appello nel caso di soppressione dell'unico esistente non si configura come una negazione del diritto di sciopero ma semplicemente una imprescindibile forma di contemperamento, per evitare che la scelta organizzativa (del dipartimento) di fissare un solo appello possa, indirettamente, minare il godimento del diritto costituzionalmente tutelato.

Il corretto bilanciamento e la garanzia del nucleo essenziale del diritto all'istruzione universitaria reclamano, pertanto, la fissazione di un appello straordinario¹⁵ e l'adozione di tutte le misure necessarie ad evitare che sia pregiudicata la partecipazione degli studenti laureandi agli esami finali di

ziali. *Commento alla legge n. 146/1990 modificata e integrata dalla legge n. 83/2000*, Giappichelli, 2001, p. 255 ss.

¹² MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2017.

¹³ Recante la Proposta sulle prestazioni minime da garantire in caso di sciopero da parte del personale docente dell'Università.

¹⁴ Per la Commissione di garanzia "è ricostruibile la volontà generale di tutti" di considerarle prestazioni indispensabili.

¹⁵ Si tratta di un appello straordinario che deve essere fissato non prima del quattordicesimo giorno successivo alla data dello sciopero.

laurea; una “eventuale turbativa” alla regolarità degli esami finali “si tradurrebbe in una minaccia all’intero sistema poiché ne colpirebbe uno dei fulcri, un aspetto essenziale, ponendo a repentaglio il modello organizzativo nel suo insieme, toccandone i profili cruciali”¹⁶.

2.1. *La legge finanziaria 2018 e le risposte normative allo sciopero*

Il documento del 23 dicembre 2017 che porta la firma di Carlo Ferraro del Movimento per la dignità della docenza universitaria, a commento del testo definitivo della legge finanziaria 2018, approvato il 22 dicembre 2017, si conclude ipotizzando l’organizzazione di un nuovo sciopero definito “più appropriato alla luce degli eventi e alla valutazione di tutte le implicazioni del passaggio da scatti triennali a biennali”¹⁷.

L’articolo 55 della legge di bilancio dispone, invero, che a decorrere dalla classe stipendiale successiva a quella triennale in corso di maturazione al 31 dicembre 2017 e con effetto economico dal 2020 il regime di progressione stipendiale per le classi su base premiale dei professori universitari sia trasformato da triennale in biennale. Quanto al pregresso e al riconoscimento economico-giuridico del quadriennio 2011-2014 non sono rintracciabili risposte nella legge di bilancio; c’è da aspettarsi, dunque, una nuova mobilitazione che, dalle parole di Carlo Ferraro, è già annunciata. Si tratta di una conferma che lo sciopero “non è mai una semplice, momentanea astensione dal lavoro, ma una guerra politica senza pietà per i vinti, in cui occorre vincere e spesso stravincere anche solo per non perdere”¹⁸.

3. *Nel vivo del dibattito tra individuale e collettivo*

Il dibattito su natura e titolarità del diritto di sciopero è stato e resta acceso, a partire dalle aperture di senso lasciate dal testo costituzionale: dalla

¹⁶ GRAGNOLI, *L’individuazione delle “prestazioni indispensabili” nel comparto della scuola e gli interventi della Commissione di garanzia*, in *LD*, 1992, p. 350.

¹⁷ <https://docentipreoccupatisite.wordpress.com/2017/12/23/movimento-per-la-dignita-della-docenza-universitaria-sblocco-delle-classi-e-degli-scatti-stipendiali-della-docenza-universitaria-commento-della-legge-di-bilancio-licenziata-dalla-camera-dei-deputat/>.

¹⁸ PASSANITI, *Lo sciopero nella Repubblica fondata sul lavoro. Gli anni ’50 di un diritto garantito a metà*, in *LD*, 2016, p. 538.

titolarità individuale a quella collettiva e/o sindacale, alla titolarità congiunta, con una letteratura corposa e a più voci¹⁹. La legge 146/1990, soprattutto a seguito della modifica del 2000, sarebbe tra l'altro idonea a confermare, secondo alcuni, la tesi della titolarità collettiva²⁰.

