

# indice

## editoriale

- 481 MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI, ROSARIO SANTUCCI  
*Diritti Lavori Mercati nel decennio “senza stelle” del diritto del lavoro*

## saggi

- 501 LUIGI MENGHINI  
*Lavoro pubblico e contratti flessibili dopo i decreti e le clamorose pronunce del 2013: con risorse insufficienti continuano i colpi di scena*
- 537 ANTONIO VISCOMI  
*Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare*
- 557 CARLO ZOLI  
*La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli*
- 581 LORENZO ZOPPOLI  
*Impresa e relazioni industriali dopo la “guerra dei tre anni”: verso una nuova legge sindacale?*
- 603 GIANFRANCO D’ALESSIO  
*Le prospettive di modifica del quadro legislativo in materia di lavoro pubblico*
- 635 DANIELA IZZI  
*La responsabilità solidale nell’appalto: una tutela in declino?*

## giurisprudenza

- 671 PAOLO PASCUCCI  
*La salvaguardia dell’occupazione nel decreto “salva Ilva”. Diritto alla salute vs. diritto al lavoro?*  
(commento a C. Cost. 9 aprile 2013 n. 85)

- 689 MARCO ESPOSITO  
*Introduzione alle opinioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: “sentieri” e “cantieri” per una nuova stagione sindacale*
- 693 ANTONIO BAYLOS GRAU  
*Dialogando dalla Spagna sulla rappresentatività sindacale e la costituzionalità democratica in Italia*
- 711 FRANCO CARINCI  
*Se il legislatore latita, la Corte costituzionale ne approfitta per fare il bello e il cattivo tempo*
- 721 ANDREA LASSANDARI  
*Tra diritti sindacali e contrattazione collettiva: la Consulta trova una difficile vita*
- 733 GIAMPIERO PROIA  
*Corte costituzionale e rappresentanze sindacali aziendali*
- 747 ANTONIO VALLEBONA  
*L’art. 19 stat. lav.: la Corte costituzionale stravolge la volontà del popolo (opinioni su C. Cost. 23 luglio 2013 n. 231)*

**lavoro e ... docufilm**

- 751 M. DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ  
*Le lavoratrici dell’OMSA e le donne dell’ILVA: il plus femminile nel conflitto*
- 757 *Notizie sugli autori*
- 759 *Abbreviazioni*
- 773 *Indice annata 2013*
- 781 *Indice autori 2013*

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

M<sup>a</sup> Cristina AGUILAR GONZÁLVES, Paola BOZZAO, Alessia GIURINI, Silvia IZZO, Daniela IZZI, Lara LAZZERONI, Luigi MENGHINI, Pasquale MONDA, Paolo PASCUCCI, Maria Teresa SALIMBENI, Raffaello SANTAGATA, Patrizia TULLINI, Jesús CRUZ VILLALÓN, Antonio VISCOMI, Gaetano ZILIO GRANDI, Antonello ZOPPOLI

Il referaggio è stato effettuato da:

Gian Guido BALANDI, Antonio BAYLOS GRAU, Stefano BELLOMO, Franca BORGOGELLI, Riccardo DEL PUNTA, Maximilian FUCHS, Donata GOTTARDI, Mariella MAGNANI, Arturo MARESCA, Luigi MARIUCCI, Angelo PANDOLFO, Paolo PASCUCCI, Maurizio RICCI, Umberto ROMAGNOLI, Roberto ROMEI, Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, Carlo ZOLI



# Table of contents

## editorial

- 481 MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI, ROSARIO SANTUCCI  
*Diritti Lavori Mercati in the last ‘starless’ ten years of Italian Labour Law*

## articles

- 501 LUIGI MENGHINI  
*Public employment and the flexible contracts after the decrees and the sensational case-law of 2013. When the budget is insufficient the coupes-de-scène continue*
- 537 ANTONIO VISCOMI  
*Economic ratio and legal rules: remarks for an interdisciplinary comparison from a labour law point of view*
- 557 CARLO ZOLI  
*Employees’ participation in Italy between new and old models*
- 581 LORENZO ZOPPOLI  
*The undertaking and industrial relations after ‘the War of the Three Years’: towards a new trade union law?*
- 603 GIANFRANCO D’ALESSIO  
*The perspectives to reform the legal framework of public employment*
- 635 DANIELA IZZI  
*Joint and several liability in contracting out: a protection on the wane?*

## case law

- 671 PAOLO PASCUCCI  
*The protection of employment in the ‘save-Ilva’ decrees. Right to health v. right to work?*  
(Note to judgement of C. Cost. 9 vril 2013 n. 85)

- 689 MARCO ESPOSITO  
*Opinions about the judgement of the Constitutional Court n° 231/013: “paths” and “yards” towards a new season for trade union*
- 693 ANTONIO BAYLOS GRAU  
*Dialoguing from Spain about union representation and the democratic constitutionality in Italy*
- 711 FRANCO CARINCI  
*If the legislature is absent, the Constitutional Court takes the opportunity to do whatever it likes*
- 721 ANDREA LASSANDARI  
*The Constitutional Court finds a difficult path between union rights and the collective bargaining*
- 733 GIAMPIERO PROIA  
*The Constitutional Court and the union representatives at firm level*
- 747 ANTONIO VALLEBONA  
*Article 19 of Workers’ Statute: the Constitutional Court distorts people’s will (Opinions about C. Cost. 23 July 2013 n. 231)*

**labour and ... docufilm**

- 751 M. DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ  
*Women workers of OMSA and the women of Ilva: the female surplus value within the conflict*
- 757 *Authors’ information*
- 759 *Abbreviations*
- 773 *Table of contents 2013*
- 781 *Table of authors 2013*

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

M<sup>a</sup> Cristina AGUILAR GONZÁLVES, Paola BOZZAO, Alessia GIURINI, Silvia IZZO, Daniela IZZI, Lara LAZZERONI, Luigi MENGHINI, Pasquale MONDA, Paolo PASCUCCI, Maria Teresa SALIMBENI, Raffaello SANTAGATA, Patrizia TULLINI, Jesús CRUZ VILLALÓN, Antonio VISCOMI, Gaetano ZILIO GRANDI, Antonello ZOPPOLI

The referees have been:

Gian Guido BALANDI, Antonio BAYLOS GRAU, Stefano BELLOMO, Franca BORGOGELLI, Riccardo DEL PUNTA, Maximilian FUCHS, Donata GOTTARDI, Mariella MAGNANI, Arturo MARESCA, Luigi MARIUCCI, Angelo PANDOLFO, Paolo PASCUCCI, Maurizio RICCI, Umberto ROMAGNOLI, Roberto ROMEI, Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, Carlo ZOLI





**Mario Rusciano, Lorenzo Zoppoli, Rosario Santucci**  
**Diritti Lavori Mercati**  
nel decennio “senza stelle” del diritto del lavoro

**Sommario:** **1.** Il decennale della rivista: perché ricordarlo. **2.** Bilancio di un decennio. Le innovazioni nella valutazione delle riviste. **3.** L'impostazione metodologica della rivista. In particolare: comparazione internazionale, “multi” e “inter” disciplinarietà. **4.** I sistemi italiani di valutazione della ricerca. **5.** Gli ultimi dieci anni del diritto del lavoro: legislazione e ideologie. **6.** I tratti prevalenti del diritto del lavoro del decennio: flessibilità, disordine delle fonti e strabismo regolativo sui soggetti sindacali. **7.** (segue). Gli interventi legislativi del decennio: significati e contraddizioni. **8.** Sistema di relazioni sindacali e contratto individuale: problemi aperti e possibili linee di riforma. **9.** ... “uscimmo a riveder le stelle”?

*1. Il decennale della rivista: perché ricordarlo*

Quest'anno ricorre il decennale di *Diritti Lavori Mercati*. Si sarebbe potuto trascurare l'evento e risparmiarsi così, a chi della Rivista si occupa, il peccato (veniale) di narcisismo intellettuale, tanto ridicolo quanto diffuso nel mondo accademico. Ma ciò avrebbe fatto torto ai tanti che, con scienza ed entusiasmo, contribuiscono al buon risultato di un impegnativo lavoro comune.

Almeno due ragioni giustificano sia il risalto della ricorrenza, sia il taglio di questo editoriale. La prima: fare il bilancio del “senso” della Rivista, in rapporto al pluralismo metodologico seguito nell'affrontare le tematiche del lavoro, specie alla stregua del nuovo regime di valutazione della ricerca scientifica. La seconda: riflettere criticamente sugli svolgimenti del diritto del lavoro, visto che il decennale coincide con una fase travagliata e confusa della materia senza precedenti.

*2. Bilancio di un decennio. Le innovazioni nella valutazione delle riviste*

Tentiamo allora, innanzitutto, un bilancio complessivo del lavoro svolto

dalla Rivista in questo intenso decennio, senza trascurare qualche primo riscontro esterno. In essa, una quadrimestrale di circa seicentocinquanta pagine all'anno – grazie a Mario De Dominicis, Editore tollerante e non fiscale sui c.d. sforamenti – distribuite (quasi) equamente su tre numeri a scadenza (quasi) puntuale, sono stati pubblicati 342 saggi, di cui circa 80 (poco più del 23%) su tematiche sovranazionali di diritto del lavoro o di relazioni industriali. Proprio per rafforzare diffusione e interesse internazionali, *Diritti Lavori Mercati* ha aderito, dal 2009, all'*Association of Labour Law Journals*, che raccoglie riviste specialistiche di tutto il mondo e promuove incontri di studio e confronti ai quali si partecipa attivamente.

Nell'arco di tempo considerato, sono stati trattati temi classici e temi nuovi; sono stati ospitati dibattiti teorici e di attualità, con un occhio anche ai profili pratico-applicativi della normativa legale e negoziale, affrontati con commenti autorevoli alla giurisprudenza e alla casistica di relazioni industriali.

Tutte le articolazioni della materia sono state toccate: il rapporto di lavoro; il mercato del lavoro; il diritto sindacale; il lavoro pubblico; il processo del lavoro; la sicurezza sociale; il diritto penale del lavoro. Ed è stata curata con impegno anche una rubrica su “cinema, letteratura, teatro, musica... e lavoro”.

Pur privilegiando una composizione della rivista articolata in varie rubriche – per incrociare più interessi e più lettori – si è scelto di pubblicare qualche numero monografico, per affrontare tempestivamente tematiche nuove sulle quali promuovere riflessioni a più voci (è il caso della *flexicurity* in Europa, colta sul nascere negli anni 2006/2007) o di tornare a riflettere su testi legislativi epocali, meritevoli di un apporto corale, come per i quarant'anni dello Statuto dei lavoratori.

Nelle pagine di *Diritti Lavori Mercati* hanno pubblicato 213 autori, di cui circa il 10% stranieri. Si è mantenuta l'idea iniziale di fare della Rivista un crocevia per i giuslavoristi di tutte le scuole e di ogni orientamento. Tra gli autori figurano studiosi (italiani e stranieri) di altre discipline giuridiche – costituzionalisti, filosofi del diritto, civilisti, amministrativisti, commercialisti, penalisti – e di altre aree scientifiche, come economisti, sociologi, organizzativi. Non sono mancati, inoltre, interessanti contributi di magistrati.

Infine, direzione e redazione hanno subito colto la necessità di decidere quantità e qualità degli scritti da pubblicare passando attraverso procedure formalizzate e trasparenti. Infatti, appena sono diventati più chiari i c.d. “re-

quisiti di processo”, ritenuti accettabili per “apprezzare” oggettivamente la qualità delle riviste specialistiche dalle principali associazioni scientifiche italiane di materie giuridiche (nel nostro caso *in primis* dall’Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza sociale – AIDLASS – che negli anni 2010-2011 ha partecipato all’elaborazione collettiva di un documento del c.d. “tavolo dell’area 12”), sono state seguite procedure di referaggio dei saggi da pubblicare. È stato istituito un comitato stabile di *referee* autorevoli, italiani e stranieri, di varie università (la cui composizione appare nella terza di copertina della Rivista, a partire dal n. 1 del 2011, uscito a luglio del 2011). Pur con la dovuta discrezione nei riguardi degli studiosi che, dopo un primo *screening* e su richiesta della redazione, accettano la gravosa responsabilità di esprimere giudizi puntuali e rapidi sugli scritti da pubblicare, la trasparenza è assicurata dall’indicazione – separata – degli scritti sottoposti a referaggio e dei *referee* cui si è fatto ricorso. Come si può verificare, tutti i *referee* che hanno accettato di far parte del comitato sono stati coinvolti, pur se talora è stato necessario ricorrere a qualche specialista esterno (specie per i saggi di aree diverse dal diritto del lavoro). Da quando esiste tale procedura è stato sottoposto a referaggio più dell’80% degli scritti pubblicati (49 su 60 complessivi), ivi comprese le note a sentenza (tranne quelle molto brevi) ed esclusi gli editoriali.

Come si diceva, la formalizzazione di queste procedure ha comunque avuto un ottimo riscontro con la recente pubblicazione, da parte dell’Anvur, dei risultati della VQR 2004-2010. Si legge nel rapporto che *Diritti Lavori Mercati* non solo risulta tra le riviste collocate in fascia A all’inizio dell’esercizio di valutazione (febbraio-giugno 2012/marzo 2013), ma i risultati a valle dell’esercizio medesimo confermano tale inserimento: i saggi pubblicati e presentati per la VQR hanno ottenuto valutazioni pari a “eccellente/buono” nella non trascurabile percentuale del 61,3% del totale di quelli valutati. A conti fatti, *Diritti Lavori Mercati* è la quarta rivista (su 9) per qualità delle pubblicazioni, pur se la più “giovane” tra quelle di fascia A.

### 3. *L’impostazione metodologica della rivista. In particolare: comparazione internazionale, “multi” e “inter” disciplinarità*

I dati forniti premiano la scelta metodologica della Rivista e mostrano piena coerenza con la sua impostazione originaria, indicata nell’editoriale

del n. 1 del 2003<sup>1</sup>. All'inizio della nuova avventura, è stato spiegato l'abbandono di una precedente esperienza editoriale<sup>2</sup> con la convinzione che il mutamento della prospettiva culturale dei problemi del lavoro implicasse pure un ampliamento della prospettiva di analisi.

L'attenzione dedicata al "diritto del mercato del lavoro" era, una ventina di anni fa, più che fondata, in quanto il mercato del lavoro – da sempre presente nel diritto del lavoro, ma con regole sul collocamento pubblico obbligatorio e con divieti su mediazione e interposizione privata – si poneva, verso la fine del secolo scorso, con insolita centralità sul piano delle regole: tanto da richiedere sia interventi massicci del legislatore, capaci di incidere sul contesto socio-antropologico del lavoro, sia l'apporto degli studiosi per ricondurne a sistema taluni profili inediti nell'ambito della disciplina.

Senonché nel nuovo millennio si è attivato un processo più profondo: che, partendo proprio dal mercato del lavoro, è andato trasformando *tutte* le regole del lavoro imponendo così il mutamento della prospettiva nel suo complesso. E allora i tre termini, declinati al plurale – *diritti, lavori, mercati* – sono stati pensati come interdipendenti e visti in un rapporto circolare o, se si vuole, come l'abbozzo di un mosaico da comporre con nuove tessere.

Si immaginava che, ai cultori delle scienze del lavoro (economisti, giuristi, sociologi, organizzativi), si potesse porre la sfida di inventare categorie concettuali e strumenti operativi, tesi ad allentare rigidità e ad abbattere le proverbiali inefficienze dei mercati del lavoro, senza disconoscere i diritti dei lavoratori, da considerarsi fondamentali: nei vecchi come nei nuovi lavori.

Con il senno del decennio trascorso, appare più che ragionevole il cambio di prospettiva. Diritti lavori mercati – si leggeva nel primo editoriale – "intende discutere, sempre con il metodo interdisciplinare, la nuova e controversa filosofia del diritto del lavoro"<sup>3</sup>. Questa prende forma dalle grandi problematiche dei nostri tempi, presenti dall'inizio del millennio.

Globalizzazione dell'economia; rivoluzione tecnologica; migrazioni bibliche; competitività planetaria; moltiplicazione e deregolazione dei mercati del lavoro; tutela dei lavori: sono i fattori che costringono a rimeditare *funditus* tutte le coordinate del sistema giuslavoristico. In altri termini, è diventata

<sup>1</sup> V. RUSCIANO, "Diritti Lavori Mercati": *significato di un cambiamento*, p. 1 ss.

<sup>2</sup> Con la rivista *Il diritto del mercato del lavoro*, da noi fondata e poi affidata dalla Esi a Francesco Santoni.

<sup>3</sup> V. al riguardo RUSCIANO, *op. ult. cit.*, p. 7.

più pressante la necessità di conciliare esigenze dell'impresa e dell'economia e tutela costituzionalizzata dei diritti (di cittadinanza) dei lavoratori e meno importante la semplice sistemazione delle regole del mercato nel *corpus* giuslavoristico.

Nel ridisegnare l'impostazione scientifica, la Rivista ha puntato su nuove metodologie: interdisciplinarietà e multidisciplinarietà; innesto del diritto del lavoro nel sistema di regole multivello (europeo e nazionale); comparazione tra diritti nazionali; riflessione critica e selettiva della casistica giurisprudenziale. E l'ha fatto nell'intento di contribuire al dibattito scientifico e giurisprudenziale con meno astrazione e più concretezza nel trattare temi rilevanti della realtà economico-sociale del nostro tempo.

Interdisciplinarietà e multidisciplinarietà sono chiavi di volta indispensabili per la conoscenza dei fenomeni che attraversano la nostra società e toccano il lavoro quale dimensione fondamentale della persona: sia quando c'è, sia quando manca. I giuslavoristi sono – si potrebbe dire: per natura – “giuristi di frontiera”, adusi a varcare territori di altre discipline giuridiche o di altre aree del sapere<sup>4</sup> e a stabilire utili interrelazioni tra i saperi. Ora più che mai, solo il percorso interdisciplinare fa capire il fondamento delle ragioni del capitalismo e dell'ideologia del libero mercato e consente di chiedersi se davvero essi garantiscano il migliore, se non l'unico, mondo possibile<sup>5</sup>.

Dunque la Rivista ha inteso e intende nutrire e arricchire il dibattito giuslavoristico, ma vuole farlo non limitandosi al *proprium* specialistico, consapevole della necessità di avere visioni più ampie: per conoscere più punti di vista; per approfondire, al di là delle forme, la sostanza degli assetti economico-sociali in cui viviamo; per osservare lavori e lavoratori nella complessità e poliedricità personale, sociale, economica e politica<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> V. al riguardo VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *questa rivista*, n. 3/2012, p. 441 ss.

<sup>5</sup> V. BASU, *Oltre la mano invisibile. Ripensare l'economia per una società giusta*, Laterza, 2012. Per un'intelligente riflessione sulle funzioni del diritto del lavoro v. AA.VV., *Il diritto sociale del lavoro. La funzione dei giuristi*, Cacucci, 2011.

<sup>6</sup> Si tenta di approfondire le radici economiche e sociali della nuova “etica” del lavoro, di individuare la nuova “microfisica” dei poteri al fine di trarne elementi per nuovi o rinnovati metodi, procedure o contenuti regolativi. La letteratura adesso è ampia al riguardo: v., oltre alla prospettiva “anche” giuridica di RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, SENNETT, *La cultura del nuovo capitalismo*, Feltrinelli, 2006; FERRAJOLI, *Poteri selvaggi*, Laterza, 2011; LUNGHINI, *Conflitto crisi incertezza*, Bollati Boringhieri, 2012; REVELLI, *I demoni del potere*, Laterza, 2012; RAMPINI, *Non ci possiamo più permettere uno Stato sociale. Falso!*, Laterza, 2012.

#### 4. *I sistemi italiani di valutazione della ricerca*

Senza dubbio, duole dirlo, questa prospettiva multidisciplinare viene in parte ostacolata dai sistemi italiani di valutazione della ricerca scientifica: sia da quello della qualità della ricerca (c.d.VQR), sia da quello per l'abilitazione scientifica nazionale (c.d.ASN). Questi sistemi esaltano gli specialismi con la previsione, al di là dei soli caratteri di scientificità, di graduatorie di riviste (fasce "A" e "non A") e costringono gli studiosi a rinchiudersi nei propri *cluster* specializzati di prestigio, preoccupati per valutazioni negative sulle proprie *performance*.

Beninteso, un efficace sistema di valutazione – come pure il dibattito che lo accompagna – è sacrosanto e contribuisce positivamente allo sviluppo della ricerca: se non altro perché, almeno in parte, lo sottrae ai vari arbitri del passato. Ma l'efficienza del sistema richiede una certa dose di elasticità nella misurazione e, soprattutto, uno spazio adeguato e ineludibile alla *peer review*<sup>7</sup>.

La positività sta pure nella nascita di un forte pensiero critico all'interno dello stesso sistema di valutazione, da indirizzare in modo che non generi malattie peggiori dei mali che pure si vogliono, giustamente, curare<sup>8</sup>. Al pensiero critico va infatti assicurato lo spazio che merita in una comunità scientifica proprio perché utile a contrastare distorsioni indotte da semplificazioni, da falsi miti (la sopravvalutazione dell'*impact factor*), da meccanismi quantitativi e procedurali, nati anche per "normalizzare", secondo un'ideologia ancora gravida di effetti perversi, la ricerca pubblica, assoggettandola, insieme con le offerte dell'alta formazione, alle capricciose tendenze del mercato globa-

<sup>7</sup> Si comprende la forte preoccupazione dei cultori delle scienze umane e sociali nei confronti delle proposte di procedure di indicizzazione internazionale e di creazione di un *database* di riviste italiane, per costruire indicatori citazionali e non citazionali, annunciate improvvisamente dall'Anvur (11 dicembre 2013) alla comunità scientifica e sottoposte ad una prima discussione pubblica il 20 gennaio 2014. L'uso di indici bibliometrici, criticato anche nell'ambito delle c.d. scienze dure, va utilizzato con grandissima cautela e, comunque, per le scienze giuridiche può svolgere un ruolo puramente secondario, per consentire al più una *informed peer review* e, eventualmente, fornire un deterrente all'eccesso di soggettività dei singoli *referee* (in tal senso è, tra l'altro, la relazione conclusiva del Gruppo di esperti della valutazione – c.d. Gev – dell'Area 12 su cui è stato stilato il suddetto rapporto Anvur per la Vqr 2004-2010).