La complessa fattispecie dello sciopero vede come protagonisti “due soggetti”: “il singolo lavoratore e una collettività di lavoratori”; è indubbia la “inestricabile compresenza di interessi individuali e collettivi nella medesima fattispecie giuridica”²¹, le aperture verso la teorizzazione della doppia titolarità valorizzano “il ruolo del soggetto collettivo nella proclamazione dello sciopero ma anche il significato della organizzazione nell'azione del conflitto”²².

Il rifiuto di ciascun professore di tenere il primo appello della sessione di esami potrebbe fare venire meno “il senso della protesta collettiva”, è stato scritto che “ogni professore ha una sua data di esami, sicché lo slittamento di dieci o venti giorni delle prove crea (fortunatamente) agli studenti un disagio poco rilevante: è come se ogni professore scioperasse “da solo” in questo o quel giorno, senza alcuna mobilitazione collettiva”; al contrario, una contemporanea mobilitazione generale in tutti gli atenei – invocando la solidarietà degli studenti – avrebbe potuto avere una maggiore risonanza²³.

È in discussione, con queste parole, la modalità di esercizio dello sciopero dei docenti: è posto in evidenza che, nell'ipotesi, manca la mobilitazione

¹⁹ Si vedano, *inter alia*, ROMAGNOLI, *Sulla titolarità del diritto di sciopero*, in *DLRI*, 1988, p. 581 ss.; ZOPPOLI A., *La titolarità sindacale del diritto di sciopero*, Jovene, 2006; LAMBERTUCCI, *La titolarità del diritto di sciopero nelle ricostruzioni dottrinali e negli ordinamenti giurisprudenziali: riesame critico*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, Giuffrè, 2015, p. 65 ss.

²⁰ PASCUCCI, *La titolarità sindacale del diritto di sciopero nell'ottica della l. 146/1990 e delle clause di tregua. A proposito di un recente libro*, in LOFFREDO (a cura di), *La titolarità sindacale del diritto di sciopero. Atti delle giornate di studio Siena 11 maggio 2007*, Cacucci, 2010; nonché PASCUCCI, *Un accordo di “autoregolamentazione” della proclamazione dello sciopero*, in *Quaderni della Commissione*, in corso di pubblicazione. L'Autore afferma che il legislatore ha lasciato consistenti “segnali a favore della titolarità collettiva del diritto di sciopero”, v. p. I.

²¹ Le citazioni sono tratte da NOGLER, *La titolarità congiunta del diritto di sciopero*, in *WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT*, 183/2013.

²² CORAZZA, *Il nuovo conflitto collettivo. Clause di tregua, conciliazione e arbitrato nel declino dello sciopero*, FrancoAngeli, 2012, p. 91.

²³ Mario Rusciano pone in luce il rischio che una volta passata la tempesta mediatica la vicenda sia relegata nel dimenticatoio, cfr. RUSCIANO, *Le università e lo strano sciopero individuale*, cit.

collettiva, ciascun docente avrebbe agito da solo, depotenziando l'effetto della protesta collettiva.

Immaginarsi quali avrebbero potuto essere le conseguenze di una contemporanea e unica mobilitazione "collettiva" – di stampo tradizionale – risulta complesso. Ci si deve, invece, misurare con la ipotesi attuale e con i profili organizzativi dello svolgimento di esami di profitto universitari; se la scelta fosse ricaduta sull'astensione dalla didattica, così come in passato varie volte è stato, molti elementi sarebbero stati diversi: si sarebbe potuta verificare la coincidenza di data ma probabilmente un effetto mediatico meno rilevante²⁴.

La relazione annuale della Commissione di garanzia, relativa al 2016, dà conto che nel settore Università si sono svolte soltanto cinque azioni di sciopero nell'anno di riferimento, con una riduzione della conflittualità, ciò denotando una propensione per una gestione negoziata. I casi richiamati sono, tra l'altro, relativi ad attività direttamente o indirettamente funzionali all'istruzione universitaria: il portierato, la vigilanza etc., alle quali la Commissione ha riconosciuto la strumentalità rispetto al servizio principale, assoggettandole alla legge 146/1990.

La tipicità dello sciopero recente attiene, dunque, all'oggetto dell'astensione: l'attività di svolgere esami. Ci sono analogie tra tale astensione e quella di lavoratori turnisti, per questi ultimi il metodo di organizzazione del lavoro prevede la successiva occupazione di ciascuno negli stessi posti di lavoro, secondo un determinato ritmo: la organizzazione del lavoro si riflette direttamente sui tempi e i modi dell'astensione collettiva. Nell'ambito dello sciopero dei docenti, è individuato un periodo di riferimento coincidente per tutti i potenziali scioperanti, il cui rispetto da parte dell'aderente, nel proprio turno, è idoneo a trattenerlo all'interno della cornice collettiva.

La collettività dell'azione assume, dunque, tratti peculiari proprio in ragione delle modalità di organizzazione del lavoro ma non viene meno.

Uno dei profili oggetto di discussione sta nella previa comunicazione di adesione quale strumento di verifica della ampiezza del consenso e, secondo alcuni, ritenuto incompatibile con l'esercizio del diritto di sciopero inteso come diritto di autodeterminazione "incondizionato" fino a poco

²⁴ Si vedano i titoli dei principali quotidiani online che con titoli altisonanti descrivono lo sciopero "di chi non sciopera mai", tra gli altri v. http://www.repubblica.it/scuola/2017/09/21/news/universita_lo_sciopero_dei_docenti_supera_quota_10_000_lezioni_in_piazza_blocchi_anche_a_gennaio_-176111044/.

prima dell'inizio dell'astensione²⁵. Ha fatto discutere, in particolare, la presentazione di un emendamento alla legge di stabilità 2018 in cui era previsto l'obbligo del lavoratore di comunicare preventivamente la propria adesione a scioperi proclamati nei servizi pubblici essenziali. Secondo alcuni primi commenti, tale previsione non sarebbe idonea a incidere “in alcun modo sulla titolarità del diritto di sciopero quanto piuttosto sul *quomodo*, vale a dire su un profilo di esercizio di esso da parte del lavoratore” e diverrebbe “requisito di congruità degli accordi sulle prestazioni indispensabili, ai fini della valutazione di idoneità della Commissione di garanzia”²⁶. Certo, resta discutibile che un emendamento alla legge di stabilità – quest'ultima deputata per definizione alla programmazione finanziaria – si possa spingere fino a legiferare su questo ambito e, sul punto, l'iniziativa non potrebbe essere condivisibile.

La terziarizzazione del conflitto e la logica del bilanciamento reclamano, comunque, soluzioni volte a rendere nota in tempo utile la scelta di adesione. Un simile provvedimento avrebbe senso, in altre parole, in una prospettiva di organizzazione del servizio minimo, al fine di meglio soddisfare il diritto costituzionalmente tutelato che, dallo sciopero, verrebbe compresso. La sollecitazione alle parti sociali di inserire negli accordi sulle prestazioni indispensabili clausole in materia di comunicazione preventiva di partecipazione allo sciopero “contribuirebbe notevolmente a una più precisa informazione utile, tanto ai cittadini utenti quanto alle aziende, rendendo possibile la commisurazione dell'erogazione del servizio all'effettivo numero di adesioni”²⁷.

²⁵ Nella giurisprudenza, “l'esercizio del diritto di sciopero non può essere subordinato a forme o restrizioni atteso che esso, quale che sia la forma di espressione e l'entità del danno arrecato, non ha altri limiti se non quelli che si rinvengono in norme che tutelano posizioni soggettive concorrenti, su un piano prioritario, come il diritto alla vita (...)”, v. Corte di Appello di Milano 30 marzo 2016 n. 447. Il giudicante, nell'occasione, aveva precisato che la richiesta dell'azienda di “chiedere giustificazione del motivo dell'assenza dovuta alla partecipazione allo sciopero possa essere considerata una restrizione di tale diritto e, conseguentemente, afferma che le assenze dal lavoro che costituiscono esercizio del diritto di sciopero non richiedono giustificazione”, cfr. PICUNIO, *È legittimo il rifiuto del lavoratore di dichiarare l'adesione allo sciopero*, in *Labor*, aggiornamento del 31 gennaio 2017.

²⁶ PINO, *A proposito della comunicazione preventiva di adesione allo sciopero*, in *Il diario del lavoro*, 2017, <http://www.ildiariodellavoro.it/adon.pl?act=doc&doc=66207#.WjUBJFXibIV>, consultato il 16.12.2017.