<sup>8</sup> V. DELLA CANANEA, *Distingue frequenter: le valutazioni della ricerca in ambito giuridico e ZOPPOLI L., La valutazione della ricerca giuridica davanti all'alibi delle procedure: tra scetticismo, isteresi e tradimenti dei chierici ("casta" o "mercato")?*, in CARINCI F. e BROLLO (a cura di), *Abilitazione scientifica per i professori universitari*, Ipsa, 2013.

lizzato<sup>9</sup>. Perciò è da apprezzare il CUN che in materia è di recente divenuto più protagonista, decidendo di ri-assumere il ruolo istituzionale che gli spetta. E, sulla base della consultazione pubblica telematica effettuata tra aprile e luglio del 2013 con la partecipazione dell'intera comunità degli studiosi<sup>10</sup>, ha proposto al Ministro dell'Università nuovi criteri per accertare il carattere scientifico delle pubblicazioni e degli altri prodotti della ricerca. Criteri volti a superare steccati settoriali e a consentire l'identificazione scientifica dei prodotti della ricerca o della rivista in tutti i contesti in cui il prodotto sia utilizzato in modo pertinente. Se la proposta del CUN sarà accolta, inserendosi tra l'altro nel solco di un'autorevole tradizione internazionale, si avrà nuovo smalto sia in orizzontale, sia in verticale per il lavoro intellettuale. Comunque, ben può dirsi che il nostro metodo cognitivo ha sicuro riscontro nella comunità scientifica, in quanto coerente con i criteri ritenuti idonei a certificare, appunto, la scientificità dei contributi.

##### 5. *Gli ultimi dieci anni del diritto del lavoro: legislazione e ideologie*

La prospettiva metodologica della Rivista ha trovato terreno fertile nelle politiche del diritto del lavoro – e nei relativi esiti legislativi – egemoni nell'ultimo decennio. Le une e gli altri hanno generato una fase inquietante del diritto del lavoro, ancora non conclusa (anzi, stando alle dichiarazioni programmatiche dei nuovi leader politici del Paese, il c.d. “diritto del lavoro del terzo millennio” potrebbe finire anche peggio!). In ogni caso, il decennio sollecita a interrogarsi sulla permanenza dei caratteri identitari della materia, messi a repentaglio da una serie di fattori.

Il primo problema è quello di dover interpretare una legislazione per lo più disordinata, sciatta, alluvionale ed emergenziale, affetta da strabismo regolativo.

<sup>9</sup>V. al riguardo il tagliente volume di PINTO, *Valutare e punire*, Cronopio, 2012; ma anche le varie opinioni raccolte in MICCOLI, FABRIS (a cura di), *Valutare la ricerca? Capire, applicare, difendersi*, Edizioni ETS, 2012, nonché i tanti contributi, in massima parte critici, che l'associazione Roars (*Return on Academic Research*) pubblica in [www.roars.it](http://www.roars.it). Più in generale, sulla crisi dell'istruzione e della formazione (che riguarda non solo l'Italia, anche se nel nostro Paese è più evidente per gli scarissimi investimenti) e sul tipo di criticità (che non sono solo di risorse finanziarie ma di marginalizzazione della formazione del pensiero critico), per tutti v. NUSSBAUM, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, il Mulino, 2010.

<sup>10</sup>V. i risultati pubblicati nel sito [www.cun.it](http://www.cun.it).

Riesce ad essere persino irritante un legislatore che interviene quando e dove non è indispensabile (magari con eccessi normativi) e trascura invece le visioni strategiche: come quella della rappresentatività dei soggetti delle relazioni sindacali o dell'organica ri-regolazione delle fonti, in uno scenario ordinamentale multilivello (europeo e regionale), o, ancora, della relazione tra eteronomia, autonomia collettiva e autonomia individuale. Il tutto nel contesto di un mercato del lavoro attraversato da mutazioni antropologiche e professionali, cui far fronte con protezioni che siano nuove nella forma – per la novità delle condizioni socio-economiche – ma che nella sostanza siano capaci di garantire l'effettività dei diritti dei lavoratori<sup>11</sup>.

Una legislazione che rincorre spasmodicamente la competitività e una flessibilità fuori misura del sistema produttivo, nella speranza – puntualmente delusa – che si realizzino seri e positivi effetti occupazionali, ad altro non serve che a comprimere quel *diritto al lavoro* “di qualità” che si invoca nei testi europei. Eppure molti economisti hanno da tempo avanzato dubbi circa l'esistenza di un pensiero unico e risolutivo e suggeriscono visioni alternative e più eque di funzionamento dell'economia, spostando l'attenzione sull'offerta e sulla qualità della domanda di lavoro e soprattutto sulle scelte economiche strategiche, dirette e strumentali (*in primis*: ricerca; istruzione e formazione; politiche energetiche e industriali all'altezza dei tempi e tarate sulle risorse dei territori ecc.)<sup>12</sup>.

In secondo luogo ideologie maggioritarie sposano più o meno integralmente termini o espressioni del glossario neoliberista, smarrendo l'orizzonte del lavoratore in quanto “persona” (che ha il “diritto di avere diritti”)<sup>13</sup>. Come ha scritto nella Rivista Francesco De Sanctis dissertando

<sup>11</sup> V. GALLINO, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, Laterza, 2012, sulla persistenza degli squilibri di potere tra le classi sociali.

<sup>12</sup> V. BRANCACCIO, *Anti-Blanchard. Un approccio comparato allo studio della macroeconomia*, Franco Angeli, 2012; BASU, *op. cit.*, 2013; nell'ambito di questa rivista, cfr. le riflessioni “alternative” di LO CICERO, *Un nuovo paradigma per le politiche di sviluppo: crescita - competizione - comunicazione e informazione - conoscenza - cultura*, n. 2/2010; MUSELLA, *Pensare diversamente la crescita: la teoria dello sviluppo umano*, n. 1/2012; LATOUCHE, *La crisi dell'Occidente e le risposte della decrescita*, *ibidem*. V. anche criticamente sulla rilevanza del PIL, ai fini della misurazione del benessere dei paesi, PANICO e SAPIENZA, *Sul rapporto della Commissione nominata da Sarkozy per la misurazione dei risultati economici e del progresso sociale*, in questa rivista, n. 1/2010.

<sup>13</sup> Parafrasando il volume di RODOTÀ, *op. cit.*, su cui v. editoriale di DE SANCTIS, *Dignità della persona e costituzionalismo oltre lo Stato: il diritto oltre-moderno di Stefano Rodotà*, in questa rivista, n. 1/2013.



sul libro di Stefano Rodotà, il nuovo capitalismo, soprattutto quello finanziario che vive nella globalizzazione come nel suo terreno più fertile, “ha colonizzato in maniera così radicale i saperi, le politiche, le morali e la mentalità complessiva del globo che conta (...), così da far apparire, attraverso il liberismo che domina la scienza economica e la scienza politica, ancora una volta “contro natura” ogni economia diversa da quella egemone. E questa, contro la stessa radice del mondo moderno, ripropone il lavoro nella sua cruda appartenenza alla vita come mortificazione, come attività servile senza qualità, da inseguire dove costa poco, dove è senza diritti, dove la vita stessa è più precaria del lavoro. Dignità del lavoro, allora, rivendicata non come privilegio (se lavoro fisso), né come graziosa concessione (se lavoro precario), né come ciò che fagocita l’intero della vita, ma semplicemente come “bene” indisponibile per diritto incompressibile della persona e come fondamento della *res publica et communis*, secondo quanto dispone la nostra Costituzione nel suo linguaggio universale”<sup>14</sup>.

Diagnosi e idee prospettiche necessitano tuttavia di adeguati, anche se contenuti, *flashback*.

#### 6. *I tratti prevalenti del diritto del lavoro del decennio: flessibilità, disordine delle fonti e strabismo regolativo sui soggetti sindacali*

È noto che fin dall’inizio il terzo millennio, dal punto di vista economico-sociale, si presenta, rispetto agli ultimi anni del secolo scorso, ancora più “globalizzato”, sotto la pressione di una forte concorrenza. Il frutto è visibile nella metamorfosi dell’economia (sempre più terziarizzata), nell’impatto occupazionale, qualitativo e quantitativo (minore e meno qualificata occupazione), nelle mutazioni antropologiche, nelle riarticolazioni dei poteri decisionali e nelle nuove forme di lavoro<sup>15</sup>. Negli ultimi anni la crisi economica

<sup>14</sup> In questa rivista, n. 1/2013, cit.; v. inoltre TULLINI (a cura di), *Il lavoro: significato, identità, regole*, Zanichelli, 2009.

<sup>15</sup> Sul punto e con analisi dei risvolti sui fondamenti giuslavoristici, cfr. RUSCIANO, *Lavoro. Diritto del lavoro*, in *Enciclopedia del Novecento. Supplemento III*, Istituto della Enciclopedia italiana, 2004; sui lavori “flessibili” e “nuovi”, anche in ottiche comparate, v., in *questa rivista*: CRUZ VILLALÓN, *Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*, n. 2/2013; SARACINI, *Il contratto a termine dinanzi alla Consulta: il risarcimento rimane “sbilanciato”*, e VALLEBONA, *La vittoria della certezza* (note a Corte costituzionale n. 303/2011), n. 3/2011; CALVO GALLEGÓ, RODRIGUEZ PIÑERO ROJO M., *La reforma de la intermediación en el mercado de trabajo español*, n. 2/2010; RANIERI,

e finanziaria si è notevolmente accentuata, aggravando e mettendo in risalto i fattori indicati<sup>16</sup>. Le politiche di pareggio di bilancio, imposte anche dalle istituzioni comunitarie, hanno inciso pure sui sistemi pubblici di *welfare* (in particolare su pensioni e sanità). Il diritto del lavoro non presenta modelli innovativi, in apparenza caratterizzandosi per la convivenza di quelli che si sono affermati nei decenni precedenti (costituzionale; conflittuale; garantista; emergenziale; concertativo; flessibile)<sup>17</sup>. In realtà, se si analizzano le numerose e varieguate discipline, soprattutto legislative, sembra prevalere, sugli altri, il *modello della flessibilità*, declinato nelle sue molteplici varietà: l'impiego flessibile del lavoro, con la creazione di un'ampia tipologia contrattuale; la "triangolazione" lecita dei rapporti di lavoro e l'*outsourcing*<sup>18</sup>; la riduzione di tutele e dei contenuti eteronomi del contratto individuale; la flessibilità delle tecniche di disciplina, con nuove relazioni tra le fonti del rapporto di lavoro (legge, autonomia collettiva e autonomia individuale); ritorno in auge dell'autonomia individuale; esaltazione della contrattazione aziendale e territoriale e arricchimento delle fonti stesse, anche a seguito della riforma del titolo V della Costituzione (sussidiarietà verticale, ma anche orizzontale)<sup>19</sup>; la rivalutazione dei poteri datoriali; la flessibilità in uscita, specie con la l. n. 92 del 2012<sup>20</sup>; la riduzione del *welfare state* e il suo ripensamento (ancora troppo debole)<sup>21</sup>.

*Prestazione del socio lavoratore: problemi di qualificazione*, n. 1/2010; VIGNEAU, *Le nuove forme di flessibilità in Francia*, n. 1/2007; SANTORO-PASSARELLI G., *Nuove forme di lavoro e occupazione*, n. 2/2003. Di recente cfr. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012.

<sup>16</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, PERSIANI, ROMAGNOLI, TREU, *Relazioni* al convegno dell'Aidlass del 2013 a Bologna su *La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro*, in [www.aidlass.it/convegni](http://www.aidlass.it/convegni), nonché gli interventi alla tavola rotonda di RODRIGUEZ-PINERO M., FUCHS, JEAMMAUD, NEAL; CARINCI M. T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana a confronto*, in *DLRI*, 2012; SANTORO PASSARELLI G., *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *questa rivista*, n. 3/2012.

<sup>17</sup> Cfr. su modellistica giuslavoristica e tratti caratterizzanti il diritto del lavoro, COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *LD*, 2009. Per una focalizzazione sulla concertazione cfr. TREU, *La concertazione sociale*, in *questa rivista*, n. 1/2005.

<sup>18</sup> V. in tema SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *DLRI*, 2010.

<sup>19</sup> Di recente v. TROJSI, *Le fonti del diritto del lavoro tra Stato e Regione*, Giappichelli, 2013.

<sup>20</sup> Cfr. l'affascinante analisi di ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità "buona"*, in *LD*, 2013.

<sup>21</sup> In un'ottica di ripensamento, con aggancio ai fondamenti costituzionali e al loro bilanciamento, cfr. D'ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013. Sulla *flexicurity* in Europa v. il fascicolo monografico di *questa rivista*, n. 3/2007; cfr., inoltre, BALANDI, *La sicurezza sociale in Europa: quadro generale e primi rapporti dai*

Si aggiunge alle criticità del modello la questione strutturale delle regole sulla rappresentatività sindacale, che affligge da anni il nostro sistema di relazioni sindacali, condizionando tanto il rinvio legislativo alle regole sociali, quanto la democrazia sindacale e la legittimazione degli attori sociali<sup>22</sup>. Si determina pertanto un corto circuito tra libertà sindacale individuale ed effettività delle regole collettive. E l'inquietudine, cui si accennava in precedenza, raggiunge livelli di guardia quando il legislatore, come si è detto, non esclude contratti collettivi "separati" e "derogatori" (v. già il d.lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro e il d.lgs. n. 276/2003 su occupazione e mercato del lavoro; e, di recente, l'ormai famoso art. 8 della legge 148 del 2011)<sup>23</sup>. Qui il paradosso è lampante! Da un lato si enfatizza l'autonomia del singolo lavoratore, per liberarlo dall'abbraccio soffocante dell'eteronomia legislativa e collettiva; e, da un altro lato, si affida poi a non meglio definiti soggetti sindacali "comparativamente più rappresentativi" la disciplina di delicati contenuti del contratto di lavoro *anche* in deroga a disposizioni legali o contrattuali di livello superiore: senza alcun accertamento del "gradimento" individuale e risolvendo la questione nella rappresentatività generica e ancora una volta presunta (come minimo a partire dal 1970).

Tratteggiando alcuni orientamenti della legislazione del terzo millennio, si precisano i contorni di quest'approccio e di come il modello italiano della flessibilità suscita dubbi sia sui suoi aspetti intrinseci – essendo possibile offrire risposte alternative alle esigenze sociali (anche dei lavoratori) ed economiche (anche delle imprese) – sia sulla tenuta degli altri modelli, fino ad intaccare i fondamenti della materia.

*Paesi dell'allargamento, ibidem*, n. 3/2009. Più di recente RGL, 2013, n. 3, pp. 479-593, ha dedicato la rubrica *Il tema a Flessicurezza e precarietà*, con scritti di LOY G., REALFONZO, ESCUDERO RODRIGUEZ, RODRIGUEZ-PIÑERO M. y BRAVO FERRER, LAULOM, LOI P.

<sup>22</sup> Già quattro lustri fa ACCORNERO, *La parabola del sindacato*, il Mulino, 1992, focalizzava bene i deficit del nostro sistema sindacale, colmati solo in parte con gli accordi sindacali sulla rsu. Un'importante riflessione sull'approccio metodologico alle relazioni sindacali nell'ordinamento italiano è svolta da ZOPPOLI A., *A proposito del metodo nel diritto sindacale: note sulla contemporeità*, in *questa rivista*, n. 3 del 2007.

<sup>23</sup> Su questi temi v. da ultimo RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell'art. 39 della costituzione*, in *questa rivista*, n. 2/2013, e BAVARO, *Rappresentanza e rappresentatività sindacale nella evoluzione delle relazioni industriali, ibidem*, n. 1/2012, ai quali si rinvia anche per le accurate indicazioni bibliografiche.

7. (segue). *Gli interventi legislativi del decennio: significati e contraddizioni*

Il decennio di vita della Rivista è stato egemonizzato dai governi di centrodestra (2003, ma già 2001–2006, 2008–2011) e breve è stata la parentesi del governo Prodi di centrosinistra (2006–2008). Il quale, con interventi diretti a realizzare una controriforma della precedente legislazione (v. essenzialmente la l. 247/2007), ha lasciato pochissime tracce (il sistema di sicurezza del lavoro – testo unico n. 81/2008 – con rafforzamento del sistema amministrativo di controllo).

Le riforme e le innovazioni dei governi di centrodestra hanno introdotto una forte flessibilità del lavoro – soprattutto in entrata, oltre che sulle condizioni contrattuali – con valorizzazione (più che altro “intenzionale”) tanto dell’autonomia individuale quanto dell’autonomia collettiva. Quest’ultima però, come già detto, priva di una disciplina della rappresentanza sindacale e monopolizzata da quell’attore generico, definito *sindacato comparativamente più rappresentativo*, dalla rappresentatività non realmente misurata, a tutto vantaggio di prassi aziendali per la scelta di un interlocutore sindacale ben disposto ai c.d. “accordi separati”.

Nel 2008, dopo la breve fase del governo Prodi, sotto la pressione di una forte crisi occupazionale e finanziaria, si ripristina quanto il governo di centrosinistra aveva soppresso o attenuato (ad es., la somministrazione a tempo indeterminato o il lavoro a chiamata), e si introducono altre notevoli dosi di flessibilità del lavoro. I piatti forti sono il c.d. collegato lavoro (l. 183/2010) e il già ricordato art. 8 del d. l. 138/2011, convertito in l. 148/2011.

Con il collegato lavoro, la flessibilizzazione riguarda il regime legislativo del lavoro subordinato attraverso la previsione (art. 31) della clausola compromissoria, della decisione arbitrale secondo equità e della certificazione in deroga: temperate, per intervento del Presidente della Repubblica, con cautele sostanziali e procedurali ovvero con il rispetto dei principi generali dell’ordinamento e dei principi regolatori della materia, derivanti pure da obblighi comunitari o, ancora, con la conservazione degli effetti limitati delle certificazioni. Tuttavia la complessiva valorizzazione della composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro trova una significativa e rischiosa ricaduta nell’ampliamento della disponibilità dei diritti dei lavoratori. Fermo restando che tale disponibilità non dovrebbe essere ammessa per i diritti sottratti – per loro natura o per espressa disposizione di legge – alla disponibilità delle parti (art. 1966 cod. civ.), l’inopponibilità delle rinunce e transazioni,

prevista dal c. 4 dell'art. 2113 cod. civ., è estesa agli esiti di tutte le procedure conciliative e arbitrali (v. art. 412, co. 3, cod. proc. civ.)<sup>24</sup>.

Si prevede, poi, una riduzione delle tutele mediante decadenze plurime e più rigorose: tanto per impugnare il licenziamento, quanto per instaurare azioni giudiziarie riguardanti molti altri istituti (ad es., per la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del rapporto: art. 32). L'obiettivo, emblematicamente espresso dalla disposizione che limita il controllo giudiziario sui poteri imprenditoriali, impedendo di scendere nel merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, è quello di ridurre il contenzioso, ma anche di contenere al minimo il sindacato giurisdizionale. Probabilmente, come la successiva modifica dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori *ex l. 92/2012* (c.d. riforma Fornero), il rischio di un'eterogenesi dei fini è elevatissimo, poiché non sempre si può distinguere quanto è nelle prerogative manageriali da quel che può sottoporsi a censura di legittimità.

Con l'art. 8 del d.l. 138/2011 si dotano di efficacia generale talune intese, realizzate in deroga alla contrattazione di categoria e alla normativa di legge, poste in essere da *contratti collettivi c.d. di prossimità* (territoriali e aziendali), stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, se sottoscritti da rappresentanze aziendali sulla base di un criterio maggioritario. L'art. 8, per un verso, scavalca l'accordo interconfederale unitario, raggiunto faticosamente nel giugno del 2011, dopo anni di accordi separati (accordo quadro 22 gennaio 2009), con il quale si regolava, secondo una procedura democratica, il contratto collettivo nazionale e aziendale e si prefiguravano accordi aziendali derogatori nell'ambito delle regole dettate dal contratto nazionale. Per un altro verso, riconosce una facoltà amplissima di deroga alla contrattazione aziendale: tale da mettere in discussione, ma in modo assolutamente generico, il principio della inderogabilità *in peius* della legge ad opera di atti negoziali. Dunque, più che fondato è il sospetto d'incostituzionalità della norma, su cui per ora la Consulta ha verificato soltanto l'assenza di violazioni delle competenze regionali<sup>25</sup> (sent. 221 del 2012).

Il governo c.d. "tecnico" di Monti (2011-2013) ha prodotto una ulte-

<sup>24</sup> Su tali aspetti si condividono le preoccupazioni espresse da FERRARO, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI e CARINCI F., vol. IX, *Il diritto processuale del lavoro* a cura di VALLEBONA, Cedam, 2011.

<sup>25</sup> V. al riguardo LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, in *DLRI*, 2012.

riore e significativa modifica della disciplina del lavoro, che ribadisce con il sigillo della flessibilità le regole dell'inizio del terzo millennio. Con la l. 92/2012 si proclama di perseguire obiettivi ambiziosi, ma la loro declinazione è caratterizzata da un unico orientamento effettivo<sup>26</sup>.

Una riduzione minima della flessibilità in entrata, con qualche maggiore rigidità per il contratto a termine o per forme di lavoro poco o mai disciplinate (partite Iva; lavoro a progetto; associazione in partecipazione), è controbilanciata dall'introduzione del primo contratto a termine c.d. "acausale"<sup>27</sup>.

Trionfa la flessibilità in uscita! È sconvolto l'art. 18 dello statuto dei lavoratori sugli effetti del licenziamento illegittimo, che vede la frammentazione e la riduzione delle tutele, accompagnate da un'ampia prospettiva di intervento giudiziario e un probabile aggravio del contenzioso.

La filosofia dell'attuale governo, definito "delle larghe intese", presieduto dal democratico Enrico Letta (2013) – condensabile per ora, essenzialmente, nel provvedimento noto come "decreto lavoro" (d.l. 28 giugno 2013 n. 76, conv. in l. 9 agosto 2013 n. 99) – sembra non discostarsi granché da quella precedente. Tuttavia non manca qualche correzione di rotta: va apprezzata, ad esempio, la previsione di un meccanismo virtuoso di intreccio tra formazione (anche alta) e lavoro (tirocini curriculari in ambito universitario). Ma è la politica economica d'incentivazione dell'occupazione ad avere il fiato corto, per l'assenza di scelte strategiche di ampio respiro. Perplessità non lievi suscita l'affidamento alla contrattazione collettiva (art. 7) della possibilità di attivare contratti a termine c.d. "acausali", al di là del primo rapporto a tempo determinato, e l'estensione della proroga alla fattispecie "acausale".

Anche la disciplina del lavoro pubblico – com'è noto – subisce alcune modifiche, con il solito (e sempre condivisibile) obiettivo di migliorare l'efficienza delle amministrazioni pubbliche e di imprimere una più accentuata managerialità alla relativa gestione. La normativa, pur affermando importanti e necessari principi in materia di valutazione delle *performance* delle ammi-

<sup>26</sup> Per tutti cfr. CARINCI F., *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *csdle.lex.unict.it*, 2012; ID., *"Provaci ancora Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, in *csdle.lex.unict.it*, 2012; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012.

<sup>27</sup> Sulle compatibilità costituzionali e comunitarie delle discipline del contratto a termine e della giustificazione del licenziamento individuale v. di recente SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, 2013, cui si rinvia anche per la ricca bibliografia.

nistrazioni pubbliche – in particolare dei dirigenti pubblici – detta regole farraginose e centralistiche: limitando, chissà quanto ragionevolmente, il ruolo dell'autonomia collettiva; assoggettando, certo contraddittoriamente, il dirigente pubblico, fulcro dell'impostazione manageriale, a stretti vincoli normativi; infine, chissà quanto demagogicamente, sottoponendo la dirigenza a sanzioni disciplinari (d.lgs. 150 del 2009)<sup>28</sup>.

Si interviene tanto sul sistema della previdenza pubblica – per mantenere la spesa pensionistica compatibile col bilancio pubblico (l. 214 del 2011, l. 92 del 2012 e l. 228 del 2012) – quanto sul sistema degli ammortizzatori sociali. Ciò che più sorprende è la capacità del legislatore di perseguire buone finalità – migliorare il processo competitivo delle imprese (l. 92); mantenere la sostenibilità di lungo periodo del sistema previdenziale negli effetti della spesa sul prodotto interno lordo; allargare la tutela degli ammortizzatori sociali ecc. – attraverso discipline inadeguate, incomplete, insufficienti e talvolta inique. Basta ricordare, ad esempio, la vicenda dei c.d. “esodati”, ex art. 2, co. 46, l. 92, ancora aperta; o la valorizzazione della bilateralità per gli ammortizzatori sociali nei settori non coperti dalla Cassa integrazione, senza preventivamente risolvere, anche in questo caso, il problema della effettiva rappresentatività sindacale. Senza dire poi che quasi sempre si è in presenza di interventi regolativi limitati al contingente: dove la riduzione delle tutele è immediata e il sostegno delle persone è invece rinviato a data incerta<sup>29</sup>.

Tra i pochi interventi legislativi garantisti, che formalmente appaiono in controtendenza nel decennio, c'è la normativa antidiscriminatoria (d.lgs. 215 e 216 del 2003), che recepisce le direttive dell'Unione europea. Ma, a ben vedere, si tratta di discipline, peraltro non del tutto organicamente sistimate, dove l'accrescimento delle tutele si deve più che altro all'idea di non ostacolare il libero dispiegarsi del mercato<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Cfr. al riguardo ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2011; NICOSIA, *La valutazione nelle amministrazioni pubbliche: oscurità normativa e delle prassi applicative* e PIOGGIA, *La valutazione negli enti locali e la nomina dell'organo indipendente di valutazione* (note a Tar Campania n. 350/2012), in *questa rivista*, n. 2/2012; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010.

<sup>29</sup> Cfr. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2013; PROIA, *Manuale del nuovo corso del diritto del lavoro*, Cedam, 2013; ZOLI, *Sostegno all'occupazione e accordi del Gruppo Intesa Sanpaolo*, in *questa rivista*, n. 2/2011; CURZIO (a cura di), *Ammortizzatori sociali regole, deroghe, prospettive*, Cacucci, 2007; per le prospettive future v. TREU (a cura di), *Welfare aziendale*, Ipsoa, 2013.

<sup>30</sup> In *questa rivista* il tema della discriminazione e delle pari opportunità è stato più volte

8. *Sistema di relazioni sindacali e contratto individuale: problemi aperti e possibili linee di riforma*

I sommovimenti economico-sociali della contemporaneità, le trasformazioni del lavoro e la crudezza della crisi economica inducono razionalmente a focalizzare l'attenzione sul paradigma giuslavoristico, da adeguare ai nuovi bisogni personali, sociali ed economici, senza negarne le dimensioni di fondo, le istanze protettive e il fondamento costituzionale (anche in senso europeo, se non addirittura planetario). La legislazione dell'ultimo decennio, pur tra chiaroscuri, fa esattamente il contrario: si presenta squilibrata, sovrappone discipline e modelli e trascura la necessità, avvertita specialmente nei momenti epocali, di una risistemazione organica dell'ordinamento, a cominciare dalle fonti di regolazione.

Quali le possibili linee di tale risistemazione? Ad una domanda del genere non è difficile rispondere: perché in periodi di crisi non solo economica, ma anche politica e morale, non si può non ripartire dai *fondamenti*. Ripartire, ad esempio, dalla centralità costituzionale della persona e della sua dignità; dal diritto dell'individuo all'autodeterminazione combinata con la solidarietà sociale; dal lavoro come elemento essenziale della convivenza; dalla insopprimibile tensione tra uguaglianza formale e sostanziale; dalla partecipazione delle forze sociali alle prospettive strategiche dell'economia. Solo se si riparte dai *fondamenti* è plausibile l'abbandono di visioni manichee, il riproporzionamento delle tutele e la nascita di una nuova e diversa nozione di cittadinanza, incentrata sulla libertà, sull'eguaglianza e sulla partecipazione.

Il lavoro dipendente, pur se in forme nuove, continua ad avere una indiscussa centralità e richiede tutele inderogabili. Fermo restando che, se il lavoratore non si trova nella posizione di contraente debole e può regolare i propri interessi individualmente, l'autonomia del singolo può acquisire spazio a discapito dell'eteronomia. In questa luce prende forza un nuovo concetto di contratto flessibile, che non comprometta il senso del "lavoro dignitoso". Utilizzando questo filtro, è possibile tarare le tutele nelle altre forme di lavoro,

trattato: cfr., tra molti, LASSANDARI, *Interesse dell'impresa e tutela antidiscriminatoria: considerazioni sulla disciplina comunitaria e nazionale*, n. 1/2008; PALMA RAMALHO, *Concilier famille et travail pour les femmes et pour les hommes: normes et acquis européens*, n. 1/2012; BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, n. 3/2010. In ogni caso v. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007; VISCOMI (a cura di), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Editoriale Scientifica, 2011.



assicurando alle stesse, ove necessario, le costanti del paradigma e le conseguenti protezioni eteronome<sup>31</sup>.

La risposta normativa di questo decennio ai nuovi bisogni sembra tendenzialmente speculare all'espansione indifferenziata delle tutele nelle precedenti fasi storiche del diritto del lavoro. Si risponde in modo indistinto, riducendo le tutele degli occupati senza distinguere tra soggetti forti e soggetti deboli e così avvantaggiando i primi, oltre alle imprese meno "bisognose". Esemplare è l'eccessiva incentivazione delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie, con conseguente diminuzione della tutela legale e aumento della disponibilità dei diritti dei lavoratori.

Alla stregua del dettato costituzionale, un ruolo centrale ha da svolgere l'autonomia collettiva, che rimane la principale fonte delle regole per contenere esigenza aziendale e tutela del lavoro. Si tratta di un campo di intervento assai importante, volto a rifondare il sistema e a introdurre un nuovo equilibrio nel rapporto con l'autonomia individuale: che, rispetto al passato, ha maggiore forza e rilevanza. Qui è utile, ma non sufficiente, la manutenzione ordinaria (come quella della recente sentenza 231/2013 della Corte costituzionale sull'art. 19 st. lav.)<sup>32</sup>: perché il sistema sindacale non può fare a meno di un sostegno legale che, senza intaccarne l'autonomia, fissi strumenti sicuri di misurazione della rappresentatività e della democrazia dei soggetti sindacali. Rappresentatività e democrazia, infatti, rimangono le precondizioni per risolvere gli annosi problemi dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi e delle manifestazioni di autotutela sindacale.

D'altra parte, non occorrono molte parole per spiegare che il paradigma giuslavoristico non può funzionare compiutamente senza l'apporto di un efficiente sistema sindacale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 231/13, ha sì eliminato l'incredibile paradosso di disconoscere i diritti sindacali a rappresentanze aziendali non firmatarie del contratto aziendale, benché rappresentative, ma non ha potuto eliminare la lacunosità del quadro normativo in cui si muove la difficile gestione delle relazioni sindacali: dove, tra impresa e sindacato, ancora

<sup>31</sup> V. PROIA, *op. ult. cit.*, p. 31 ss.

<sup>32</sup> Su cui v. *infra* in questa rivista le opinioni di autorevoli studiosi, nonché gli Atti del convegno del 16 settembre 2013, organizzato dall'AIDLASS (v. il sito web) – ma la relazione di ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo "la guerra dei tre anni": verso una nuova legge sindacale?* v. in questa rivista, n. 3/2013 – e RUSCIANO, *Sindacato «firmatario» o «trattante» purché «rappresentativo»* (Commento della sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale), in *RGL*, n. 4/2013, p. 517 ss.

prevale il modello conflittuale sul modello partecipativo. I segnali del passaggio dal primo al secondo sono impercettibili: la piatta recezione di indirizzi e direttive dell'Unione europea; la legge 92/12, che attraverso una delega al Governo mirava a promuovere esperienze partecipative basate sulla stipulazione di contratti aziendali non ha avuto alcun seguito e la delega è scaduta.

Un interessante studio dei sindacati inglesi<sup>33</sup> rileva non solo che in circa la metà degli Stati europei (14 su 28, anche se uno non fa parte dell'UE) esistono “ampi diritti per la rappresentanza dei lavoratori a livello degli organi di gestione delle imprese nei settori pubblici e privati, cioè nelle società di proprietà statale, in quelle privatizzate, in quelle a responsabilità limitata pubbliche e private” (nostra la traduzione), ma pone l'accento sui conseguenti “*benefits of economic democracy*”. Al centro della proposta del *Trade Union Congress*, viene posto l'*European Participation index* che calcola l'impatto dei modelli partecipativi su sette indicatori di performance socio-economiche, utilizzati dalla Commissione europea in *Europe 2020*. Gli Stati europei sono divisi in due gruppi: il primo raccoglie le performance degli Stati “*with stronger participation rights*” (Austria, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo, Olanda e Svezia); il secondo gruppo gli altri 18 Stati “*with weaker participation rights*”. Sui sette indicatori il primo gruppo registra risultati significativamente superiori sia negli indicatori di successo sociale, sia in quelli di successo economico. Per cui giustamente conclude che “mentre le mere correlazioni non costituiscono prova dell'esistenza di un nesso di causalità, le evidenze empiriche mostrano che ci sono ragioni importanti per affermare che la partecipazione dei lavoratori agli organi di governo delle imprese forniscono un contributo al successo delle imprese indipendentemente dalle peculiarità del singolo Stato” (sempre nostra traduzione).

Su un piano del tutto diverso, va riconosciuto che, nel contratto individuale, lo strumento della “volontà assistita” – beninteso non quella risultante dall'attuale certificazione – è un utile sbocco delle istanze e dei bisogni personali dei lavoratori, se distanti o trascurati nelle tutele collettive. Del resto, se si mette al centro la dignità della persona, tutele nuove ben congegnate, pur non affidate per intero ai soggetti collettivi (anche rifondati su basi democratiche), potrebbero egualmente garantire dagli eccessi del mercato, con-

<sup>33</sup> TUC, *Workers' voice in corporate governance. A European perspective*, Economic Report Series, 2013, p. 13 ss.

servando il paradigma giuslavoristico e assicurando in concreto a tutti i lavoratori la fruizione dei diritti fondamentali.

Il discorso riguarda anche il sistema di *welfare*. Persino in una società con risorse scarse, esso non può essere cancellato; tutt'al più può essere rimodulato, utilizzando tutte le forze, le tecniche e le forme disponibili (pubbliche, private, sociali, collettive, bilaterali, individuali), specie a valle della "riforma" ipotizzata, democratica e plurale del sistema di relazioni sindacali.

### 9. ... "uscimmo a riveder le stelle"?

Pur con le adeguate cautele, sembra allora *non* utopistico un progetto nel quale si ritrovino libertà, uguaglianza, partecipazione e protezione inderogabile dei diritti, consentendo anche la realizzazione del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale. Occorrerebbe prendere atto che si è in presenza di un sistema sociale ed economico poliedrico, al quale serve una robusta fibra regolativa per quel che concerne le relazioni sindacali e un "ri-bilanciamento" equo dei diritti dei lavoratori e degli imprenditori, tenendo anche in adeguato conto l'impostazione fatta propria dalla Corte Costituzionale con la recentissima sentenza n. 85/2013<sup>34</sup>, ma con la garanzia del rispetto di alcuni diritti fondamentali, indisponibili e non proporzionabili.

Se davvero il legislatore vuole alleggerire il peso della legislazione sul lavoro senza farne il capro espiatorio della crisi occupazionale e rispettando i fondamenti della nostra democrazia sociale e il principio di sussidiarietà di gruppi e individui (art. 2, 3, 5, 39 e 40 Cost.), deve anzitutto regolare, secondo la Costituzione, la rappresentanza sindacale, a cominciare dai criteri di verifica democratica dei soggetti che producono le regole professionali destinate a incidere sui contenuti dei contratti individuali di lavoro. Solo in questo modo si può pervenire ad una semplificazione delle regole del lavoro, attuando una delegificazione corposa e ordinata. In una parola: si tratta di legificare democrazia e rappresentatività sindacale per delegificare i rapporti di lavoro.

Non a caso le stesse parti sociali paiono condividere, seppure con le ineliminabili differenze tecniche, un percorso del genere, stando agli accordi del 2011 e del 2013 e, da ultimo, all'accordo del 10 gennaio 2014 tra Confindustria

<sup>34</sup> Su cui v. PASCUCCI, *La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs. diritto al lavoro?*, in *questa rivista*, n. 3/2013.

e Cgil, Cisl, Uil dall'ambizioso ed enfatico titolo "Testo unico sulla rappresentanza". In realtà esse tentano di precorrere e di sostituire il legislatore, sperando così di risolvere *da sole*, e *politicamente*, un problema che non è alla loro portata perché ha bisogno, *tecnicamente*, di ben altra soluzione. Tuttavia è positivo che, *da sole*, esse ragionino sui meccanismi più adatti a mettere ordine nel sistema, ben potendo il legislatore porre il sigillo della legge sulla soluzione da loro concordata.

Sta di fatto che le altre vie sono impercorribili, piene di aporie e di controindicazioni: l'ipertrofia, la frammentazione e la farraginosità della legislazione, pur se animata dall'intento di diminuire il contenzioso giudiziario, paradossalmente lo accrescono procurando danni non solo al funzionamento della giustizia, ma pure all'efficienza gestionale e organizzativa delle imprese. Per altro verso, la *deregulation*, realizzata anche attraverso la contrattazione derogatoria, separata e senza alcuna verifica della democraticità degli agenti negoziali, si traduce nella cancellazione autoritaria di diritti dei lavoratori. E ciò è in contrasto lampante con la Costituzione!

La Rivista – che nei suoi primi dieci anni di vita ha seguito con rigore scientifico e passione civile una trasformazione profonda del diritto del lavoro contraria al reale progresso sociale dell'Italia e di buona parte dell'Unione europea – continuerà ad osservare i processi istituzionali e sociali, con lo sguardo razionale e analitico dello studioso. Uno sguardo che, per quanto possibile, rischiarerà, come la luce delle stelle, le tenebre in cui si tenta oggi di ricacciare l'ideale di un lavoro umano come veicolo non di mercificazione, ma di riscatto personale e sociale degli individui nella solidarietà.

**Luigi Menghini**

**Lavoro pubblico e contratti flessibili dopo i decreti  
e le clamorose pronunce del 2013:  
con risorse insufficienti continuano i colpi di scena**

**Sommario:** **1.** Introduzione. **2.** Il “gelo” sul lavoro pubblico: gli interventi dal 2008 al 2011. **3.** Governo Monti, riduzione degli organici, messa in disponibilità, esuberi, premi, nuovo codice di comportamento, tutela del denunciante. **4.** Riforma Fornero e lavoro pubblico: i colpevoli silenzi. **5.** Governo Monti e contratti flessibili. Una prima soluzione insoddisfacente: il settore della sanità. **6.** Governo Monti: proroghe dei contratti e ripresa delle stabilizzazioni. **7.** Governo Letta, razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni e strumenti per ridurre il precariato: i decreti legge d’agosto e settembre 2013. **7.1.** La riduzione della spesa. **7.2.** Il nuovo sistema di concorsi pubblici. **7.3.** Le nuove regole del lavoro flessibile. **7.4.** I requisiti per le assunzioni a termine. **7.5.** Violazione delle regole e sanzioni: che fine ha fatto il risarcimento del danno? **7.6.** Il decreto del settembre 2013: le stabilizzazioni del precariato scolastico e del personale dell’INGV. **8.** Il decreto d’agosto 2013 ed il chiarimento del sistema delle fonti. **9.** Il ruolo della contrattazione collettiva. **10.** In attesa della soluzione della Corte di Giustizia vale la pena riprendere il discorso sulla stabilizzazione giudiziale?

*1. Introduzione*

Negli ultimi tempi il diritto del lavoro sta attraversando un periodo poco felice. Sono ormai diversi anni che gli studiosi, malgrado organiche proposte e continue acquisizioni sul piano comparatistico, non riescono più ad incidere sull’evoluzione legislativa della materia, essendo, invece, chiamati ad un’esegesi spicciola di innovazioni dalla portata minima, ma diffuse dappertutto, venute alla luce per rispondere ad esigenze contingenti o per sterilizzare pronunce dei giudici, confuse, perché frutto di compromessi tra forze politiche diametralmente opposte, a volte incomprensibili e spesso insincere, perché imposte da altri; vengono introdotte oggi e cambiate od eliminate domani, in una continua girandola menzognera che vuol far credere che l’occupazione dipenda in gran parte dalle norme e non dal contesto

economico. Si può certo continuare a progettare nuovi modelli di riforma sempre più sofisticati, ma personalmente mi sono stancato di studiare ipotesi che poi finiscono nel nulla; o di chiedermi dove va il diritto del lavoro, dato che nessuno lo può sapere, perché in questo novembre 2013 è del tutto ignoto il futuro del nostro Paese e quello dell'Europa.

Questa sensazione di scoramento, se si sta accentuando a seguito dell'inconcludenza, del minimalismo e della permanenza dei vecchi riti non più sopportabili che stanno accompagnando l'emanazione della Legge di stabilità per il 2014, si attenua un po' di fronte ad alcune recenti positive novità, provenienti dal legislatore, dalla giurisprudenza, specie della Consulta, e da una rinnovata unitaria contrattazione collettiva. Sappiamo tutti che il ritorno ad una situazione soddisfacente quanto ad occupazione e condizioni di lavoro dipende in grandissima parte dalla tanto attesa ripresa economica e dalla possibilità di disporre di nuove risorse finanziarie poi correttamente utilizzate, ma mi pare comunque importante che qualcosa di positivo si sia manifestato anche sul piano delle norme, dei principi e delle aperture dei giudici e delle parti sociali. Tali novità emergono in vari settori del diritto del lavoro, primo fra tutti il diritto sindacale, che vorrei tanto approfondire tornando ai miei primi studi.

Ma che dire, invece, per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche? Chi, come me, vive quotidianamente al loro interno può toccare con mano la rabbia, la delusione o la rassegnazione dei dipendenti, portati in gran misura a lavorare meno e peggio da quando su di essi si sono abbattuti blocchi retributivi, limiti ai diritti, tagli, restrizioni, risparmi, emarginazione del sindacato e mancato rinnovo delle RSU<sup>1</sup>. Dopo gli accordi separati (senza la Cgil) sulla riforma della struttura della contrattazione (2009) e sulla disciplina del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti nazionali (2011)<sup>2</sup>, un tentativo di iniziale rasserenamento del grigiore com-

<sup>1</sup> Per una efficace sintesi al riguardo v. CARABELLI, CARINCI M.T., *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, spec. p. 48 ss., nonché ZOPPOLI L., *La "riforma Brunetta" due anni dopo: relazioni sindacali, dirigenza e valutazione*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Jovene, 2011, p. 454 ss.

<sup>2</sup> Sul punto v. ancora ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 458 e RUSSO C., *Quale futuro per le relazioni sindacali nel lavoro pubblico?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 84 ss.

plativo poteva essere intravisto nell'Intesa unitaria del 3.5.2012 la quale, dopo i tagli, prospettava una fase di investimenti nella qualità della p.a., preannunciando: 1) un nuovo modello di relazioni sindacali; 2) la razionalizzazione e la semplificazione dei sistemi di misurazione, valutazione e premialità; 3) nuove regole del mercato del lavoro; 4) un rinnovo della formazione; 5) una maggior autonomia della dirigenza dall'autorità politica. Queste linee direttrici, tuttavia, hanno in seguito trovato applicazione molto scarsa, sia per la permanenza del blocco salariale, sia per il limitato maggior coinvolgimento del sindacato nel processo di riduzione della spesa e di riorganizzazione degli apparati, sia per l'ambiguità e l'insufficienza degli interventi sui rapporti flessibili.