²⁷ SANTORO PASSARELLI G., *Relazione del Presidente per l'anno 2016*, Roma 22 giugno 2017, p. 11. Il presidente della Commissione di garanzia sostiene altresì che “diverrebbe così finalmente

La Conferenza dei Rettori (CRUI) nella comunicazione del 13 settembre 2017 aveva precisato che “le Università provvederanno agli adempimenti previsti in materia di astensione collettiva nella rilevazione delle adesioni allo sciopero e nella misura delle trattenute correlate con le giornate di sciopero”, in conformità al dettato dell’art. 5 della legge n. 146/1990.

I dati del ministero della Funzione pubblica hanno attestato che la percentuale di adesioni sul personale rilevato corrisponde al 24,93%, escludendo il personale assente per motivi diversi dallo sciopero²⁸; il dato denota che la recente mobilitazione – per essere la prima esperienza non ascrivibile al sindacato – ha raggiunto un buon livello di aggregazione.

3.1. Rappresentatività e conflitto

Il Movimento per la dignità della docenza universitaria si è rivelato compagine spontanea e autonoma rispetto agli organismi sindacali, idoneo a rendere esplicita la “libertà di associarsi nell’astensione dal lavoro indipendentemente e anche contro l’invito dei sindacati costituiti”. Non si può dimenticare l’efficace locuzione secondo cui “è lo sciopero che fa il sindacato e non viceversa”²⁹, a significare – secondo Massimo D’Antona – che non vi è alcun limite soggettivo alla libertà di organizzazione sindacale.

Il caso recente conferma che la fissazione di soglie minime di rappresentatività potrebbe, in generale, risultare preclusiva non solo del conflitto ma anche dell’esercizio della libertà sindacale.

Nell’agitazione che ha coinvolto il mondo universitario, l’assenza del sindacato fa trasparire l’indebolimento della funzione di rappresentanza negoziale dello stesso, a cui si accompagna la contestuale riduzione del numero degli iscritti³⁰. Mentre resta auspicabile la riemersione di “parole come unità

censurabile e sanzionabile il comportamento di aziende che, allo stato, a fronte di scioperi che raccolgono l’adesione del 5-6% sospendono il servizio o si limitano a fornire solamente la soglia minima stabilita nella disciplina del settore, senza adeguarla alla effettiva portata della astensione”.

²⁸ Cfr. <http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/06-11-2017/sciopero-dagli-esami-di-profitto-nelle-universita-italiane-dal-28>.

²⁹ Le citazioni sono tratte da D’ANTONA, *La legge sullo sciopero nei servizi essenziali e le tendenze del diritto sindacale*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D’Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, p. 160 ss.; GAETA, *Le quattro facce dello sciopero*, in GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all’Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014, p. 255 ss.

³⁰ BELLARDI, *Relazioni industriali e contrattazione collettiva: criticità e prospettive*, in *LD*, 2016, p. 939.

sindacale e dei valori che denotano”, a fronte dell’indebolimento di eguaglianza e solidarietà³¹, si nota come “il conflitto nella forma dello sciopero sta costantemente declinando, per cause molteplici, tra cui determinanti risultano sia la subordinazione all’obiettivo prioritario della conservazione (o della conquista) di un posto di lavoro, sia della rottura della solidarietà di classe”³². È anche vero che siamo di fronte a una “disaggregazione dell’interesse collettivo”³³, soprattutto per l’ascesa del lavoro digitale e di nuove forme di impiego che ne accentuano i profili solipsistici.

Come noto, le regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali non richiedono espressamente la sussistenza di una soglia di rappresentatività: è lo stesso dato letterale a rendere ammissibili le coalizioni c.d. occasionali. L’espressione “i soggetti che promuovono lo sciopero” (cfr. art. 2, co. 3) è sufficientemente ampia per ricomprendervi “soggetti” di appartenenza sindacale e non³⁴.

Il tema della capacità rappresentativa del soggetto proclamante è al centro del dibattito dottrinale attuale, diviso tra chi non ammette alcun criterio di selezione sulla rappresentatività e chi propende per l’individuazione di soglie minime, idonee a fare sì che lo sciopero conservi il suo ruolo di autotutela e non di mero accreditamento del sindacato³⁵.