Dopo una sintesi della recente evoluzione normativa che caratterizza la situazione di "gelo" in cui si trova il lavoro pubblico, è proprio sui contratti non standard che intendo concentrare l'attenzione in questo scritto, quasi a concludere un cammino da anni intrapreso, ma che non riesco a concludere: le "infinite riforme" e le pronunce continue sono come il risucchio di altissime onde che mi risospingono al largo appena voglio guadagnare la riva.

Il tema mantiene il suo fascino. Anche negli ultimissimi anni alcune novità positive si sono mescolate con interventi oscuri, gattopardeschi, frutto di furbizia di bassa lega. Nel 2013, poi, si sono susseguiti *numerosi colpi di scena*: volontà della Corte Costituzionale di dialogare con la Cassazione<sup>3</sup>, la Corte di Giustizia<sup>4</sup> e la Corte EDU<sup>5</sup>; interventi legislativi con soluzioni sorpren-

<sup>3</sup> Emblematica in tal senso è l'elegante sentenza del 29 marzo 2013 n. 107 sulla causale sostitutiva nel settore privato.

<sup>4</sup> Mi riferisco all'ordinanza di rinvio pregiudiziale (per la prima volta in via incidentale) alla Corte di Giustizia del 18 luglio 2013 n. 207, Pres. Gallo, Est. Mattarella, in tema di rimedi utilizzabili per far fronte al precariato scolastico. Sull'importanza di questa pronuncia, che dà vita ad un nuovo ruolo della Corte costituzionale nella tutela "dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato", considerato esemplare da altre Corti costituzionali europee, v. TRIA, *Il valore sociale e politico del lavoro in Italia e in Europa al tempo della crisi*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), luglio 2013 e DE MICHELE, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo indeterminato*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), ottobre 2013 p. 23.

<sup>5</sup> Importantissima al riguardo è la sentenza della Corte Costituzionale del 4 luglio 2013 n. 170, che ha dichiarato illegittima la norma che mutava con effetto retroattivo l'ordine dei privilegi dei creditori fallimentari riferendosi proprio alle sentenze dei giudici di Strasburgo Agrati, Maggio, Arras, de Rosa, in precedenza quasi irrisse dalla Consulta. Su queste tre pronunce mi sono espresso in *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, di prossima pubblicazione nel n. 4/2013 di RGL, II.

denti o che sembrano chiarire i problemi, ma non li chiariscono<sup>6</sup>; giudici di merito che si vedono costretti ad abbandonare lo strumento sanzionatorio del risarcimento del danno e chiedono lumi ai giudici di Lussemburgo<sup>7</sup>; giudici della Cassazione che lo ripristinano anche a dispetto di ciò che forse ha voluto fare il legislatore<sup>8</sup>; procedure d'infrazione della disciplina comunitaria nei confronti del nostro Paese che stanno per arrivare al dunque e si sono estese dal precariato scolastico a quello concernente tutto il lavoro pubblico; la commissione europea che si dice esasperata dai continui rinvii pregiudiziali dei giudici italiani in materia di contratto a termine con descrizione delle discipline interne che mutano dall'uno all'altro<sup>9</sup>.

È veramente difficile dire cosa si debba fare e cosa accadrà nel futuro. Di molti precari pubblici vi è ancora grande bisogno. Spesso la precarietà

<sup>6</sup> Mi riferisco soprattutto al d.l. 31 agosto 2013 n. 101, convertito in l. 30 ottobre 2013 n. 125.

<sup>7</sup> Si tratta della sconsolata ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia del Tribunale di Aosta del 3.1.2013, indicata con il nome del ricorrente *Papalia*, che per 29 anni aveva svolto ininterrottamente l'attività di direttore della banda municipale della città sulla base di una infinita serie di contratti a termine stipulati con il Comune ad iniziare nel 1983: il giudice, di fronte a simili ipotesi di abuso della successione di contratti, era solito riconoscere il risarcimento del danno previsto dall'art. 36, co. 5, d.lgs. n. 165/2001, calcolato con applicazione analogica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori con lo scrupolo di contemperare questa soluzione con i precetti rinvenibili sul punto nell'accordo quadro europeo del 18 marzo 1999, recepito nella direttiva 99/70/ Ce. Sennonché in seguito la Corte d'appello di Aosta, in relazione a pronunce della Cassazione, aveva riformato queste sentenze, sostenendo che il danno in questione non poteva considerarsi in *re ipsa*, ma doveva essere specificamente allegato e provato nell'*an* e nel *quantum*. Ma allora come rispettare i precetti europei se per gli abusi da ripetizione di contratti non è utilizzabile nel nostro ordinamento né la "conversione" del rapporto né il risarcimento del danno, senza il quale non è ipotizzabile nemmeno la responsabilità erariale dei dirigenti? Sui problemi del risarcimento del danno mi sono soffermato in *Il lavoro flessibile e il lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, relazione svolta il 27 maggio 2013 alla Scuola Superiore della Magistratura di Scandicci, pubblicata nell'apposito sito.

<sup>8</sup> È ciò che ha fatto un sentenza per me molto importante della Cassazione, appena depositata, vale a dire Cass. 2 dicembre 2013 n. 26951, Pres. Roselli, Est. Venuti, che, confermando la soluzione adottata dalla Corte d'Appello di Perugia in termini di risarcimento del danno quantificato in dieci mesi di retribuzione (parendo questo il periodo di tempo verosimilmente necessario per trovare un nuovo lavoro), ha chiarito che dall'applicazione dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 in combinazione con la giurisprudenza europea emerge il "principio secondo cui il lavoratore che sia stato assunto illegittimamente ha diritto ad essere risarcito per effetto della violazione delle norme imperative in materia", così superando il pessimo dato letterale che si riferisce ad un danno derivante "dalla prestazione di lavoro", mentre in realtà il danno in questione deriva dalla mancata prestazione di lavoro.

<sup>9</sup> V. ancora DE MICHELE, *op. cit.*, p. 3.



non si basa su esigenze oggettivamente temporanee, ma è divenuta un dato costante ed immanente che per cattiva organizzazione, irresponsabilità, volontà di risparmiare sulla contribuzione previdenziale e su certe voci retributive è comodo combattere solo con strumenti limitati. Le assunzioni continuano ad esser fatte. Le stabilizzazioni riusciranno a coprire circa il 10% dei precari. I pensionamenti degli anziani si allontanano nel tempo. La redistribuzione del personale è molto difficile. Se non si useranno soluzioni molto drastiche, una soluzione complessiva non ci sarà e si continuerà con le misure minimalistiche e gattopardesche. Ed allora forse diverrà ineludibile l'idea di non alimentare più false speranze di un posto pubblico, deviando in modo incentivato almeno parte dei precari pubblici verso il flusso del lavoro nel settore privato<sup>10</sup>.

## 2. *Il “gelo” sul lavoro pubblico: gli interventi dal 2008 al 2011*

La riflessione sul precariato è poco comprensibile se non viene inserita nella terribile situazione in cui si trovano da anni gli apparati pubblici ed i loro dipendenti, caratterizzata dall'unica fondamentale esigenza della riduzione delle spese. Questa tendenza ha cominciato a manifestarsi all'inizio del nuovo secolo<sup>11</sup>, ma si è fatta sempre più marcata dal d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008 n. 133<sup>12</sup>, che ha introdotto un drastico freno

<sup>10</sup> Intervenendo nella discussione al Senato sul decreto d'agosto Pietro Ichino, considerato che il precariato pubblico diverso da quello scolastico ammonta a circa 120.000 dipendenti a termine, sommati a circa 80.000 idonei in concorsi in attesa di un posto, per un totale di circa 200.000 unità, delle quali nei prossimi due o tre anni potranno essere stabilizzate non più di 10-12.000, si è chiesto se valga la pena continuare ad illudere puntando tutto sulla stabilizzazione nel settore pubblico, o non sia preferibile fare uno sforzo per inserire al meglio questi soggetti nel circuito del flusso occupazionale verso le imprese private. È chiaro che se ci sarà la tanto attesa ripresa economica la “deviazione” incentivata verso il settore privato dei soggetti più giovani mi sembra una soluzione inevitabile, da contemperarsi con lo sforzo collettivo per stabilizzare il precariato “storico” e quello che riveste funzioni rilevanti per gli interessi generali della comunità.

<sup>11</sup> Su tale processo v. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, in *LPA*, 2012, p. 1041 ss.

<sup>12</sup> Questo intervento non è avvenuto “attraverso un piano strutturale, che richiederebbe un progetto condiviso e stabile, coltivato nel tempo, che il carattere compromissorio delle coalizioni succedutesi negli ultimi anni rende estremamente difficile ...”, ma attraverso provvedimenti asistematici, accatastati l'uno sull'altro, non sempre facili da capire e tantomeno da

al *turn over* ed alle stabilizzazioni<sup>13</sup>; una decisa riduzione dei fondi utilizzabili dalla contrattazione integrativa per il salario accessorio, accompagnata da più penetranti controlli della Corte dei Conti e dalla previsione della sospensione *ex lege* delle disposizioni contrattuali che eccedessero i limiti e dell'obbligo per le p.a. di recuperare gli importi esorbitanti nella sessione negoziale successiva<sup>14</sup>; la penalizzazione delle assenze per malattia<sup>15</sup>; la riduzione delle consulenze e collaborazioni esterne, dei distacchi, aspettative e permessi sindacali<sup>16</sup>; la restituzione alle p.a. di scelte discrezionali in tema di concessione del *part-time*<sup>17</sup>, di esonero dal servizio, di trattenimento in servizio e di risoluzione anticipata del rapporto per compimento dell'anzianità contributiva massima<sup>18</sup>; la riduzione degli uffici dirigenziali di livello generale, pari al 20%, e non generale, pari al 15%, pena l'impossibilità di procedere all'assunzione di qualsiasi tipo di personale<sup>19</sup>.

giustificare, con alcuni strutturali framministri ad altri a tempone o costruiti a misura di interessi corporativi": v. CARINCI F., *Inseguendo il legislatore: la legge 6 agosto 2008, n. 133*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*, Ipsoa, 2009, p. VII.

<sup>13</sup> V. l'art. 66 del decreto, ed in particolare i commi 3 e 5, che per le assunzioni a tempo indeterminato e, rispettivamente, le stabilizzazioni del personale precario fissano, per l'anno 2009, un limite complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 10% di quella relativa ai lavoratori cessati dal servizio nell'anno precedente, mentre per il 7° co. il limite percentuale è innalzato al 20% per gli anni 2010 e 2011, permanendo, per le assunzioni a tempo indeterminato, il vincolo del previo svolgimento delle procedure di mobilità. Tutti questi vari limiti percentuali abbassano quelli precedenti, frenando ulteriormente gli ingressi all'impiego e le stabilizzazioni dei rapporti. V. *amplius* RAZZOLINI, *Il turn over nel pubblico impiego*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>14</sup> V. l'art. 67 ed *amplius* LUNARDON, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 157 ss.

<sup>15</sup> V. l'art. 71 ed *amplius* GRAGNOLI, *Novità in tema di rapporto di lavoro pubblico fra controllo della spesa e auspicato miglioramento dell'efficienza*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 186 ss. Sull'attuazione di questa norma, la sua dichiarata legittimità costituzionale e le sue successive modifiche v. CASALE, *La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico*, in LPA, 2012, spec. p. 508 ss. e p. 538 ss.

<sup>16</sup> V. gli artt. 46 e 46 bis, sui quali LOZITO, *Pubbliche amministrazioni e incarichi (esterni ed interni)*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 42 ss.

<sup>17</sup> Sul tramonto del diritto al *part-time* v. BROLLO, *La nuova disciplina della trasformazione da full-time al part-time nel lavoro pubblico*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 210 ss.; VOZA, *Il lavoro a tempo parziale e il regime delle incompatibilità*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *op. cit.*, p. 262 ss.

<sup>18</sup> Per uno sguardo d'insieme v. SPINELLI, *Le principali novità in tema di lavoro pubblico*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 20 ss.

<sup>19</sup> V. l'art. 74 e PIETANZA, *Pubbliche amministrazioni e riduzione degli assetti organizzativi*, in MISCIONE M., GAROFALO D. (a cura di), *op. cit.*, p. 245 ss.

Poi, con la legge delega n. 15/09 ed il decreto n. 150/09, è seguita la c.d. “riforma Brunetta”, volta a colpire i “fannulloni” tramite un severo sistema di controllo e disciplinare ed a premiare il personale diligente e motivato con un complicatissimo sistema premiale. Per raggiungere questi obiettivi la riforma ha grandemente ridimensionato la contrattazione collettiva ed il ruolo del sindacato, affidandosi ciecamente alla legge ed agli atti unilaterali. Si è subito capito, tuttavia, che non c’erano risorse per il sistema premiale e pertanto una dirigenza rimasta comunque debole non ha utilizzato nemmeno la leva punitiva. E così una riforma stracarica di norme e finalità è rimasta per gran parte sulla carta, con il solo effetto di far arrabbiare o avviliti i dipendenti. I problemi dell’efficienza, della razionalità organizzativa, della sovrabbondanza e della squilibrata allocazione del personale, degli sprechi non sono stati risolti<sup>20</sup>.

Il “gelo” che sta avvolgendo il lavoro pubblico dipende anche dalla legislazione successiva alla riforma Brunetta. L’art. 2, commi 8-8 *quinquies*, del d.l. 30 dicembre 2009 n. 194, convertito con l. 26 febbraio 2010 n. 25, ha imposto alle p.a., con date eccezioni, di effettuare, a seguito della riduzione degli assetti organizzativi prevista dall’art. 74 del d.l. n. 112/08, sia una ulteriore riduzione degli uffici dirigenziali di livello non generale e delle relative dotazioni organiche pari al 10% di quelli risultanti dopo il precedente taglio, sia una rideterminazione delle dotazioni organiche del personale non dirigenziale con una ulteriore riduzione non inferiore al 10% della spesa relativa ai posti in organico di tale personale come risultanti dalla sforbiciata *ex art.* 74 del su citato decreto, con divieto, in difetto, di effettuare qualsiasi assunzione e con determinazione di dotazioni organiche provvisorie *ex lege*<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Per RUSCIANO (*A due anni dalla riforma Brunetta, in questa rivista*, 2011, p. 188) la riforma non ha migliorato, ma anzi probabilmente ha peggiorato il modo di funzionare degli apparati amministrativi. Per VISCOMI (*Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali, in LD*, 2013, p. 73) è stato un errore pensare che i nodi del lavoro pubblico potessero essere risolti con la “mera traduzione in legge di slogan pure politicamente efficaci”. Sugli aspetti da lui considerati ZOPPOLI L. (*op. cit.*, p. 453) ha usato una farsa sintetica molto efficace: “innovazioni di schieramento e paralisi nei contenuti”. Mi piacciono anche le sintesi di CARINCI F. (*Filosofia e tecnica di una riforma, in RGL*, 2010, I, p. 457), relative, da un lato, ai dirigenti pubblici (costretti a fare i datori di lavoro non dalla presenza del mercato, ma dalla legge); e dall’altro, all’essenza della riforma, costituita da “una disciplina uniforme, rigida, etero-imposta, formalista ... poco adatta alla variabilità, flessibilità, autonomia, relativa informalità richiesta da una azienda”.

<sup>21</sup> Le amministrazioni, quindi, non possono procedere ad assunzioni prima della definizione dell’assetto organizzativo e della dotazione organica: v. VISCOMI, *op. cit.*, p. 75.

È seguito il d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010 n. 122, il cui art. 9, nel 1° co., ha vietato, per gli anni 2011, 2012 e 2013, ogni incremento retributivo dei lavoratori delle p.a., compresi i trattamenti accessori, rispetto a quello ordinariamente spettante nel 2010; nel 2° co., per il triennio 2011-2013, ha diminuito del 5% i trattamenti superiori a 90.000,00 euro e del 10% quelli superiori a 150.000,00 euro; nel 4° co. ha limitato gli effetti dei rinnovi contrattuali per il biennio 2008-2009, anche già sottoscritti, ad incrementi retributivi non superiori al 3,2%; nel 17° co. ha bloccato ogni rinnovo contrattuale per gli anni dal 2010 al 2012, disponendo che in questo periodo “non si dà luogo ... alle procedure ... negoziali”, salva l'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale; nel 28° co. ha ridotto la possibilità delle p.a. di avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzione o con collaborazione coordinata e continuativa entro il limite del 50% della spesa sostenuta per lo stesso personale nel 2009<sup>22</sup>. Il blocco della contrattazione collettiva nazionale è parso gravemente contraddittorio rispetto all'esigenza di aumentare le *performance* dei dipendenti pubblici, sia per la conseguente “gelata retributiva”<sup>23</sup> sia perché ha impedito una negoziazione dinamica capace di introdurre sistemi retributivi nuovi e legati alla premialità<sup>24</sup>.

Quando, nell'estate 2011, al Governo Berlusconi, ed al Paese, l'acqua è giunta alla gola, sono stati emanati due ulteriori provvedimenti d'urgenza per ridurre le spese per il personale pubblico. Il secondo ha previsto una ulteriore riduzione degli uffici dirigenziali di livello non generale, pari al 10%, e delle relative dotazioni organiche ed una rideterminazione delle dotazioni organiche del personale non dirigenziale con riduzione del 10% della relativa spesa<sup>25</sup>. Il primo, il d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011 n. 11, ha innanzitutto attribuito alle p.a. la facoltà di prorogare di un anno i limiti alle assunzioni già in essere e sino alla fine del 2014 la crescita dei trattamenti economici del personale, anche accessori<sup>26</sup>, nonché di rafforzare e rendere obbligatorie le procedure di mobilità<sup>27</sup> e di introdurre altre misure di rispar-

<sup>22</sup> Su tale normativa v. VISCOMI, *op. cit.*, p. 75.

<sup>23</sup> V. CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *LPA*, 2011, p. 1025 ss.

<sup>24</sup> Così ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 454. Per VISCOMI, *op. cit.*, p. 73, il blocco della contrattazione ha impedito l'avvio di una riforma intesa a togliere ai “nulla facenti” per dare ai meritevoli.

<sup>25</sup> V. l'art. 1 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011 n. 148.

<sup>26</sup> V. l'art. 16, co. 1, lett. a) e b).

<sup>27</sup> V. la lett. d) dello stesso comma.

mio<sup>28</sup>. In secondo luogo le ha incentivate ad adottare piani triennali di razionalizzazione e riqualificazione della spesa, di riordino e ristrutturazione organizzativa, di semplificazione e digitalizzazione, di riduzione dei costi della politica e di funzionamento, comprese le esternalizzazioni e le consulenze, potendo i relativi risparmi così conseguiti essere utilizzati, in misura della loro metà, con eccezioni e mille controlli, per la contrattazione integrativa<sup>29</sup>. Penso che questa ultima apertura per far crescere la produttività del personale sia rimasta del tutto teorica, come pure non conosco gli effetti pratici della disposizione di cui al co. 7 dell'articolo in esame, per me irrazionale e incostituzionale se intesa come tale da obbligare le p.a., in caso di pronuncia giudiziale che impedisca loro di raggiungere gli effetti finanziari conseguenti alle disposizioni di cui ai commi 2 e 22 dell'art. 9 del d.l. n. 78/2010, di recuperare i mancati effetti, e cioè le maggiori spese, a carico delle categorie di personale cui si applicano tali disposizioni. È vero, infatti, che i vincoli di bilancio ed i tetti di spesa vanno rispettati, ma se l'applicazione di una norma da parte delle p.a. viene ritenuta sbagliata dai giudici, non si può eliminare ogni tutela giurisdizionale a beneficio dei dipendenti pubblici, dovendo la fiscalità generale, e cioè le decisioni sugli aspetti finanziari generali, assumersi il compito di riportare il bilancio all'equilibrio dovuto.

Blocco salariale, assenza di incentivi, riduzioni di organico, scarse speranze di progressioni di carriera, ecc.: ecco la situazione dei lavoratori pubblici, vittime di una produzione legislativa frammentaria, rispondente solo all'esigenza di riduzione dei costi o di risposta a richieste di specifiche categorie o settori, "poco coerente con le grandi architetture che sempre caratterizzano i progetti di riforma"<sup>30</sup>.

### 3. *Government Monti, riduzione degli organici, messa in disponibilità, esuberanti premi, nuovo codice di comportamento, tutela del denunciante*

Il Governo Monti ha proseguito sulla strada della riduzione della spesa pubblica con i due noti interventi sulla *spending review*. Il primo, il d.l. 7 mag-

<sup>28</sup> V. la lett. g) del comma stesso.

<sup>29</sup> V. i commi 4-6 dell'art. 16.

<sup>30</sup> Così VISCOMI, *op. cit.*, p. 76.

gio 2012 n. 52, convertito in l. 6 luglio 2012 n. 94, mira alla razionalizzazione della spesa attraverso l'opera di un Commissario straordinario chiamato a definirne il livello per l'acquisto di beni e servizi ed a vagliare e coordinare l'attività di approvvigionamento delle p.a. Il secondo, il d.l. 7 agosto 2012 n. 95, convertito in l. 7 agosto 2012 n. 135 (revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini(!)), ha l'obiettivo di far risparmiare allo Stato 4 miliardi di euro nel 2012, 10 nel 2013 e 11 nel 2014 attraverso varie misure, alcune tali da coinvolgere i dipendenti pubblici solo indirettamente, altre, invece, connesse più immediatamente con la loro condizione, com'è per la riduzione delle dotazioni finanziarie dei ministeri e soprattutto e per l'ennesima forte riduzione delle dotazioni organiche della p.a., ulteriori rispetto a quelle precedenti e pari al 20% per i dirigenti ed al 10% per il personale non dirigenziale (art. 2, co. 1). Il decreto si preoccupa di predisporre gli interventi per far fronte agli esuberi, prevedendo la possibilità del pensionamento entro il 2014 dei soggetti in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa precedente alla riforma del 2011, la mobilità anche intercompartimentale ovvero l'impiego a tempo parziale di chi rimane in esubero ed infine la dichiarazione di esubero con collocazione in disponibilità con l'80% dello stipendio per 24 mesi, con possibile proroga sino a 48 mesi per chi matura i requisiti pensionistici nel corso di questo periodo (art. 2, commi 11 e 12). La mitica stabilità ora entra un po' in crisi<sup>31</sup>, anche se le dichiarazioni di esubero sarebbero davvero rivoluzionarie.