4. Una goccia nell’oceano?

L’astensione dei docenti universitari conferma che lo sciopero può manifestarsi con le più diverse e imprevedibili modalità, tradizionali o innovative; nei suoi cambiamenti morfologici costituisce uno degli aspetti più

³¹ BALLESTRERO, *A proposito della titolarità del diritto di sciopero*, in *Il contributo di Mario Rusciano all’evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 383 ss.

³² GOTTARDI, *La contrattazione collettiva tra destrutturazione e ri-regolazione*, in *LD*, 2016, p. 909.

³³ VENEZIANI, *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *RGL*, 2008, p. 295.

³⁴ La stessa espressione è utilizzata in materia di sanzioni (v. art. 4, co. 3) e di ordinanza di precettazione (v. art. 10).

³⁵ Il convegno Aidlass del 30 novembre 2017, dal titolo “Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale”, si è svolto proprio su questi temi. Si vedano, *inter alia*, le posizioni espresse da Vincenzo Bavaro che ha affermato che la individuazione di soglie di rappresentatività può avere un effetto “preclusivo” della proclamazione ovvero la posizione contraria di Luisa Corazza sostenitrice della necessità di individuare soglie minime di rappresentatività.

“delicati e problematici della convivenza civile”³⁶, questo è vero soprattutto quando il diritto di sciopero incontra altri diritti costituzionalmente tutelati.

Nello sciopero dallo svolgimento degli esami viene percorsa una strada di protesta diversa dalle tradizionali ma che, comunque, è pienamente rispondente al paradigma di astensione collettiva sopra descritto. È stato di recente sottolineato che la gran parte degli scioperi proclamati nei servizi pubblici essenziali sono proclamati “nel rispetto delle norme di legge e di regolamento che governano il conflitto (...) segno, questo, di un certo radicamento della normativa nella prassi dei principali attori delle relazioni industriali”³⁷.

Nulla di nuovo, dunque, salvo l’occasione di riflettere sui possibili confini di un aggiornamento regolativo: i quasi trent’anni che ci separano dalla legge 146/1990, al netto dei significativi interventi della legge 83/2000, reclamano di riadattare al mutato contesto sociale le regole in un settore così centrale come quello dei servizi pubblici essenziali³⁸.

In una prospettiva *de iure condendo*, i profili di completamento regolativo dovrebbero vertere, dunque, più sul potenziamento del temperamento, inteso come tecnica dinamica aperta al confronto tra interessi e situazioni contrastanti³⁹, che sulla selezione-esclusione *tout court* dei soggetti del conflitto sulla base di soglie prefissate di rappresentatività. Quest’ultima operazione resta ipotizzabile caso per caso, negli ambiti più conflittuali e frammentati.

Sul piano sostanziale, nel rilevare l’attinenza delle rivendicazioni a un moto di reazione alla austerità, si deve osservare, al contempo, che il mondo della università si trova, oggi, nella morsa di una lunga serie di incognite e nodi problematici che impediscono di descriverne le sorti su tinte rosee.

Dalla scarsità di risorse destinate alla ricerca⁴⁰, alla ardua compresenza di insegnamento e ricerca che difficilmente si basano sulla reciproca fecon-

³⁶ RUSCIANO, *Conflitto collettivo e sciopero tra costituzione e ordinamento intersindacale*, in PINO (a cura di), *Diritti fondamentali e regole del conflitto collettivo*, cit., p. 3 ss.

³⁷ SANTORO PASSARELLI G., *Relazione del Presidente per l’anno 2016*, cit., p. 5.

³⁸ Una sorta di “restyling di fronte alla continua evoluzione della complessità sociale”, cfr. SANTORO PASSARELLI G., *Relazione del Presidente per l’anno 2016*, cit., p. 5.

³⁹ RUSCIANO, *Conflitto collettivo e sciopero tra costituzione e ordinamento intersindacale*, cit.

⁴⁰ BALANDI, *Sarà mica vera ricerca? Squilibri e poca trasparenza nei meccanismi di finanziamento della ricerca*, in *Il Mulino online*, 11 ottobre 2016; BALANDI, *Studiosi, studenti, risorse*, in *LD*, 2016, p. 1013 ss.

dazione⁴¹, alla bassissima mobilità tra le sedi per arrivare, ancora, alla percezione di perdita di pregio del lavoro intellettuale. Sono recenti, tra l'altro, le vicende giudiziarie che hanno coinvolto il mondo universitario travolgendolo in un polverone di critica, diffidenza e sospetto che non ha precedenti.