I dipendenti pubblici non hanno motivo di stare allegri, dunque, anche se i vari passaggi di questa procedura devono avvenire previo esame congiunto con le organizzazioni sindacali (art. 2, co. 17 e 18). E non so quanto siano contenti di dover obbligatoriamente fruire delle ferie, riposi e permessi, con esclusione di ogni trattamento economico sostitutivo, anche in caso di risoluzione del rapporto (art. 5, co. 8 e 9). Ulteriori norme, infine, dettano una regolamentazione provvisoria sulla valutazione della performance dei dirigenti e del personale non dirigente ai fini della corresponsione del trattamento accessorio ad essa legato; il limite dei premiabili è del 10% ed il premio consiste in un incremento del trattamento accessorio tra il 10 ed il 30% del trattamento accessorio medio attribuito ai colleghi della stessa categoria (art. 5, commi 11-11 *sexies*).

<sup>31</sup> Riprendo le parole dal titolo del saggio di LUCIANI, *La stabilità del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., p. 63 ss. e spec. p. 68 ss.

Non so se si tratti di importi appetibili, ma in ogni caso sembra un primo passo interessante che, insieme alle misure di semplificazione burocratica e di incremento dell'informatizzazione, indubbiamente smuove la situazione di meri blocchi e tagli.

Un mero ritorno al passato “brunettiano” lo si scorge, invece, nelle nuove previsioni sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici, introdotte dalla legge anticorruzione nelle p.a. (l. 6 novembre 2012 n. 190): il codice avrebbe dovuto essere approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa delibera del Consiglio dei ministri e su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione. Una grande centralizzazione, dunque, ed una emarginazione del sindacato, che paga forse le sue scelte passate. È stata introdotta anche la tutela del denunciante (art. 54 *bis* del d.lgs. n. 165/2001), rispetto alla quale ho delle perplessità. Chi denuncia deve assumersi le proprie responsabilità e non vorrei che la copertura di legge induca ad evidenziare comportamenti magari solamente discutibili solo per ragioni personali e non per migliorare l'amministrazione.

#### 4. *Riforma Fornero e lavoro pubblico: i colpevoli silenzi*

Il governo Monti e la sua maggioranza avrebbero potuto fare, tuttavia, molto di più in tema di lavoro pubblico e l'avrebbero potuto fare nella sede più consona, e cioè nella c.d. “riforma Fornero”. Avrebbero potuto contrastare almeno un po' la divaricazione ormai sempre più netta tra pubblico e privato o almeno dire qualche cosa che contribuisse a frenare i contenziosi seriali o comunque l'eccessivo numero dei ricorsi ai giudici. Quanto sarebbe stato opportuno, ad esempio, se non altro per contrastare le procedure di infrazione iniziate dalla Commissione europea, sostituire, nel co. 5 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, il riferimento al “risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro” con il riferimento ad una indennità determinata nei limiti minimi e massimi e correlata alla mancata prosecuzione di un rapporto di lavoro stabile, che sul versante del licenziamento vale, se lo chiede il lavoratore, 15 mensilità di retribuzione. Vi è chi ritiene che se tutti i lavoratori precari chiedessero in giudizio anche un importo minimo pari a 2,5 mensilità, l'impegno finanziario per le p.a. sarebbe insostenibile, in quanto superiore al miliardo di euro: meglio, allora ritenere possibile la stabilizzazione giudiziale del rapporto, perché così le risorse servirebbero per com-

pensare prestazioni di lavoro<sup>32</sup>. Non entro in questa quantificazione, ma è chiaro che non tutti avrebbero iniziato una causa o sono rimasti precari. Qualche decisione, tuttavia, avrebbe dovuto essere presa, se non altro per attenuare un contenzioso gigantesco ed affrontare il procedimento di infrazione: anche il governo Monti, invece, ha lasciato marcire il problema e si è rimesso ai giudici che, di fatti, poi, nel 2013 hanno dovuto, per così dire, fare fronte comune ai livelli più alti, salvo essere alla fine intralciati, come vedremo, da equivoci interventi del Governo Letta.

Così non è stato. La riforma è stata concepita e discussa con esclusivo riferimento al lavoro privato e quando, all'ultimo momento, ci si è chiesti se estenderla ai dipendenti delle p.a., i sindacati del settore ed il Ministro della pubblica amministrazione hanno reagito negativamente a gelosa difesa delle loro prerogative. Ne è conseguita una normativa astrusa e contorta (i commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 28 giugno 2012 n. 92), dalla quale è pur tuttavia estraibile la volontà del legislatore di escludere il lavoro pubblico dall'ambito di applicazione delle norme della legge n. 92/2012, salve le espresse (e poche) estensioni ed un generico rinvio a future armonizzazioni ministeriali.

La tesi che valorizza la lettera e l'*iter* formativo della norma, iniziata da Franco Carinci e seguita da altri, me compreso<sup>33</sup>, è stata, tuttavia, contrastata dall'opinione per la quale al lavoro pubblico vanno applicate tutte le norme della legge n. 92/2012 che, "pur non proclamandosi applicabili al rapporto di lavoro pubblico, vanno ad modificarne od abrogarne altre che già erano applicabili allo stesso in forza di espressi pronunciamenti di legge" o in virtù

<sup>32</sup> V. la *Relazione* svolta da COPPOLA al Convegno organizzato a Palmi il 29-30 novembre 2013 dal locale Centro Studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", ove a p. 41 si calcola un fabbisogno di un miliardo e 285 milioni di euro.

<sup>33</sup> CARINCI F., *Dipendenti delle amministrazioni pubbliche soggette al d. lgs. n. 165/2001*, in CARINCI F., MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Ipsoa, 2012, p. 3 e Art. 18 *St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, ora in *Il contributo di Mario Rusciano*, cit., p. 25 ss.; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 55; LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *MGL*, 2012, p. 757 ss.; MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *LD*, 2012, pp. 434-435; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, p. 49 ss.; MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della riforma Fornero*, in *LPA*, 2012, p. 965 ss.; SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giappichelli, 2012, p. 844.



dei richiami effettuati dal d.lgs. n. 165/2001<sup>34</sup>, di cui quello rinvenibile al 2° co. dell'art. 51, concernente l'intera legge n. 300/1970, comprese le regole sul licenziamento, con le sue successive modificazioni ed integrazioni, costituirebbe solo un esempio<sup>35</sup>, seguito, poi, da quello effettuato dal co. 2 dell'art. 36 al d.lgs. n. 368/01, in virtù del quale al lavoro pubblico si estenderebbero le modifiche introdotte dalla riforma del 2012 alle norme del decreto n. 368/01<sup>36</sup>.

Questa seconda soluzione, ineccepibile, in astratto, dal punto di vista delle regole generali sulle fonti, dopo quelli costituiti dalla lettera dei commi 7 ed 8 dell'art. 1 della riforma e dalla storia del loro *iter* formativo, avrebbe potuto trovare un terzo ostacolo di tipo applicativo, rappresentato dal tenore dell'art. 1, co. 400, della c.d. Legge di stabilità 2012 (l. 24 dicembre 2012 n. 228), che nel prorogare i contratti a tempo determinato, ha premesso che la proroga era consentita nelle more dell'attuazione dell'art. 1, co. 8, della legge n. 92/12, e cioè nell'attesa delle iniziative del Ministro della pubblica amministrazione volte all'armonica estensione della "riforma Fornero" ai dipendenti pubblici.

Ciò, tuttavia, non è avvenuto e come accade spesso nel nostro sfortunato

<sup>34</sup> V. ora DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in RIDL, 2013, II, p. 421 ss.; RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in LG, 2013, p. 22 ss.; GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 227 ss.; ROMEO, *La legge Fornero e il rapporto d'impiego pubblico*, in LPA, 2013, p. 145 ss.; in precedenza v. già GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2012, p. 16; CAVALLARO, *L'art. 18 St. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in LPA, 2012, pp. 2023-2029. Per SCARPONI, *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la riforma Fornero*, in LPA, 2012, p. 989, anche nella soluzione del problema in esame si deve muovere dalla fondamentale regola sulle fonti, per la quale al lavoro pubblico trovano applicazione le norme privatistiche non espressamente escluse e non incompatibili con le peculiarità del lavoro con le p.a., dovendosi pertanto giungersi alla conclusione dell'applicabilità al settore in esame anche delle norme del d.lgs. n. 368/2001 modificate nel tempo e non derogate, purché compatibili col sistema pubblico (non lo sono le disposizioni sul primo contratto acausale), malgrado la cattiva formulazione dei commi 7 ed 8 dell'art. 1 della riforma Fornero.

<sup>35</sup> V. TAMPIERI, *La legge n. 92 del 2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 28. Per la tesi di una sola parziale applicazione del "nuovo" art. 18 al lavoro pubblico v. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in LPA, 2012, spec. p. 1003 ss.

<sup>36</sup> Così FERRARO, *Flessibilità in entrata: vecchi e nuovi modelli di lavoro flessibile*, in RIDL, 2012, I, p. 580.

Paese amministratori e dirigenti delle p.a. si sono trovati in grande ambasce di fronte ai nuovi e più stringenti limiti di utilizzo del contratto a tempo determinato con lo stesso dipendente, anche se non chiaramente estesi al settore pubblico. Poiché il loro mancato rispetto poteva comportare responsabilità dirigenziali, le assunzioni a termine sono state frenate e sul punto sono stati chiesti lumi al Dipartimento della funzione pubblica, il quale ha risposto nel senso dell'applicabilità pur con delle eccezioni; per superare problemi molto gravi di carenza di personale indispensabile per lo svolgimento di importanti funzioni sono stati stipulati anche degli accordi sindacali in deroga<sup>37</sup>. Questa situazione ha indotto anche altri studiosi a condividere la soluzione ministeriale<sup>38</sup> ed ha favorito l'avvento di una giurisprudenza nel senso dell'applicabilità al lavoro pubblico della nuova disciplina del licenziamento<sup>39</sup>. Vi era, comunque, una grande confusione tra tagli del personale, blocco delle assunzioni, assoluta necessità di utilizzare determinate figure professionali. Il legislatore ha dovuto pertanto tornare sui suoi passi: prima ha ampliato progressivamente tali limiti incidendo sul d.lgs. n. 368/01<sup>40</sup> ed infine, poche settimane or sono, *ha testualmente esteso al lavoro pubblico tutto il suddetto decreto*, ad eccezione della disciplina delle causali e con permanenza del divieto di “trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato”<sup>41</sup>. In tal modo l'applicabilità del d.lgs. n. 368/01, con

<sup>37</sup> Su queste vicende v. *amplius* gli articoli di SCARPONI, *op. cit.*, e MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico*, cit.

<sup>38</sup> V., ad es. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, in CIGNELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*, p. 22.

<sup>39</sup> V. Trib. Perugia 9 novembre 2012, in *LPA*, 2012, p. 117; Trib. Perugia 15 gennaio 2013, *ivi*, p. 1122; Trib. Terni 14 gennaio 2012, in *www.giuslavoristi.it*; Trib. Bari 14 gennaio 2013, in *RIDL*, 2013, II, p. 410.

<sup>40</sup> La Riforma Fornero aveva ampliato in modo rilevante i periodi di tempo entro i quali non era possibile riassumere a termine lo stesso lavoratore, portandoli da 10 o 20 a 60 o 90 giorni (art. 1, co. 9, lett. g) l. n. 92/12), pur con una complicata possibilità di restrizione da parte della contrattazione collettiva. Poiché ci si è accorti che queste nuove regole avrebbero creato problemi enormi se ritenute applicabili al lavoro pubblico, la legge 7 agosto 2012, nel convertire il “decreto sviluppo” (d.l. 22 giugno 2012 n. 83), con il suo art. 46 *bis* ha ulteriormente ampliato la possibilità, per i contratti collettivi, di ridurre i periodi in questione, sino a che il Governo Letta con l'art. 7 del d.l. 28 giugno 2013 n. 76 (“Decreto lavoro”), convertito in l. 9 agosto 2013 n. 99, ha riscritto l'intero co. 3 dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, riportando i periodi in esame all'estensione di 10 o 20 giorni con amplissima possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva.

<sup>41</sup> V. l'art. 4, co. 1, lett. b), d.l. 31 agosto 2013 n. 101, conv. in l. 30 ottobre 2013 n. 125, che

le sue successive modifiche, ai dipendenti pubblici, che per le furbie del Governo italiano ha fatto tanto impazzire i giudici di Lussemburgo, può finalmente dirsi certa, salva la discussione, per nulla sopita, dei suoi precisi limiti.

5. *Governo Monti e contratti flessibili. Una prima soluzione insoddisfacente: il settore della sanità*

Quando il Governo Monti è intervenuto in materia di lavoro flessibile nelle p.a., ha iniziato in modo del tutto difensivo e deludente: ha inteso mettere in salvo tutto il precariato del settore sanitario inserendo all'interno dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/01 un co. 4 *ter*, che esclude dall'applicazione del decreto i contratti a tempo determinato del settore sanitario del Servizio sanitario nazionale, compresi quelli dei dirigenti, motivandolo con la "necessità di garantire la costante erogazione dei servizi ... e il rispetto dei livelli essenziali di assistenza", combinata con l'esigenza di rispettare i "vincoli finanziari che limitano, per il Servizio sanitario nazionale, la spesa per il personale e il regime delle assunzioni"<sup>42</sup>.

Non è la prima volta che negli ultimi anni il settore della Sanità beneficia di norme di "favore" in tema di flessibilità. Già l'art. 3, co. 79, della legge n. 244/2007 (Finanziaria del Governo Prodi per il 2008) aveva inserito nell'art. 26 del d.lgs. n. 165/01 un comma 10, che consentiva agli enti del Servizio sanitario nazionale di avvalersi di forme di lavoro contrattuale flessibile, in relazione alle figure infungibili del personale medico, a quelle infermieristiche e di supporto a queste ultime, oltre che per le esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, anche per la sostituzione di lavoratori

introduce dopo il co. 5 *bis* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 un ulteriore co. 5 *ter* a tenore del quale "le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato".

<sup>42</sup> L'inserimento è stato effettuato dall'art. 4, co. 5, del d.l. 13 settembre 2012 n. 158, conv. in l. 8 novembre 2012 n. 189. Una particolare attenzione al settore della sanità (oltre a quelli dell'assistenza, della ricerca ed istruzione) era stata richiesta al legislatore nelle (generiche) previsioni dell'intesa Governo - Cgil, Cisl e Uil del precedente mese di maggio 2012 in tema di flessibilità, anche in uscita.

assenti o cessati dal servizio, limitatamente ai casi in cui ricorressero urgenti e indifferibili esigenze correlate all'erogazione dei livelli essenziali di assistenza e compatibilmente con i vincoli previsti in materia di contenimento della spesa per il personale. Questa norma è stata eliminata l'estate successiva dal d.l. n. 112/08, convertito nella l. n. 133/08, tornando anche il settore in esame a poter assumere con le suddette tipologie di rapporto solo per esigenze temporanee ed eccezionali. Poiché la contrattazione collettiva poteva ampliare di poco le possibilità attribuite dalla legge, si è giustamente concluso che l'esigenza di contenere i costi precludeva alla p.a. di operare con gli stessi modelli organizzativi usati dalle imprese private, pur condividendo con queste le esigenze di efficienza e flessibilità<sup>43</sup>.

Un corretto ampliamento dei margini di utilizzo flessibile dei rapporti di lavoro andrebbe salutata con favore, ma non è questo il connotato dell'intervento montiano, che si caratterizza, invece, per una apertura generalizzata e priva di sbocchi razionali e selettivi: avanti con ripetuti contratti a termine, nessun limite per le proroghe e per il tempo complessivo delle varie assunzioni, perché i malati non possono attendere! Non importa se il presupposto del reclutamento sia costituito quasi sempre dall'esigenza di coprire servizi essenziali in modo continuativo e regolare<sup>44</sup>. Mi sembra di essere di fronte ad un legislatore falsamente ingenuo e spensierato, perché penso che sappia benissimo che l'assenza di ogni vincolo al precariato "permanente" contrasti con le norme dell'Unione europea. La Corte di Giustizia, infatti, ha chiarito in più occasioni che il rispetto delle disposizioni dell'accordo europeo recepito nella Direttiva 70/99/CE non è assolutamente garantito dal mero fatto che le varie assunzioni siano ammesse da una norma di legge degli Stati membri<sup>45</sup>. Lo stesso discorso vale, peraltro, anche per l'esclusione dal campo di applicazione del d.lgs. n. 368/01 del personale della scuola, che

<sup>43</sup> Così *amplius* ZOLI, *Contrattazione collettiva e flessibilità dei contratti di lavoro*, in LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 202 e 210.

<sup>44</sup> Così MONDA P., *Note critiche sulla stabilizzazione del personale a termine nel comparto della sanità pubblica*, in LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *op. cit.*, p. 294, il quale ritiene aprioristica l'esclusione del rimedio della conversione del rapporto in caso di palese abuso fraudolento dei contratti flessibili (p. 293).

<sup>45</sup> Non per nulla, nella prefazione ad uno studio corale sulla flessibilità nel settore sanitario si è espressa l'impressione che le tecniche regolative e gestionali concernenti il personale "siano di recente sempre più caratterizzate da forti criticità e ritardi: v. ZOPPOLI L., *Flessibilità, modelli organizzativi e rapporti di lavoro nella sanità*, in LIGUORI, ZOPPOLI A. (a cura di), *op. cit.*, p. 26.

tanti problemi ha posto, cui ora si è aggiunto quello del personale educativo e scolastico degli asili nido e scuole dell'infanzia degli enti locali<sup>46</sup>.

Proprio per mostrare di voler attenuare questo illimitato uso del lavoro a termine di fronte all'apertura delle procedure di infrazione ad opera della Commissione europea il Governo Letta, all'interno del complesso sistema di stabilizzazioni introdotto con il decreto n. 101/13, convertito in l. 125/13, di cui parlerò più diffusamente in seguito, ha dedicato una specifica attenzione a quelle concernenti le professionalità del Servizio sanitario nazionale<sup>47</sup>.

#### 6. *Governo Monti: proroghe dei contratti e ripresa delle stabilizzazioni*

Le successive risposte del Governo Monti sono state, invece, positive e tali da far vedere, finalmente, un po' di sereno. A prima vista poteva sembrare che venisse ripresa una linea molto antica, vale a dire quella della sanatoria dei rapporti esistenti, anche se illegittimi, e della stabilizzazione dei fortunati. A ben vedere, però, non era così.

La c.d. legge di stabilità 2013 (l. 24 dicembre 2012 n. 228), all'art. 1, co. 400, ha innanzitutto attribuito alle p.a., nel rispetto dei vincoli finanziari esistenti e delle previsioni di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, la possibilità di prorogare i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, in essere al 30 novembre 2012, che superassero il limite dei 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi di cui al co. 4 *bis* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, o il diverso limite stabilito dai Ccnl di comparto, fino al 31 luglio 2013, previo accordo decentrato con le organizzazioni sindacali rappresentative del settore interessato secondo quanto previsto dal medesimo co. 4 *bis* dell'art. 5 del decreto stesso, con salvezza degli "accordi decentrati eventualmente già sottoscritti nel rispetto dei limiti ordinamentali, finanziari e temporali di cui al presente co."<sup>48</sup>. In tal modo il legislatore ammetteva per la prima volta (finalmente!), che l'art. 5, co. 4 *bis*, del d.lgs. n. 368/01 si applica alle p.a. e che le proroghe

<sup>46</sup> L'esclusione dall'applicazione del decreto n. 368/2001 dei contratti a termine stipulati con i supplenti della scuola pubblica, sancito dal co. 4 *bis* del suddetto decreto, è stato esteso al personale degli asili e scuole comunali dall'art. 4, co. 11, del d.l. n. 101/13, convertito nella l. n. 125/13.

<sup>47</sup> V. l'art. 4, co. 10, secondo e terzo periodo.

<sup>48</sup> I contratti sono stati poi prorogati sino al 31 dicembre 2013.

richiedono l'intervento del sindacato, l'inesistenza di impedimenti finanziari e la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/01. Come si vede, non si trattava di proroghe facili.

La stessa legge, con il co. 401 dell'art. 1, ha introdotto, poi, nell'art. 35 del d.lgs. n. 165/01 i commi 3 *bis* e 3 *ter*. Per il primo, le p.a., nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno, nonché del limite massimo complessivo del 50% delle risorse finanziarie disponibili in base alle regole sulle assunzioni o di contenimento del personale e previo espletamento delle procedure previste dal co. 4, potevano avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: "a) con *riserva dei posti*, nel limite massimo del 40 per cento di quelli banditi, *a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato* che, alla data di pubblicazione dei bandi, (avevano) maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze della pubblica amministrazione che emana il bando; b) per titoli ed esami, finalizzati a *valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a)* e di coloro che, alla data di emanazione del bando, avevano maturato almeno tre anni di contratto di collaborazione coordinata e continuativa nell'amministrazione che emana il bando"<sup>49</sup>. Per il co. 3 *ter* sarebbe stato un apposito decreto a dettare modalità e criteri applicativi per l'attuazione delle suddette procedure.

Le proroghe selettive e la ripresa del sistema delle stabilizzazioni mi paiono soluzioni positive, certo iniziali, per superare almeno un po' il precariato pubblico: e sempre che non si prosegua a troppe nuove assunzioni con tipologie flessibili. Non so, però, se in concreto tali procedure si siano messe in moto o siano state bloccate dalla caduta del Governo Monti.