È vero, d'altra parte, che “in una realtà in cui la classe politica è estremamente sensibile agli umori del popolo elettore, solo una cittadinanza consapevole della fondamentale importanza dell'università e della ricerca è in grado di indurre un profondo cambiamento delle pessime scelte politiche degli ultimi anni”⁴².

La questione retributiva, che sta alla base del recente sciopero (e dei futuri annunciati), rappresenta solo una goccia nell'oceano dei possibili interventi di cui l'università avrebbe bisogno; questo non significa minimizzare la rivendicazione ma riaffermare che lo sciopero è parte del conflitto collettivo ma non lo esaurisce del tutto. Tornano in gioco, allora, le regole che riguardano il momento precedente e quello successivo all'astensione collettiva dal lavoro, la regolamentazione contrattual-collettiva e l'impianto regolativo di sistema.

⁴¹ TROJSI, *Il Lavoro dei docenti universitari*, in *LD*, 1999, p. 96. Il “modello humboldtiano” di Università si caratterizza principalmente per l'osmosi tra insegnamento e ricerca: “la ricerca deve influenzare e stimolare l'insegnamento così come l'insegnamento deve aprire nuove vie alla ricerca, in una sinergia che rafforza entrambi”; l'Autrice afferma che “l'insegnamento vive sempre di più il divario tra legge e realtà”.

⁴² BELLAVISTA, *Insegnamento e ricerca tra libertà e autorità*, in *LD*, 2016, p. 1079.

Key words

Docenza universitaria, sciopero, retribuzione, austerità, politiche.

University professors, strike, wages, austerity, policies.

notizie sugli autori

Edoardo Ales

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Cassino

Alberto Avio

Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara

Stefania Buoso

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Ferrara

Rosa Casillo

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Francesco Di Noia

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro

Antonella Durante

Stagista, Legal Department of The Norwegian Confederation of Trade Unions

Giorgio Fontana

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Mediterranea di Reggio Calabria

Gemma Pacella

Dottoranda di ricerca in Management and Law, Università Politecnica delle Marche

Giovanni Pino

Capo di gabinetto, Commissione di Garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali

Antonio Riccio

Docente a contratto di Diritto del lavoro, Università di Firenze

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

indice annata 2017

editoriale

- 485 EDOARDO ALES
Il Modello Sociale Europeo dopo la crisi: una mutazione genetica?
- 225 MIMMO CARRIERI
Lo sciopero “polverone”: si può contenere?
- 5 JEFF KENNER
Il potenziale impatto della Brexit sul Diritto del lavoro europeo e britannico

saggi

- 371 ARIANNA AVONDOLA
Lavoro giornalistico ed equo (s)compenso
- 529 ROSA CASILLO
La subordinazione “agile”
- 333 NUNZIA CASTELLI
Contrattualismo e diritto del lavoro: una strana coppia
- 253 GIOVANNI D’AMICO
“Giustizia contrattuale” nella prospettiva del civilista
- 89 OMBRETTA DESSI
Riflessioni in tema di astensione collettiva dei notai
- 553 FRANCESCO DI NOIA
Legge e contratto collettivo prima e dopo l’art. 8, l. 148/2011: storia di un rapporto in crisi
- 239 RAFFAELE DI RAIMO
Giustizia e fondamento variabile dell’autonomia negoziale