#### 7. *Government Letta, razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni e strumenti per ridurre il precariato: i decreti legge d'agosto e settembre 2013*

Il lungo e tortuoso cammino sin qui sintetizzato è giunto alle tappe più recente poche settimane or sono con la conversione prima del d.l. 31 agosto 2013 n. 101, convertito in l. 30 ottobre 2013 n. 125, e poi del d.l. 12 settembre

<sup>49</sup> Questa norma dà attuazione al punto 3), lett. h) dell'Intesa del 3 maggio 2012, la quale chiedeva la valorizzazione nei concorsi dell'esperienza professionale acquisita con rapporto di lavoro flessibile.

2013 n. 104, convertito in l. 8 novembre 2013 n. 128. Mentre il “Decreto lavoro” del Governo Letta può costituire, per quanto attiene ai rapporti di lavoro flessibili nel settore privato, un punto d’arrivo di carattere relativamente definitivo<sup>50</sup>, per il settore pubblico, malgrado positive innovazioni, si è ancora lontani da un assetto normativo soddisfacente. Tra breve dirò perché.

### 7.1. La riduzione della spesa

Anche per questo decreto l’obiettivo rimane quello della riduzione della spesa, dello sfoltimento degli esuberi, della mobilità verso attività utili, del calo della permanenza nelle graduatorie di vincitori ed idonei. Non mancano, peraltro, anche prudentissime aperture verso nuove assunzioni.

Con un primo gruppo di norme. Si vogliono effettuare risparmi, ad esempio, stringendo ulteriormente sulle auto blu e sugli incarichi di consulenza, con previsione di ispezioni annuali per il controllo del rispetto dei limiti ed un’interessante sanzione amministrativa pecuniaria da mille a cinquemila euro in caso di loro violazione a carico del responsabile (art. 1). Fermo il divieto di effettuare nuove assunzioni nelle qualifiche o aree interessate da posizioni soprannumerarie, le amministrazioni possono coprire, con varie autorizzazioni ed entro mille limiti, posti vacanti nelle altre aree, che vanno però calcolati detratto un numero di posti equivalenti finanziariamente al complesso delle unità in soprannumero: i soprannumerari che rimangono dopo queste operazioni sono soggetti alle procedure di eccedenza

<sup>50</sup> Ho espresso questa opinione in *Il contratto a termine nel settore privato dopo il Decreto lavoro: il legislatore darà una tregua agli interpreti?*, di prossima pubblicazione, sulla *Rivista Leggi di lavoro*, 2013. So che vi sono critiche nei confronti della nuova formulazione dell’art. 1, co. 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001 ed in particolare della previsione di cui alla sua lett. b), che ammette i contratti a termine acasuali “in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. So anche che le parti sociali stanno trattando in merito in vista dell’Expo di Milano. Certo la delega al legislatore è amplissima: i contratti potranno superare i limiti di durata, di proroga o concernenti il requisito del “primo contratto”? Se sì, che problemi si porrebbero? Penso che al momento attuale sia preferibile non porsi troppe questioni ed attendere se e come la contrattazione riuscirà a dispiegarsi su un terreno che vede diminuire anche le assunzioni a tempo determinato. Accanto a questo profilo rimane aperta davanti alla Corte di Giustizia (su ordinanza del Tribunale di Napoli, giud. Coppola, 16.6.2012, cause riunite C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, *Mascolo*) ed alla nostra Corte Costituzionale (su ordinanza del Tribunale di Velletri, giud. Russo, 21.12.2012) la questione dell’art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010.

di personale, ma le cessazioni per processi di mobilità non possono essere considerate risparmio utile per calcolare le disponibilità finanziarie destinabili alle assunzioni (art. 2, co. 1). Vengono rafforzati ed estesi i controlli sul costo del lavoro (art. 2, co. 10) e per far fronte alle gravi e note carenze di personale degli uffici giudiziari si autorizzano passaggi diretti di personale di altre amministrazioni che abbiano situazioni di soprannumerarietà o eccedenza: il passaggio avviene all'interno della strumentazione giuridica del diritto privato, e cioè con lo strumento della "cessione del contratto previa selezione" (art. 3): forse ci sarà da divertirsi sui trattamenti da attribuire nel passaggio tra amministrazioni diverse, come da amare precedenti esperienze. Per contenere le spese, ancora, le amministrazioni sono autorizzate a revisionare i contratti di servizio con riduzione del prezzo e con correlata previsione di una rinegoziazione dei contratti collettivi aziendali stipulati tra le società e gli enti controllati ed i rappresentanti dei loro dipendenti "finalizzata alla ... riduzione degli istituti del salario accessorio e dei relativi costi" (art. 3 *bis*). Dal blocco delle retribuzioni dei propri dipendenti le p.a. possono passare quindi ad un'azione che porta alla diminuzione del salario del personale altrui, ma che per esse lavora. Ne vale la pena? I risparmi nominali non saranno subissati da un rendimento più basso?

### 7.2. Il nuovo sistema di concorsi pubblici

Un secondo gruppo di norme riguarda specificamente i concorsi. Si vuole fare in modo che i concorsi per nuove assunzioni costituiscano una sorta di ultima *ratio*. Pertanto, ai limiti già esistenti se ne aggiungono di altri, nel senso che, per le amministrazioni dello Stato ed alcune altre, l'avvio di nuove procedure è ora subordinata: a) all'avvenuta immissione in servizio, nella stessa amministrazione, di tutti i vincitori di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato "*per qualsiasi qualifica, salve comprovate non temporanee necessità organizzative*"; b) all'assenza, nella stessa amministrazione, di idonei in graduatorie vigenti e approvate dal 1° gennaio 2007, "*relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza*" (art. 4, co. 3 ss.)<sup>51</sup>. Si devono, quindi, assumere vincitori ed idonei e si può non badare al

<sup>51</sup> Si ipotizzano anche concorsi pubblici unici per dirigenti, per figure professionali comuni a tutte le p.a., per specifiche professionalità, con possibilità che anche le regioni e gli enti locali, se lo vogliono, partecipino a questo meccanismo ed attingano il personale da assumere dalle liste comuni (art. 4, co. 3 *quinquies* e *sexies*).



sottile, non guardare troppo nemmeno al tipo di qualifica necessaria per l'amministrazione! Va bene svuotare le graduatorie, ma che sarà della professionalità dei prestatori di lavoro? Che efficienza avranno i servizi erogati? Per di più, ci vorrà tempo per prosciugare le graduatorie per i posti a tempo indeterminato, perché l'efficacia di quelle vigenti alla fine d'agosto viene prorogata al 31 dicembre 2016 (art. 4, co. 4). In assenza di risorse "fresche", per favorire le assunzioni stabili e limitare quelle a tempo determinato il decreto in esame prevede un complesso monitoraggio telematico per far conoscere in modo preciso al Dipartimento della funzione pubblica quantità e qualità dei vincitori ed idonei collocati in graduatorie per posti stabili: avuta questa conoscenza, entro il 30 marzo 2014 dovrà essere emanato un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri volto a definire "criteri di razionale distribuzione delle risorse finanziarie connesse con le facoltà assunzionali delle pubbliche amministrazioni" (art. 4, co. 5). Si guarda, dunque, al passato e si avvalorano le esigenze di personale espresse mediante l'indizione dei concorsi: in relazione alla quantità, qualità e distribuzione dei vincitori ed idonei si cerca di adattare al meglio le poche disponibilità finanziarie alla situazione monitorata.

### 7.3. *Le nuove regole del lavoro flessibile*

L'art. 4 tocca, in sue larghe parti, il tema del lavoro precario, con contenuti che, se pur non corrispondono esattamente alla rubrica, prefigurano sicuramente una manovra complessiva ed organica, teoricamente utile a diminuirlo, caratterizzata anche da interessanti spunti innovativi.

Quello per me più eclatante è costituito dalla possibilità per le amministrazioni di stipulare, nel rispetto delle le condizioni richieste dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per i concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, con ovvia salvaguardia della posizione occupata in graduatoria ai fini dell'accesso all'impiego stabile<sup>52</sup>. Per una resa migliore di questo sistema l'efficacia di queste graduatorie è prorogata sino al 31 dicembre 2016<sup>53</sup>. L'aspetto positivo è che per tali assunzioni non occorre effettuare una apposita procedura selettiva,

<sup>52</sup> V. l'art. 4, co. 1, lett. a-bis), del decreto in esame, che aggiunge due periodi alla fine del co. 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01.

<sup>53</sup> V. il co. 4 dell'art. 4 cit.

potendo i suddetti vincitori ed idonei trovare al più presto una sistemazione lavorativa, sia pur temporanea. E forse, in applicazione analogica delle norme sopra ricordate, anche per queste assunzioni si potrà andare non tanto per il sottile in tema di professionalità. Contemporaneamente, però, dovrebbero essere limitate all'indispensabile le assunzioni a termine *ex novo* di chi non è vincitore o idoneo dei suddetti concorsi, perché altrimenti rimarrebbero due sacche di precarietà, se pur diverse. La norma in questione è espressamente finalizzata alla prevenzione dei fenomeni di precariato, ma in realtà si limita, positivamente, a far passare dall'attesa di un posto ad un lavoro instabile.

Il decreto d'agosto del Governo Letta, in secondo luogo, prosegue con molta decisione sulla via della *stabilizzazione dei rapporti a tempo determinato*, già iniziata con la ricordata legge di stabilità di fine 2012. Per il co. 6 dell'art. 4 le p.a., entro innumerevoli limiti, possono bandire procedure concorsuali per assunzioni a tempo indeterminato riservate esclusivamente ai possessori dei requisiti richiesti dalle finanziarie del governo Prodi del 2006 e 2007, nonché di chi, alla data di pubblicazione della legge di conversione del decreto d'agosto, possa vantare, negli ultimi cinque anni almeno tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando. A questo fine le amministrazioni possono usare, anche complessivamente considerate, le risorse assunzionali per gli anni dal 2013 al 2016, in misura non superiore al 50% ed in alternativa (e cioè senza poterle cumulare con) a quelle di cui all'art. 35, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 165/01. Simili sistemi di stabilizzazione sono ipotizzati anche nell'ambito delle regioni e dei comuni (art. 4, co. 6 *quater*) ed hanno la particolarità che il legislatore, per svuotare di più le sacche di precariato e distribuire maggiore lavoro stabile, *spinge affinché i concorsi siano effettuati per assunzioni a tempo parziale* (art. 4, co. 7). Per favorire questo processo di stabilizzazione il decreto consente alle amministrazioni che nella programmazione triennale del fabbisogno di personale prevedono di effettuare le suddette procedure di prorogare, entro vari limiti e sino al 31 dicembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato di chi, alla data di pubblicazione della legge di conversione, ha maturato almeno tre anni di servizio alle proprie dipendenze (art. 4, co. 9). Infine, vista la scarsezza di risorse, il decreto prevede, a seguito di un monitoraggio della quantità e professionalità dei soggetti presenti nelle graduatorie e di quelli che da tempo lavorano con contratto flessibile, l'emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri che fissi "criteri di razionale redistribuzione delle risorse finan-

ziarie connesse con le facoltà assunzionali delle pubbliche amministrazioni” (art. 4, co. 4). In poche parole: le p.a. che hanno in carico un alto numero dei suddetti soggetti dovranno vedersi riconosciute dal Governo maggiori risorse che andranno sottratte a chi ne ha in carico un numero più basso. Il Governo avrà la forza di effettuare una simile operazione?

Questa spinta alle stabilizzazioni ha toccato anche il Servizio sanitario nazionale, per il quale ci si affida ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, che dovrà avere particolare attenzione per “il personale dedicato alla ricerca in sanità”, da favorire mediante la valorizzazione “dei titoli di studio di laurea e post laurea”, nonché per il personale medico in servizio presso il pronto soccorso con almeno cinque anni di prestazione continuativa, anche se non in possesso della specializzazione in medicina e chirurgia d’accettazione e d’urgenza. Non penso che questo sforzo di stabilizzazione possa ridurre in modo rilevante la diffusa situazione di precarietà derivante dall’ampia apertura ai contratti a termine sopra evidenziata.

#### 7.4. I requisiti per le assunzioni a termine

L’aspetto meno fortunato del decreto in esame è quello che concerne le innovazioni alla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato.

La prima novità riprende uno spunto presente nell’Intesa del maggio 2012. Per i commi 1 e 2 dell’art. 36 del d.lgs. n. 368/2001 le p.a., per le esigenze del loro *fabbisogno ordinario*, assumano esclusivamente con contratti di lavoro a tempo indeterminato, seguendo le debite procedure di reclutamento; per rispondere, invece, ad *esigenze esclusivamente temporanee o eccezionali* possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dalle norme sul lavoro nell’impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Sino all’agosto 2013 il legislatore ammetteva l’utilizzo delle tipologie flessibili in presenza di “esigenze temporanee ed eccezionali”. Ora, invece, tali esigenze devono essere esclusivamente temporanee o eccezionali. È vero che il requisito della eccezionalità è stato di molto svalutato dalle interpretazioni ministeriali, che lo hanno inteso come rafforzativo della temporaneità e non permanenza dell’esigenza di personale, con esclusione di ogni necessaria presenza di una imprevedibilità o irripetibilità<sup>54</sup>, ma rimane il

<sup>54</sup>V. PINTO, *La flessibilità del lavoro subordinato nelle amministrazioni pubbliche e il lavoro autonomo*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *op. cit.*, pp. 248–249.

fatto che ora la disgiunzione dei due requisiti evidenzia e chiarisce il carattere alternativo degli stessi, ciò potendo finire con l'ampliare le maglie per l'utilizzo degli strumenti in esame ed avvicinare, quanto alle causali, i contratti flessibili del lavoro pubblico a quelli del lavoro privato, essendo in entrambi i casi comunque chiesta la temporaneità dell'esigenza per la quale si assume<sup>55</sup>. Il mutamento effettuato a fine agosto ha fatto sorgere la preoccupazione di una ampia riapertura nei confronti dei contratti flessibili<sup>56</sup>. Questa sua potenziale pericolosità a mio avviso non va, tuttavia, enfatizzato, se già nella pratica attuazione della legge i due requisiti venivano unificati in quello della temporaneità e del fabbisogno non ordinario. Le differenze tra i due settori si sono accentuate con l'introduzione dell'ipotesi della prima assunzione acausale, ma è certo che la stessa non sia applicabile al lavoro pubblico in virtù dell'attuale co. 5 *ter* dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, ma anche per incompatibilità con il sistema generale delle assunzioni.

La seconda novità deriva dall'espressa applicabilità al lavoro pubblico del d.lgs. n. 368/2001, sancita, con le eccezioni ivi previste, dall'art. 4, co. 1, lett. b), del d.l. n. 101/13. Tale applicabilità doveva essere tratta anche in precedenza, come minimo per le norme non derogate dal decreto n. 165/01 o da altre disposizioni speciali del lavoro pubblico, in virtù delle regole sulle fonti di cui al 2° co. dell'art. 2 dello stesso decreto n. 165<sup>57</sup>. Ora, comunque,

<sup>55</sup> A rigore, prima della fine dell'agosto scorso, nel settore pubblico, a tener conto non delle interpretazioni ministeriali, ma del tenore letterale delle norme, le esigenze in questione dovevano essere, oltre che limitate nel tempo, anche eccezionali, e cioè imprevedibili e non ricorrenti e se non si voleva giungere all'imprevedibilità, dovevano comunque non essere destinate a soddisfare il fabbisogno ordinario di personale.

<sup>56</sup> V. DE MICHELE, *Le ordinanze pregiudiziali*, cit., p. 23.

<sup>57</sup> Fino alle modifiche dell'agosto scorso nella disciplina dettata dal d.lgs. n. 165/2001 mancava ogni previsione, circa i *limiti alla ripetizione dei contratti con lo stesso lavoratore*. Una norma al riguardo c'era ed era molto chiara: per il "vecchio" co. 3 dell'art. 36 le successive assunzioni non potevano superare il limite dei 3 anni nell'arco dei 5 anni. La norma è stata, tuttavia, eliminata e sostituita con obblighi di informazione a carico delle p.a., che non incidono sui rapporti di lavoro, dall'art. 17, co. 26, lett. b), del d.l. n. 78/2009, convertito in l. n. 102/2009. Si poteva certo pensare ad una scelta voluta, ma il risultato non poteva essere quello della piena libertà di riassumere a piacimento, perché, anche a prescindere dal diritto europeo, la specifica opzione del legislatore si inserisce in un contesto ordinamentale che non ammette tale assoluta libertà. Di fronte alla evidente lacuna riscontrabile nelle disposizioni di cui al d.lgs. n. 165/2001, la disciplina delle fonti di cui all'art. 2, co. 2, del decreto stesso imponeva, dunque, l'applicazione alla fattispecie delle ripetute assunzioni del medesimo lavoratore delle norme valevoli per il lavoro privato, ed in particolare quelle di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001. Questa conclusione mi pareva pacifica e così la consideravano, come già visto, il Dipartimento della funzione pubblica e alcuni ammi-

è più chiaro che anche i contratti a termine del lavoro pubblico sono soggetti a tutte le norme del decreto n. 368 non derogate, comprese – ed è questo il punto rilevante – quelle di cui all’art. 5, commi 3, 4 e 4 *bis*, concernenti i limiti alle successive assunzioni dello stesso lavoratore, ed in particolare gli intervalli di tempo che devono intercorrere tra un contratto e l’altro ed il periodo massimo di utilizzo di 36 mesi. I problemi, tuttavia, non erano assolutamente finiti, perché poi si trattava di vedere se anche le sanzioni per la violazione di questi limiti fossero quelle del lavoro privato (“conversione” del rapporto ed indennità) ovvero dovessero applicarsi quelle espressamente previste per il lavoro pubblico dal co. 5 dell’art. 36 d.lgs. n. 165/01 (risarcimento e responsabilità dirigenziali). Su questo punto, come è ben noto, vi sono state tantissime discussioni, ma nemmeno l’intervento di tanti giudici italiani ed europei è riuscito a portare ad una soluzione definitiva.

*7.5. Violazione delle regole e sanzioni: che fine ha fatto il risarcimento del danno?*

Non è chiaro se il decreto Letta abbia voluto intervenire consapevolmente su tale problema, se abbia solo voluto far finta di intervenire o se abbia effettivamente voluto farlo, ma senza dare nell’occhio. Sul punto le novità introdotte dal decreto d’agosto sono difficilmente comprensibili e danno luogo a problemi complicati su aspetti essenziali della disciplina, aggravati anche da una netta interferenza con le soluzioni che quest’anno stavano tessendo insieme le Corti superiori italiane ed europee.

C’è da chiedersi, infatti, dopo la ribadita applicazione al lavoro pubblico del d.lgs. n. 368/01, con le eccezioni già ricordate, che novità il d.l. n. 101/13 abbia introdotto al sistema delle conseguenze del mancato rispetto dei vincoli e delle condizioni richieste per la stipula del primo e degli ulteriori contratti, quando ha inserito nell’art. 36 del d.lgs. n. 165/01 i commi 5 *ter* e 5 *quater*, pur conservando il co. 5. Il co. 5 *ter* ribadisce il “*divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato*” ed il co. 5 *quater* dispone che “*i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell’articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell’utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato*”.

nistratori che hanno stipulato accordi sindacali volti ad ampliare i limiti temporali posti alla successione di contratti a termine dalle disposizioni dei vari commi dell’art. 5.

Vi è chi ritiene che dal nuovo combinarsi dei vari commi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 possano enuclearsi due ipotesi sanzionatorie diverse. La prima, di carattere generale e relativa a tutti i contratti flessibili, rinvenibile nel co. 5, per la violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori prevede la sanzione del risarcimento del danno ed il divieto di "costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato". La seconda, di carattere speciale, rinvenibile nei commi 5 *ter* e 5 *quater* e relativa ai soli contratti a termine, per quelli stipulati in violazione delle norme dell'art. 36 non comprenderebbe il risarcimento del danno ed il divieto riguarderebbe la "trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato". Per i contratti a tempo determinato, dunque, escluso il rimedio risarcitorio, ogni tutela sarebbe riposta ad una rinnovata ammissibilità della "conversione" del rapporto, derivante dalla distinzione che il legislatore fa tra la "trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato", da una parte, e la "costituzione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato", vietata dal nuovo testo dell'art. 7, co. 6, del d.lgs. n. 165/01 in caso di "ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie" o di utilizzo "dei collaboratori come lavoratori subordinati"<sup>58</sup>. In presenza, dunque, di una serie di contratti con lo stesso dipendente pubblico, tutti legittimi, ma tali da far superare il complessivo periodo di 36 mesi, non sarebbe configurabile alcun rimedio risarcitorio sulla base del vecchio testo del co. 5 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, ma troverebbe nuovo nerbo l'ipotesi della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ai sensi del co. 4 *bis* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/01, non vietata dall'art. 36<sup>59</sup>. In tal modo il legislatore avrebbe definitivamente abbandonato l'opzione risarcitoria in favore della "conversione" nella consapevolezza che, senza la previsione di quest'ultima, per i casi di utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine gli ostacoli incontrati negli ultimi anni dalla soluzione risarcitoria avrebbero portato il nostro Paese a subire una pronuncia di condanna per violazione della direttiva 1999/70/CE<sup>60</sup>.

La tesi così riassunta è molto suggestiva e tecnicamente raffinata. Dubito,

<sup>58</sup> V. COPPOLA, *Relazione*, cit., p. 39 ss. ed in precedenza DE MICHELE, *Le ordinanze pregiudiziali*, cit., p. 24.

<sup>59</sup> V. ancora COPPOLA, *Relazione*, cit., p. 41.

<sup>60</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 41 ss., ove si segnalano i risultati illogici cui sovente portava l'opzione risarcitoria.

tuttavia, che il legislatore abbia avuto la consapevolezza di effettuare una modifica così rilevante. L'art. 4 del decreto d'agosto mi sembra scritto in modo impreciso e caotico, comprese norme buttate a casaccio in coda ad altre con cui c'entrano poco. È poco probabile, quindi, che ci si basasse sulla differenza tra divieto di trasformazione e divieto di costituzione. È evidente, invece, il fatto che il divieto è detto e ripetuto. Circa il risarcimento del danno, si può però effettivamente pensare che il legislatore si sia impressionato di fronte all'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia, come pure del grido d'impotenza del Tribunale di Aosta. E così, invece che scegliere chiaramente una qualsiasi soluzione, ha fatto il furbo senza poca intelligenza, ha ribadito il divieto di "conversione" e, da abile prestigiatore, ha fatto scomparire il risarcimento del danno da un comma, facendolo rimanere in un altro comma, attirando al contempo l'attenzione su un complesso sistema di stabilizzazione da mostrare alle istituzioni europee.

Questo atteggiamento merita un severo giudizio negativo: su un aspetto importante della vita di tante persone si scorge nitidamente l'ennesimo esempio della decadenza politica ed istituzionale del nostro Paese.

#### *7.6. Il decreto del settembre 2013: le stabilizzazioni del precariato scolastico e del personale dell'INGV*

Anche il decreto n. 104/2013 (decreto istruzione) sembra pensato, nei punti che qui interessano, per dare risposta alle pressioni provenienti dall'Europa nei confronti del precariato pubblico.

L'art. 15 prevede un decreto del Ministro dell'istruzione che definisca un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo ed ATA per gli anni 2014-2016, che tenga conto dei posti vacanti e disponibili in ciascun anno, delle cessazioni del relativo personale e degli effetti dei tagli effettuati in base all'art. 64 del d.l. n. 112/2008, convertito in l. 133/2008. Le risorse finanziarie stanziare a tal fine, a quanto risulta dall'art. 27 del decreto, derivano non solo dall'aumento delle accise e delle imposte di registro, ipotecaria e catastale, ma anche, tra l'altro, dalla riduzione degli stanziamenti destinati all'edilizia ed alle attrezzature didattiche, alla formazione post-universitaria ed alla ricerca scientifica e tecnologica<sup>61</sup>. Si dà

<sup>61</sup> L'art. 15 del decreto in esame "largheggia" invece per quanto concerne le spese per aumentare la dotazione organica di diritto relativa ai docenti di sostegno.

qualcosa alla scuola portando via all'Università. Ma non basta. Il bello è che il decreto del ministro deve essere preceduto da una "specificazione negoziale concernente interventi in materia contrattuale per il personale della scuola, che assicuri invarianza finanziaria", e deve basarsi sulle risorse rese disponibili per effetto della suddetta sessione negoziale. Che significa? Non è facile dirlo, ma par di capire che le risorse per le stabilizzazioni debbano essere preventivamente inserite nelle varie voci retributive dalla contrattazione collettiva, in modo che poi non ci siano sorprese circa rivendicazioni relative ad anzianità od altro. Quanti saranno i fortunati? Nell'intervento al Senato del 29 ottobre 2013, sopra riassunto, Pietro Ichino ha parlato di 130.000 precari nella scuola: si arriverà a 10.000 immissioni in ruolo? E questa misura basterà alla Commissione europea?

L'art. 24 è molto più semplice e preciso per quanto concerne la stabilizzazione del personale ricercatore, tecnologo e di supporto alla ricerca dell'Istituto Nazionale di Geofisica e Vulcanologia. Ma qui i numeri sono davvero piccoli, anche se questo personale è davvero indispensabile in caso di calamità e soprattutto di terremoti. Nel quinquennio 2014-2018 è autorizzata l'assunzione di 200 unità e sino alla fine del suddetto periodo l'Istituto può prorogare i contratti a tempo determinato in essere. Da quanto so, il numero di questi precari è circa il doppio degli stabilizzabili. Ma si può fare solo un passo alla volta.

#### 8. *Il decreto d'agosto 2013 ed il chiarimento del sistema delle fonti*

In merito ai contratti flessibili nel settore pubblico si è sempre molto discusso sull'individuazione delle norme che li regolano: che rapporti si impongono tra la disciplina generale del settore privato e quella particolare del settore pubblico? E tra le norme di legge e quelle dei contratti collettivi? Quanto difficile è stato per i giudici di Lussemburgo districarsi su questi aspetti della disciplina italiana!

Il decreto d'agosto 2013 ha contribuito a sistemare la situazione. Penso che si debba fare sempre riferimento all'art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 165/01, per il quale i rapporti di lavoro dei dipendenti "contrattualizzati" delle p.a. sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le norme del decreto stesso, ora definite tutte, "di carattere imperativo", le quali, peraltro, possono essere derogate da norme



specifiche di legge dettate per particolari categorie di dipendenti. Proprio per quanto riguarda il personale della scuola, l'art. 70, co. 8, del decreto di cui sopra lo ricomprende espressamente nelle sue previsioni, con salvezza, tuttavia, delle specifiche "procedure di reclutamento". Se si tiene conto del sistema delle supplenze nella scuola pubblica, è chiaro che le disposizioni particolari si applicano non solo a dette procedure, ma anche ai limiti di ammissibilità del primo e dei successivi contratti a tempo determinato, dato che le previsioni in tema di contratti a termine contenute nel d.lgs. n. 165/2001 sono del tutto incompatibili con quelle specifiche previste per la scuola. La materia del lavoro a termine è, dunque, regolata *in primis* dalla disciplina prevista per il settore privato dal d.lgs. n. 368/01, la quale, tuttavia, può essere derogata dalle norme "generali" del lavoro pubblico privatizzato di cui al d.lgs. n. 165/2001, le quali a loro volta possono essere derogate da specifiche norme dettate per particolari categorie di dipendenti pubblici. È vero che il decreto 368 è successivo al 165, ma è innegabile che il decreto successivo non ha inteso toccare il sistema delle fonti di cui al co. 2 dell'art. 2 sopra riassunto. È dunque in virtù di questa previsione espressa, e non tanto del principio, di applicazione a volte discutibile<sup>62</sup>, per il quale la norma successiva di carattere generale non deroga alla precedente di carattere speciale<sup>63</sup>, che nella materia in esame trovano applicazione le norme di cui al decreto del marzo 2001. Ciò non toglie, tuttavia, che *in caso di lacune, per gli aspetti della materia non espressamente regolati* dalle norme del lavoro pubblico, legali o di contrattazione collettiva, *ai contratti a termine possano applicarsi in via residuale le regole che valgono per i rapporti di lavoro privatistici, e quindi quelle di cui al d.lgs. n. 368/01*, nei limiti della compatibilità con il contesto normativo pubblicistico di riferimento. Questo discorso vale, ovviamente, anche per i rapporti tra la disciplina generale del lavoro pubblico e quella dettata per particolari categorie di dipendenti: in linea di massima si applicherà quest'ultima, ma per gli aspetti non regolati soccorrerà la disciplina pubblicistica generale e, in difetto di quest'ultima, la normativa, ancor più generale, valevole per il lavoro subordinato nell'impresa. Ciò, sempre in linea di massima, vale anche per la disciplina del precariato scolastico, per la quale, tuttavia, bisogna ricordare l'espressa esclusione legislativa dell'applicazione prima della conversione

<sup>62</sup> Basti pensare all'abrogazione delle specifiche ed "antiche" norme processuali concernenti il lavoro marittimo da parte della generale riforma del processo del lavoro effettuata con l. n. 533/1973, affermata dalla Corte Costituzionale.

<sup>63</sup> A questa regola si affida, invece, Cass. 13 gennaio 2012 n. 392, in *RIDL*, 2012, II, p. 138.

giudiziale del rapporto e poi dell'intero d.lgs. n. 368/01<sup>64</sup>. Ed oggi bisogna ricordare anche l'esclusione specifica del personale della sanità, come sopra accennato. Questo intreccio di fonti ha trovato conferma e chiarimento dopo l'inserimento, ad opera dell'art. 4, co. 1, lett. b) del decreto d'agosto 2013, all'interno dell'art. 5 del d.lgs. n. 165/01 di un co. 5 *ter*, a tenore del quale, come già ricordato, le disposizioni di cui al d.lgs. n. 368/2001 "si applicano alle pubbliche amministrazioni", salvo che per ciò che riguarda i requisiti richiesti per la stipula dei contratti nei commi 1 e 2 dello stesso art. 5 ed "il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato". Come per il passato questo richiamo vale in linea di massima, non prevalendo rispetto a norme dettate per specifici settori. Scelta la disposizione interna chiamata a regolare la specifica materia, si tratta poi di confrontarla con le eventuali norme europee che la toccano parallelamente e decidere sulle eventuali operazioni da compiere.

### 9. *Il ruolo della contrattazione collettiva*

Sia le norme di legge specifiche che quelle di cui al d.lgs. n. 165/01, dopo la "riforma Brunetta", possono essere derogate dalla contrattazione collettiva solo se questa possibilità sia espressamente prevista dalle disposizioni stesse. Poiché è difficile pensare ad un legislatore così debole e poco sicuro sulle norme che produce da prevedere la possibilità di essere smentito dalle parti sociali, in genere si ritiene, con pieno fondamento, che ciò rappresenti uno dei tanti strumenti con i quali la riforma ha ristretto il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico<sup>65</sup>. È discusso, tuttavia, se tale ruolo sia così ridimensionato anche per ciò che

<sup>64</sup> L'art. 1, co. 1, del d.l. n. 134/09, convertito in l. 167/2009, ha inserito all'interno dell'art. 4 della l. n. 124/99 un co. 14 *bis* a tenore del quale i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze possono trasformarsi in rapporti a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo; poi, l'art. 9, co. 18, del d.l. n. 70/11, convertito in l. n. 106/2011, ha introdotto nell'art. 10 del d.lgs. n. 368/01 un co. 4 *bis* per il quale tale decreto non trova applicazione nei confronti dei contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, ribadendo l'esclusione del personale stesso dall'applicazione dell'art. 5, co. 4 *bis* (limite dei 36 mesi).

<sup>65</sup> Sul punto v. ad es. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *LPA*, 2012, p. 1 ss. e FIORILLO, *Il sistema delle fonti: primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva*, *ivi*, p. 31 ss.

concerne l'utilizzo dei rapporti flessibili. Per una prima opinione tale ruolo risulta grandemente ridotto, se non eliminato del tutto, anche nella specifica materia qui in esame. Ciò sarebbe avvenuto, nel silenzio generale, attraverso una modifica introdotta al 2° co. dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01 dall'art. 49 del d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/08. Prima di tale innovazione le parti sociali avevano un consistente margine di manovra, laddove erano chiamate a dare "applicazione" nel settore pubblico alla disciplina generale della materia dettata per il settore privato, dovendola solo adattare al contesto pubblicistico, ma potendo derogare le norme di legge dettate solo per i dipendenti pubblici o per categorie ristrette di essi. Per il 1° co. dell'art. 36, nel testo in vigore sino alle suddette modifiche, infatti, "le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale..., si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. *I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230*", da tutte le altre leggi che regolano nel settore privato i vari contratti flessibili, "*nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina*". Ciò significava che la contrattazione collettiva poteva derogare le norme del d.lgs. n. 165/2001 o altre disposizioni particolari del settore pubblico, dovendo, però, rimanere all'interno delle regole poste per il settore privato, le quali dovevano essere "applicate" al settore pubblico dalle parti sociali, le quali erano, dunque, delegate a dare ad esse concreta attuazione nel settore pubblico, con le possibilità di adattamento e correzione necessarie per renderle compatibili con il diverso contesto. Potevano, ad esempio, essere posti limiti al ricorso al singolo contratto o ad una sequela di contratti con lo stesso lavoratore, nonché sanzioni per la loro inosservanza, diversi da quelli previsti dalle regole legali pubblicistiche, purché si trattasse di estendere o adattare quelle privatistiche.

Ebbene, vi è chi ritiene che questi spazi di autonomia per la contrattazione collettiva siano venuti meno dopo le modifiche introdotte all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 dall'art. 49 del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008. In seguito a tale intervento, dopo un 1° co. in cui si prevede che "per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordi-

nato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35", per il 2° co., nel testo del 2008, "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato...in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368...nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina *con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile*". È questa aggiunta che limiterebbe i poteri delle parti sociali rispetto a prima. Esse, infatti, sarebbero chiamate solo a fissare il numero dei dipendenti utilizzabili con le varie tipologie contrattuali flessibili, ma poiché la definizione degli organici e del conseguente fabbisogno è riservata alle p.a., la contrattazione collettiva potrebbe intervenire su poco o nulla<sup>66</sup>.

Per una seconda opinione, invece, la modifica introdotta nel 2008 non avrebbe un significato così dirimente. Poiché all'interno della norma in esame permane l'attribuzione alle parti sociali del potere di "disciplinare la materia" dei contratti flessibili, le parole aggiunte nel 2008 limiterebbero tale potere entro i limiti quantitativi introdotti dalla legge<sup>67</sup>.

Anch'io avevo aderito alla prima soluzione, a causa del tenore letterale delle parole introdotte alla fine del comma in esame<sup>68</sup>. Le innovazioni legislative, sopra riassunte, hanno, tuttavia, posto alle p.a. limiti così stringenti alla spesa per il personale, alle piante organiche ed alla stipula dei contratti flessibili, da far capire che le parole "con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile" intendono limitare il potere normativo delle parti sociali per ciò che concerne l'individuazione degli *stock* di personale, già effettuata dagli organi politici e di vertice e da esse non modificabile, e non

<sup>66</sup> V. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, 43 del *dat.*, di prossima pubblicazione; PINTO, *La flessibilità del lavoro*, cit., p. 251; D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile*, cit., pp. 1050-1051.

<sup>67</sup> Così SCARPONI, *op. cit.*, 3; CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro*, 2. *Il rapporto di lavoro subordinato*, Giappichelli, 2013, p. 539.

<sup>68</sup> V. MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico*, cit., p. 974.

per ciò che riguarda, se non nel senso già delineato, la disciplina delle singole tipologie flessibili. D'altra parte, il comma in esame già inizia il suo secondo periodo con l'espressione "ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge": non è dunque possibile attribuire alla modifica del 2008 il senso di voler attribuire alla contrattazione collettiva il solo compito di individuare i contingenti di personale. Questa conclusione contrasterebbe, infine, con tutte le recenti deleghe attribuite dalla legge alla contrattazione collettiva in tema di durata dei contratti, proroghe, stabilizzazioni, ed in genere di disciplina del rapporto di lavoro. La disposizione è certamente scritta male: dovrebbe dire "nel rispetto dei limiti di personale individuati dalle autorità pubbliche".

10. *In attesa della soluzione della Corte di Giustizia vale la pena riprendere il discorso sulla stabilizzazione giudiziale?*

Due note sentenze della Cassazione del 2012 hanno sostenuto la piena sufficienza, ai fini del rispetto della clausola 5 dell'accordo quadro europeo, delle sanzioni previste dal 5° co. dell'art. 36, basate sul risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro e sulla responsabilità dirigenziale<sup>69</sup>. Vari giudici di merito, però, hanno dimostrato che in concreto non sussiste alcuna sanzione nemmeno in presenza di infinite assunzioni, perché è difficile, se non impossibile, configurare e provare danni in senso tecnico che derivino dalla mera "prestazione di lavoro in violazione di norme imperative"<sup>70</sup>. Questa situazione era divenuta intollerabile, perché non era possibile negare sia la "conversione" che il risarcimento. Ne è nata la procedura d'infrazione nei confronti del nostro Paese, la rimessione alla Corte Costituzionale di questioni di costituzionalità concernenti il rispetto dell'art. 117, 1° co., Cost., e rinvii pregiudiziali alla Corte di Giustizia<sup>71</sup>. Ora però vi è stato il colpo di

<sup>69</sup>V. Cass. 13 gennaio 2012 n. 392, in *RIDL*, 2012, II, p. 138 e Cass. 20 giugno 2012 n. 10127, *ivi*, p. 870.

<sup>70</sup> Per questa giurisprudenza v. MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico*, cit., p. 977, nota 20.

<sup>71</sup> Quest'ultima dovrà pronunciarsi sulla citata ordinanza della Corte Costituzionale (cui si erano rivolte il Tribunale di Roma e quello di Lamezia Terme), su quella del Tribunale di Napoli emessa il 2 gennaio 2013, con il n. 5288/12 r.g.a.c., M. c. Ministero dell'Istruzione, nu-

scena della sentenza della Cassazione n. 26951 del 2 dicembre scorso che potrebbe far vedere ai giudici di Lussemburgo una situazione meno drammatica con soluzioni concretamente percorribili.

Nell'attesa che quest'ultima si pronunci, e magari che si esprima anche la Corte EDU sul ricorso del lavoratore deluso dalla risposta datagli dalla Cassazione in termini di "né conversione né risarcimento"<sup>72</sup>, perché non finire questo scritto ponendo un'ultima domanda: è proprio chiusa la questione della "conversione" giudiziale del rapporto?

Mi sono già espresso sulla possibilità di interpretare la norma in questione escludendone l'applicabilità alla successione di contratti a termine, tutti legittimi, che superino i periodi "limite" ovvero considerandola disapplicabile di fronte alla disposizione sulla parità di trattamento di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro<sup>73</sup>. Sul punto vi è stato il gelo, come se si trattasse di un'eresia, e le due ordinanze della Corte Costituzionale del 18 luglio 2013 danno per scontata l'impossibilità di alcuna conversione, come, del resto, sembra ribadire anche l'art. 4 del decreto di agosto. Anche su quest'ultimo, tuttavia, come già visto, vi è chi distingue tra tipi di infrazioni, giungendo a soluzioni articolate. Non è sbagliato, quindi, che la discussione continui e fa bene ad accennare al problema Riccardo Del Punta quando, descrivendo gli atteggiamenti dei giudici del lavoro, nota in senso critico che alcuni di essi hanno oltrepassato "lo storico ostacolo del principio di inviolabilità della dotazione organica"<sup>74</sup>. A dire il vero ho sempre pensato all'esistenza di questo eventuale impedimento, ma penso che il problema, in pratica, sia simile a quello che pone la reintegra di un lavoratore pubblico. Ne ho viste ordinare anche dopo 10 anni dal licenziamento. Cosa succede se il posto non è più in organico o se è occupato e ci sono vincoli sia di organico che finanziari? In sintesi, se non ci sono soluzioni si deve ricorrere alla mobilità e poi alla messa in disponibilità ed alla dichiarazione di esubero? E a carico di chi? La stessa situazione, sempre in pratica, si presenta quando il giudice afferma l'esistenza

merata in Corte di Lussemburgo con il n. C-61/13 *Racca*, e su quella del Tribunale di Aosta del 3 gennaio 2013, *Papalia*, *supra*, cit.

<sup>72</sup> Si tratta del lavoratore mandato a casa a mani vuote da Cass. 13 gennaio 2012 n. 392, in *RIDL*, 2012, II, p. 138. Il ricorso è presentato contro l'Italia da Giuseppe Angileri.

<sup>73</sup> Per le ultime considerazioni sul punto rinvio ancora alla relazione svolta a Scandicci e sopra menzionata.

<sup>74</sup> V. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RIDL*, 2012, I, p. 469.

di un rapporto a tempo indeterminato nell'ambito di una dotazione che non lo prevede. Mi piacerebbe che qualche giovane prendesse in mano questo tema.

### **Abstract**

Sono ormai diversi anni che gli studiosi di diritto del lavoro non riescono ad incidere sull'evoluzione legislativa della materia, dovendo concentrarsi su un'esegesi di innovazioni dalla portata minima, ma diffuse dappertutto. Questa sensazione di scoramento si è mutata in un atteggiamento di cauta fiducia nel futuro, di fronte ad alcune recenti positive novità, provenienti dal legislatore, dalla giurisprudenza, specie della Consulta, e da una rinnovata unitaria contrattazione collettiva, novità che possono contribuire a diminuire la diffusione della precarietà nel lavoro pubblico.

For many years the labor law scholars cannot impact on the legislative decisions, having to focus on an analysis of non-relevant innovations, but spread everywhere. This feeling of discouragement turns into an cautious confidence in the future, in the face of some recent positive interventions carried out by the legislator, the judges, especially the Constitutional Court, and coming from a renewed trade union unity, innovations that can reduce the spread of precarious work in the public sector.

### **Key words**

Lavori temporanei, Organismi pubblici, Cambiamenti.

Temporary jobs, Public bodies, Changes.





## Antonio Viscomi

### Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare

Sommario: **1.** Mercati e immagini del mercato. **2.** *Prudent knowledge* e regolazione mite. **3.** Adattamento al contesto e ricerca di nuove vie. **4.** Contratto, mercato e regolazione giuridica.

#### 1. *Mercati e immagini del mercato*

Mi è stato chiesto di condividere una riflessione sul rapporto tra ‘logiche di mercato’ e ‘regole giuridiche’ nella prospettiva del diritto del lavoro<sup>1</sup>. Oltre alla mia parziale e limitata conoscenza della letteratura economica (non diversamente in ciò, credo, dalla gran parte dei giuristi di tradizionale formazione accademica) confesso fin da subito una duplice difficoltà. La *prima* riguarda l’esatta individuazione del tema di discussione e trova fonte nella non immediata identificazione e delimitazione dei *termini* stessi della relazione proposta dal titolo. La *seconda*, invece, trova origine nell’estensione problematica di quella relazione che presuppone (e impone) una rinnovata riflessione in ordine alla attuale *funzione* dell’ordinamento del lavoro. Riflessione, a dire il vero, non facile, almeno nella misura in cui si ritenga di non poter accogliere *prospettive antagoniste* di “irriducibile alterità” della logica giuridica alle regole del mercato<sup>2</sup> e neppure opposte *prospettive mimetiche* di

<sup>1</sup> Relazione presentata e discussa al convegno “*Logiche di mercato tra economia ed efficienza delle regole giuridiche*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Messina e dal Consorzio Universitario Megara-Ibleo, Siracusa 10-11 maggio 2013. Il convegno, organizzato da TOMMASINI, ha rappresentato un’utile occasione di incontro tra civilisti e lavoristi (con la partecipazione di BARCELLONA, MONTANARI, GORASSINI, PARDOLESI, CARINCI F, DI RAIMO, MAZZÙ, ROMEO, SCALISI e naturalmente di chi scrive).