- 61 MARIA DOLORES FERRARA
La ricerca a termine: problemi e prospettive del reclutamento dei ricercatori universitari
- 301 GIORGIO FONTANA
“Contratto di lavoro” e “giustizia” nella crisi economica
- 13 ALESSANDRO GARILLI
Immigrati e diritti sociali: parità di trattamento e tutela multilivello
- 495 GIOVANNI PINO
Rilettura della nozione di contemperamento/bilanciamento tra esercizio del diritto di sciopero e diritti dei cittadini nella complessità sociale
- 577 ANTONIO RICCIO
I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro
- 39 CARLA SPINELLI
La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act
- 279 LORENZO ZOPPOLI
Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro

giurisprudenza

- 145 ANNA ALAIMO
La “Riforma Madia” al vaglio della Corte costituzionale. Leale collaborazione e intese possono salvare la riforma della pubblica amministrazione (Commento a Corte cost. 25 novembre 2016 n. 251)
- 395 ANTONELLO BALDASSARRE
L’“onnicomprendività” della retribuzione dei lavoratori pubblici nella giurisprudenza contabile e amministrativa (Rassegna)
- 121 STEFANO BATTINI
Cambiamento amministrativo, cambiamento giurisprudenziale, cambiamento costituzionale. Brevi note sulla sentenza n. 251 del 2016 della Corte costituzionale (Commento a Corte cost. 25 novembre 2016 n. 251)
- 415 ALESSANDRO DI CASOLA
Il mosaico del “fatto” tra imputabilità e antigiuridicità

(Commento a Cass. 16 maggio 2016 n. 10019 e Cass. 20 settembre 2016 n. 18418)

- 631 ANTONELLA DURANTE
Diritti sindacali e libertà di stabilimento nei mari del Nord
(Commento a Supreme Court of Norway, 16 December 2016, HR-2016-2554, case n. 2014/2089, Holship)
- 613 GIORGIO FONTANA
Le questioni di costituzionalità del contratto a tutele crescenti
(Commento a Trib. Roma, ordinanza del 26 luglio 2017)
- 643 GEMMA PACELLA
Velo islamico della lavoratrice e corporate image: Corte Europea e bilanciamento degli interessi
(Commento a C. Giust., Grande Sezione, 14 marzo 2017, C-157/15)
- 169 VALENTINA PASQUARELLA
*Assunzione a termine “necessariamente” causale per i soggetti disabili: un re-
virement della Cassazione nell’ottica di una tutela multilivello*
(Commento a Cass. 9 settembre 2016 n. 17867)

opinioni

- 189 ROBERTA CALVANO
*Il quesito referendario sull’art. 18. Corte e promotori tra giudizio di ammissi-
bilità e politica*
- 197 CLAUDIO DE FIORES
Art. 18: un referendum inammissibile nonostante i precedenti

osservatorio

- 655 ALBERTO AVIO
La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità
- 669 STEFANIA BUOSO
Docenza universitaria e astensione dal lavoro
- 199 EMILIA D’AVINO
*Una riflessione sull’attuazione dei diritti fondamentali negli ordinamenti giu-
slavoristici sudamericani*

- 455 MARIA CHIARA MERCORIO
Il licenziamento per motivi economici in Francia
- 429 GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI
Le complesse vicende del contratto di lavoro nel trasferimento d'azienda

lavoro e... cinema

- 211 VALERIA NUZZO
Quei sette minuti che possono valere la dignità

table of contents 2017

editorial

- 485 EDOARDO ALES
The European Social Model After the Crisis: A Genetic Mutation?
- 225 MIMMO CARRIERI
The Strike that “Kicks up Some Dust”: Can It be Contained?
- 5 JEFF KENNER
The Potential Impact of Brexit on EU and UK Labour Law

articles

- 371 ARIANNA AVONDOLA
Journalists’ Work and (Un)Fair Remuneration
- 529 ROSA CASILLO
The ‘Agile’ Subordination
- 333 NUNZIA CASTELLI
Contractualism and Labour Law: a Strange Couple
- 253 GIOVANNI D’AMICO
“Contractual Justice” in the Perspective of a Civil Law Scholar
- 89 OMBRETTA DESSÌ
Reflections on Collective Action of Notaries
- 553 FRANCESCO DI NOIA
Law and Collective Agreement Before and After Article 8, Law 148/2011: Story of a Relationship in Crisis
- 239 RAFFAELE DI RAIMO
Contractual Justice: a Systematic-Historical Framework

- 61 MARIA DOLORES FERRARA
The Fixed-Term Research: Problems and Perspectives of Recruitment of University Lecturers
- 301 GIORGIO FONTANA
“Contract of employment” and “Justice” in the Economic Crisis
- 13 ALESSANDRO GARILLI
Immigrants and Social Rights: Equality of Treatment and Multi-level Protection
- 495 GIOVANNI PINO
Re-reading the Notion of Balancing the Exercise of the Right to Strike and the Rights of Citizens in the Social Complexity
- 577 ANTONIO RICCIO
The main Theoretical and Practical Profiles of the Certification of Employment Contracts
- 39 CARLA SPINELLI
The Challenge of ‘Reasonable Agreements’ for Disabled Employees after Jobs Act
- 277 LORENZO ZOPPOLI
Distributive Justice, Commutative Justice and Labour Contracts

case law

- 145 ANNA ALAIMO
The ‘Madia Reform’ Under Review by the Constitutional Court. Loyal collaboration and Agreements Can Save the Public Administration Reform (Comment to Constitutional Court 25 November 2016 no. 251)
- 395 ANTONELLO BALDASSARRE
The “All Encompassing” of Public Employees’ Remuneration in the Accounting and Administrative Jurisprudence (Review)
- 121 STEFANO BATTINI
Administrative Change, Policymaking Change, Constitutional Change. Brief Notes on Judgment no. 251 of 2016 of the Constitutional Court (Comment to Constitutional Court 25 November 2016 no. 251)
- 415 ALESSANDRO DI CASOLA
The Mosaic of the “Fact” between Imputability and Illegality

(Comment to Cassazione 16 May 2016 n° 10019 and Cass. 20 September 2016 n. 18418)

- 631 ANTONELLA DURANTE
Trade Union Rights and Freedom of Establishment in the North Sea
(Comment to Supreme Court of Norway, 16 December 2016, HR-2016-2554, case n° 2014/2089, Holship)
- 613 GIORGIO FONTANA
Constitutionality Issues of the Increasing Protection Contract
(Comment to Rome Tribunal 26 July 2017, ordinance)
- 643 GEMMA PACELLA
Islamic Headscarf of the Employee and Corporate Image: European Court and Balance of Interests
(Comment to Court of Justice of the European Union, Great Chamber, 14 March 2017, C-157/15)
- 169 VALENTINA PASQUARELLA
Disabled individuals Has to Be Necessarily Recruited through a Motivated Fixed-Term Contract. A Revirement of the Supreme Court in View of a Multi-level Protection
(Comment to Cass. 9 September 2016 no. 17867)

opinions

- 187 ROBERTA CALVANO
The Referendum Question on Article 18. Court and Promoters between Admissibility and Politics
- 195 CLAUDIO DE FIORES
Article 18: an Inadmissible Referendum Despite the Judicial Precedents

observatory

- 655 ALBERTO AVIO
The new Protection of the Whistleblowing Employee
- 669 STEFANIA BUOSO
University professor and strike

- 199 EMILIA D'AVINO
A Reflection on the Implementation of Fundamental Rights in the Latin-American Labour Law Legal Orders
- 455 MARIA CHIARA MERCORIO
Dismissals for Economic Reasons in France
- 429 GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI
The Complexities of the Contract of Employment in Transfer of Undertaking

labour and... movies

- 211 VALERIA NUZZO
Those Seven Minutes that Can Mean Dignity

indice autori 2017

Anna ALAIMO, 145
Edoardo ALES, 485
Alberto AVIO, 655
Arianna AVONDOLA, 371
Antonello BALDASSARRE, 395
Stefano BATTINI, 121
Stefania BUOSO, 669
Roberta CALVANO, 189
Mimmo CARRIERI, 225
Rosa CASILLO, 529
Nunzia CASTELLI, 333
Giovanni D'AMICO, 253
Emilia D'AVINO, 199
Claudio DE FIORES, 195
Ombretta DESSÌ, 89
Alessandro DI CASOLA, 415
Francesco DI NOIA, 553
Raffaele DI RAIMO, 239
Antonella DURANTE, 631
Maria DOLORES FERRARA, 61
Giorgio FONTANA, 613
Alessandro GARILLI, 13
Jeff KENNER, 5
Maria Chiara MERCORIO, 455

Valeria NUZZO, 211

Giovanna PACCHIANA PARRAVICINI, 429

Gemma PACELLA, 645

Valentina PASQUARELLA, 169

Giovanni PINO, 495

Antonio RICCIO, 577

Carla SPINELLI, 39

Lorenzo ZOPPOLI, 279