<sup>2</sup> In questi termini cfr. BARBIERI, *Lavoro e diritto tra mercati e poteri*, relazione al convegno della Fondazione Jacopo Malagugini *I diritti del lavoro e le pretese dell’economia*, Milano, 16 febbraio 2001, in [fondazionemalagugini.it](http://fondazionemalagugini.it), 2001, p. 3 dattiloscritto.

stampo posneriano<sup>3</sup>, e di dover viceversa proporre *prospettive di regolazione mite*, in grado di coniugare, con nuovi o rinnovati strumenti e con nuova o rinnovata sintesi, interessi mercantili e valori non appropriativi, pretese della logica economica e aspirazioni a una diversa socialità, razionalità della tecnica e irriducibile complessità dell'esistenza umana<sup>4</sup>. E ciò pur sempre nell'ambito di un rapporto obbligatorio destinato ad integrare prestazioni individuali in contesti organizzativi complessi, a loro volta caratterizzati da elevata correlazione con dinamiche esterne di mercato ed infine ad alta intensità di coinvolgimento della persona.

Per le intuibili conseguenze sul piano analitico, è opportuno qui ricordare in via preliminare quanto è stato già più volte efficacemente evidenziato: prima ed oltre che i mercati (e le loro logiche), ad essere plurali sono le *immagini del mercato*, di questo potendosi parlare come luogo, come ideologia, a stregua di paradigma dell'azione sociale ed infine come istituzione<sup>5</sup>. Questa circostanza impone all'interprete un elevato controllo critico del discorso al fine di evitare che la molteplicità dei piani narrativi possa determinare improprie conseguenze sul piano analitico, soprattutto per quanto riguarda la stessa comprensione della funzione dello scambio, da riguardare – a mio giudizio – come relazionale prima ed oltre che economica, connaturata cioè alla dimensione sociale dell'esperienza umana prima che istitutiva del mercato. Come è stato efficacemente affermato, “lo scambio è la risposta più altamente civile alla ‘umana tragedia’ della condizione di scarsità, un ‘trattato di pace’ che, in quanto tale, bandisce l’uso della forza e conferisce a ciascuno la libertà di rifiutare le offerte altrui e di scegliere liberamente la propria controparte”<sup>6</sup>.

Per questa sorta di *ridondanza antropologica* dello scambio<sup>7</sup>, è ancora neces-

<sup>3</sup> POSNER, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., Aspen, 2003, e pure *Overcoming law*, Harvard University Press, 1995, p. 416: “The law tries to make the market work and, failing that, tries to mimic the market”.

<sup>4</sup> Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *Cap. 28 – Presupposti concettuali ed ambiti della diversificazione*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Diritto del mercato del lavoro*, Jovene, 1999, p. 209.

<sup>5</sup> Così FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *SM*, 1992, p. 291. Più recentemente CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della costituzione e principi comunitari*, Giappichelli 1997, p. 15 ss.

<sup>6</sup> INFANTINO, *Potere. La dimensione politica dell'azione umana*, Rubbettino, 2013, p. 260 ss. in dialogo con SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Utet, 1984, pp. 418-419.

<sup>7</sup> In definitiva, “sono le persone a fare un mercato, non le merci”: AIME, *La casa di nessuno. I mercati nell'Africa occidentale*, Bollati Boringhieri, 2002.

sario evidenziare l'asimmetria di potere tra le parti come tratto specifico della relazione di lavoro – la qual cosa dovrebbe rendere del tutto evidente le ragioni per cui la normativa lavoristica spesso “contravviene ai principi che governano in generale il diritto delle obbligazioni”<sup>8</sup> – ma *non è più sufficiente* limitarsi ad invocare quell'asimmetria per fondare e giustificare una pervasiva estensione del principio di inderogabilità (e della conseguente necessaria prevalenza tanto della componente eteronoma su quella autonoma, quanto della dimensione collettiva su quella individuale) fino al punto di legittimare ogni e qualunque limitazione dello spazio di autonomia e di autoregolazione, anche quando gli interessi tutelati da quel principio poco hanno a che vedere con le asimmetrie di potere tra le parti. L'inderogabilità, in buona sostanza, in ragione degli interessi tutelati, ma anche dei costi sociali da essa originati, non può che essere declinata al plurale e conformata ormai sulla base di variabili geometrie concettuali, prima che giuridiche, dal momento che la tutela del singolo – come altrove ho avuto modo di evidenziare – non richiede una necessaria uniformità di disciplina e l'uniformità di disciplina non sempre si traduce in tutela del singolo<sup>9</sup>. Per questo, la norma inderogabile non può che essere riconosciuta, allo stesso tempo, come “fondamento” e come “problema” attuale del diritto del lavoro<sup>10</sup>.

## 2. Prudent knowledge e regolazione mite

D'altronde, ad essere plurali sono non soltanto le immagini del mercato ma anche le relative narrazioni, come dimostrano – fra gli altri – almeno due

<sup>8</sup> Così Ministero del Lavoro, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, Roma, 2001, p. 67, nella prospettiva dell'avvenuto superamento della segnalata asimmetria.

<sup>9</sup> Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in questa rivista, 2012, p. 441 ss. Da ultimo, la proposta ricostruttiva, critica sul punto, offerta da DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, relazione al Convegno Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Bologna 16-17 maggio 2013, in *aidlass.org*, e qui p. 13 del dattiloscritto.

<sup>10</sup> Riprendo il titolo del saggio di CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, p. 341. Cfr. la coeva “proposta metodologica” di TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, 2008, p. 424 che sollecita “una diversa sensibilità sistematica che ponga al centro del diritto del lavoro non più (o non solo) la norma inderogabile *in sé* – perché presunta o tendenziale o tradizionale o ideale – ma anche (e soprattutto) il diritto indisponibile”.

elementi. Da un lato, l'emergere e l'affermarsi di un *network* accademico, maturato da ormai più di un decennio, che sottolinea l'autismo autoreferenziale di una scienza economica caratterizzata da una sorta di *perdita di contatto con la realtà esterna*, anche in virtù della accentuata formalizzazione matematica del proprio linguaggio<sup>11</sup>. In modo emblematico, le linee metodologiche essenziali di tale *network* sono ben espresse dal titolo stesso della rivista di riferimento: *Real-World Economics Review*<sup>12</sup>. Dall'altro lato, il fatto che, a voler attentamente considerare le frontiere della ricerca economica, appare sempre più evidente che “una serie di eventi e shock esterni”, per un verso, nonché il “ripetuto realizzarsi di alcuni risultati dell'economia sperimentale”, per altro verso, hanno determinato la “crisi” dell'idea di un “agente individuale razionale e onnisciente” ed hanno inoltre provocato, se non proprio un collasso del “dominio dell'ortodossia neoclassica”, almeno un “indebolimento di approcci più ortodossi, in particolare dei modelli caratterizzati da unicità e stabilità dell'equilibrio”<sup>13</sup>. In conseguenza di ciò, da più parti si suggerisce ormai

<sup>11</sup> È forse opportuno ricordare l'economia “da lavagna” di cui parla COASE nel discorso in occasione del Premio Nobel, 9 dicembre 1991, *The Institutional Structure of Production*, nobel-prize.org: “What is studied is a system which lives in the minds of economists but not on earth. I have called the result ‘blackboard economics’”.

<sup>12</sup> LAWSON, *Mathematical Modelling and Ideology in the Economics Academy: competing explanations of the failings of the modern discipline?*, in *Econ. Thought*, 2012, vol. 1(1), et.worldeconomic-sassociation.org: “My contention, in short, is that contemporary academic mainstream economics is indeed often underpinned by ideology. But this ideology is first of all methodological in nature, being in effect the widespread cultural view that mathematics is essential to science. Incidentally I argue elsewhere not only that this ideology covers a false view in that successful natural science does not actually rest on the application of mathematics, but also that a nonmathematical economics can actually yet be a science in the sense of the successful natural sciences”.

<sup>13</sup> BARKLEY ROSSER jr, *Frontiere della ricerca economica*, in *Treccani – XXI secolo*, 2009, *treccani.it*; cfr. già KIRMAN, *Whom or What Does the Representative Individual Represent?*, *JEP*, 1992, 6(2), p. 117: “my basic point is to explain that this reduction of the behavior of a group of heterogeneous agents even if they are all themselves utility maximizers, is not simply an analytical convenience as often explained, but is both unjustified and leads to conclusions which are usually misleading and often wrong”. In senso classico cfr. ad esempio JENSEN, MECKLING, *The nature of man*, in *Journ. Appl. Corp. Finance*, 1994, 7(2), p. 4; dopo aver discusso “five alternative models of human behavior that are commonly used (though usually implicitly) ... the Resourceful, Evaluative, Maximizing Model (REMM), Economic (or Money Maximizing) Model, Psychological (or Hierarchy of Needs) Model, Sociological (or Social Victim) Model, and the Political (or Perfect Agent) Model (...) we argue that REMM best describes the systematically rational part of human behavior. It serves as the foundation for the agency model of financial, organizational, and governance structure of firms”. Per una critica al modello dell'*homo oeconomicus* vedi da ultimo INFANTINO, *Potere*, cit., p. 28 ss.

l'adozione di un più ampio paradigma cognitivo attento a cogliere la complessità del reale: “*the neoclassical era in economics has ended and has been replaced by an unnamed era; we believe what best characterizes the new era is its acceptance that the economy is complex, and thus that it might be called the complexity era*”<sup>14</sup>. A ulteriore conferma di tale processo può qui utilmente ricordarsi l'ambizioso progetto proposto dai teorici di “*behavioral economics*”: si tratta di un “*emerging field*”<sup>15</sup> che mira “*to synthesize findings from economics, political science and psychology into a more unified theory of individual and multi-person decision theory*”<sup>16</sup>. Alla luce di tali prospettive, credo sia ragionevole riconoscere che, nell'ambito delle ricerca economica, quello neoclassico si avvia a perdere il ruolo di “*modello o schema accettato*”<sup>17</sup>, cioè di paradigma, in guisa tale che gli stessi giuristi – e i giuristi del lavoro in particolare – sono chiamati ad un attento controllo in ordine all'incidenza dei paradigmi cognitivi tradizionali, conformati dalla scienza economica o più spesso dalla relativa vulgata ideo-

<sup>14</sup> HOLT, BARKLEY ROSSER JR., COLANDER, *The Complexity Era in Economics*, in *Rev. Pol. Econ.*, 2011, 23(3), p. 357, che così continuano: “*The complexity era has not arrived through a revolution. Instead, it has evolved out of the many strains of neoclassical work, along with work done by less orthodox mainstream and heterodox economists. It is only in its beginning stages, but it is, in our view, the wave of the future*”. Più ampiamente BARKLEY ROSSER JR., *Complex Evolutionary Dynamics in Urban-Regional and Ecologic-Economic Systems: From Catastrophe to Chaos and Beyond*, Springer, 2011, dove il tentativo di analizzare gli approcci basati sulla discontinuità elaborando una “*integrated view of economics as a whole from the perspective of inherent discontinuity*”.

<sup>15</sup> Va però evidenziato che la “*behavioral economics*” trova precedenti importanti nei lavori degli anni 1950 di SIMON H.A. (secondo cui le scelte economiche spesso puntano a soddisfare e non a ottimizzare, come invece assunto dalla teoria standard) e di ALLAIS (il cui “*paradosso*” descrive il fatto che, in situazioni di rischio, molte persone attribuiscono valori sproporzionatamente grandi a date probabilità, se esse rappresentano la differenza tra rischio e certezza). Cfr. *Behavioral Economics*, sub voce, *Enciclopedia Treccani on line*, [treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>16</sup> CAMERER, TALLEY, *Chapter 21 - Experimental Law and Economics*, in POLINSKY, SHAVELL (eds), *Handbook of Law and Economics*, Elsevier, 2007, vol. II, p. 1619. Più recentemente ENGEL, *Behavioral Law and Economics: Empirical Methods*, in *Max Planck Society Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, Bonn 2013/1, [www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2013\\_01online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_01online.pdf). Per una prima analisi cfr. HOFFMAN, SPITZER, *Experimental Law and Economics: An Introduction*, in *CLR*, Vol. 85, No. 5 (Jun., 1985), pp. 991-1036, che ne parlavano in termini di “*new research technique*” (Spitzer e Hoffman sono considerati come coloro che “*first introduced the idea of experimental law and economics*” da MCADAMS, *Experimental Law and Economics*, in BOUCKAERT, BOUDEWIJN AND DE GEEST, GERRIT (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Elgar, 2000, p. 539 ss.). Cfr. poi WRIGHT J.D., GINSBURG D.H., *Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty*, in *Northwestern Un. Law Rev.*, Vol. 106, No. 3, 2012.

<sup>17</sup> KUHN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, 1969, p. 43.

logica<sup>18</sup>, sulla costruzione argomentativa e, ancor prima, su quella ordinamentale<sup>19</sup>. Non è privo di significato che un attento (e talvolta visionario) studioso della transizione postmoderna, richiami l'attenzione sull'urgenza di una “*prudent knowledge*” coniugandola con una rafforzata etica della responsabilità e contrapponendola alle facili etiche della convinzione<sup>20</sup>.

In altri termini, e per quanto qui interessa, proprio la riconosciuta presenza di significativi frammenti di un nuovo paradigma sollecita a prendere finalmente sul serio due questioni (ed anzi a ripensarle alla luce di tale evoluzione): a) la prima, relativa ai *limiti* ed alla *fallibilità* della razionalità umana, individuale o istituzionale, soprattutto se e quando chiamata ad operare nell'ambito di sistemi sociali complessi<sup>21</sup>; b) la seconda, e correlata, relativa alla plausibilità di un “punto di vista privilegiato” sul mondo, la cui ricerca appare invece tanto ambiziosa quanto spesso inutile per via della reale *dispersione* delle conoscenze e della *proliferazione* plurale degli interessi<sup>22</sup>. Se si concorda

<sup>18</sup> “L'errore che compie una buona parte degli operatori – lobbisti, avvocati, politici ed influenti giornalisti economici – che attinge alla saggista economica tradizionale consiste nel non rendersi conto che la concettualizzazione manualistica del libero mercato descriverà pure tutte queste qualità, ma che un mercato del genere non solo non esiste ma probabilmente non può esistere nella realtà”, così BASU, *Oltre la mano invisibile. Ripensare l'economia per una società giusta*, Laterza, 2013, p. XI, in quale afferma ancora (p. 17) che “la grande intuizione di Smith si è progressivamente fossilizzata in una dottrina rigida e inflessibile, quella che qui definisco ‘mito smithiano’”.

<sup>19</sup> Per tutti, credo sia sufficiente citare GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *RDPPriv*, 2004, p. 555: “La disciplina dell'informazione contrattuale è espressione della teoria economica marginalista su cui si basa la teoria del contratto”, ed in nota la seguente considerazione: “il punto è ovvio ma forse proprio per ciò poco ricordato dalla dottrina giuridica” con le citazioni di LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *CI*, 1985, p. 309 e di GORDLEY, *The philosophical origin of modern contract doctrine*, Clarendon Press, 1991.

<sup>20</sup> DE SOUSA SANTOS B., *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Cambridge University Press, 1995. “*The ecology of knowledges enables us to have a much broader vision of what we do not know, as well as of what we do know, and also to be aware that what we do not know in our own ignorance, non a general ignorance*”: ID., *Beyond Abyssal Thinking: from global line to ecologies of knowledges*, in *Review*, 2007, vol. XXX, n. 1. Il richiamo all'etica della responsabilità deve intendersi nel senso di JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, 1990.

<sup>21</sup> Cfr. da ultimo MINOGUE, *La mente servile. La vita morale nell'era della democrazia*, IBL libri, 2012.

<sup>22</sup> “Il carattere particolare del problema di un ordine economico razionale è determinato precisamente dal fatto che la conoscenza delle circostanze di cui ci dobbiamo servire non esiste mai in forma concentrata o integrata, ma solamente sotto la forma di frammenti sparpagliati di conoscenza incompleta e, spesso, contraddittoria, che tutti gli individui possiedono separatamente”, HAYEK, *The Use of Knowledge in Society*, in *AER*, 1945, 35, 4, p. 519.

sulla validità di questa condizione di partenza, che attiene all'umano prima ancora che all'economico, le conseguenze sull'estensione e l'intensità della legislazione, sulla stessa funzione che questa può assumere senza provocare possibili effetti non previsti, non voluti o addirittura perversi, risultano immediatamente percepibili. D'altronde, credo sia noto il consolidamento, nell'ambito della teoria dei giochi, di una particolare considerazione, analitica ed euristica, della 'razionalità strategica' a discapito di quella tradizionalmente denominata come 'parametrica': questa – com'è risaputo – descrive sinteticamente i comportamenti massimizzanti adottati dai singoli nel presupposto che le azioni individuali lascino immutato l'ambiente nel quale anche gli altri effettuano le proprie scelte; quella, invece, prende abbrivio dal fatto che le scelte dei singoli, in quanto modificano l'ambiente circostante, sono scelte condizionate, cioè scelte il cui esito dipende dalle *interazioni* che si stabiliscono con le scelte degli altri operatori.

Emblematica, al riguardo, una risalente disciplina<sup>23</sup> di disincentivazione del ricorso all'orario di lavoro straordinario, ispirata da finalità di incremento dell'occupazione aggiuntiva e perseguita mediante una specifica tassazione: va da sé che una disciplina del genere – che pure sembra presupporre un modello astratto di imprenditore razionalmente utilitarista – non può che essere segnata, nei fatti, da un alto livello di ineffettività, in quanto inidonea a comprendere i reali contesti produttivi, gli specifici interessi della parti e la dimensione relazionale interpersonale (e forse neppure tanto le ragioni meramente economiche, dal momento che i costi di formazione dei neoassunti potrebbero essere superiori alla tassazione dello straordinario). Alla stessa stregua, non credo possa sorprendere se, in perduranti contesti critici di elevato prelievo fiscale sulle retribuzioni, le parti sociali siano state indotte – come nel recente accordo del 24 aprile 2013 – ad utilizzare le risorse finanziarie disponibili al fine di pervenire ad una riduzione del costo del lavoro piuttosto che assicurare la correlazione, astrattamente imposta dal legislatore, tra de-tassazione e riorganizzazione (da perseguire mediante rimodulazione degli

<sup>23</sup> Comma 19 dell'art. 2 della legge n. 549 del 28 dicembre 95: "L'esecuzione del lavoro straordinario comporta, a carico delle imprese con più di 15 dipendenti, il versamento a favore del Fondo prestazioni temporanee dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), di un contributo pari al 5 per cento della retribuzione relativa alle ore di straordinario compiute. Per le imprese industriali tale misura è elevata al 10 per cento per le ore eccedenti le 44 ore e al 15 per cento, indipendentemente dal numero dei lavoratori occupati, per quelle eccedenti le 48 ore".

orari, redistribuzione delle ferie in modo più flessibile, impiego di nuove tecnologie per controllare l'ambiente di lavoro o adibizione di dipendente a diversa mansione). A prescindere dalla coerenza di sistema e dalla opportunità pratica di usare risorse pubbliche (in termini di incentivi positivi o negativi) per incidere sulle specifiche scelte organizzative in sede aziendale (addirittura anche promuovendo una diversa distribuzione delle mansioni), e trascurando di considerare che questa vicenda richiama l'attenzione sull'esistenza nel nostro paese di una seria questione salariale anche a motivo di una onnivora politica fiscale, è del tutto evidente che tanto nella tassazione dello straordinario, quanto nella detassazione del medesimo il legislatore sembra non tenere nel debito conto che il concreto contesto economico ed organizzativo sollecita *specifiche strategie di adattamento* negli attori interessati, anche a prescindere dalle convenienze astrattamente ipotizzate dal legislatore medesimo (e dagli stessi modelli economici).

Per questo anche a me<sup>24</sup>, insieme ad altri<sup>25</sup>, nel contrasto tra diritto antagonista e diritto mimetico è da tempo parso ragionevole proporre un *modello mite di regolazione giuridica*, orientato più alla definizione della cornice e meno al disegno del quadro, più al 'come' che al 'cosa'. Ma per essere implementato, il modello richiede e presuppone l'abbandono della pretesa (o dell'ossessione) della modernità giuridica (ed in verità del decisore politico) di congelare nella rigidità della legge la molteplicità del divenire: "c'è troppo diritto" – lamentava qualche anno fa Jean Carbonnier<sup>26</sup> – "occorre ridurre la pressione giuridica e modificare al contempo il tipo di norme". Ciò significa, in concreto, riuscire a delineare una regolazione, legislativa o contrattuale, leggera che si limiti, appunto, a definire la 'cornice', consentendo agli attori (individuali e/o collettivi) di dipingere il 'quadro'. Perciò sembra corretto ritenere che un *approccio attento alla complessità del sistema economico debba accompagnarsi ad una necessaria riconsiderazione, prima ancora dei contenuti regolativi, delle fonti e delle forme di regolazione, peraltro nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà*, da considerare come criterio costituzionale di conformazione e legittimazione del sistema delle fonti giuslavoristiche, sia nel senso

<sup>24</sup> VISCOMI, *Modelli normativi e prassi contrattuali nei mercati di lavoro locali*, in *DML*, 2001, p. 371.

<sup>25</sup> CARUSO, *Alla ricerca della "flessibilità mite": il terzo pilastro delle politiche del lavoro comunitarie*, in *DRI*, 2000, p. 141; ID., *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in *ADL*, 2004, p. 842.

<sup>26</sup> CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Giuffrè, 1997, p. XXIX.



del decentramento delle competenze regolative, sia nell'opposto senso di riportarle al centro quando la situazione oggetto di regolazione non può essere regolata in modo ottimale in diversa sede<sup>27</sup>.

Ciò considerando, è difficile non concordare con Luca Nogler quando segnala l'irriducibilità della realtà ad un qualunque modello regolativo astratto<sup>28</sup> e appare di permanente e pertinente attualità il suggerimento metodologico rivolto da Luigi Mengoni al giurista: quello cioè di affiancare al "talento" ed alla "fantasia" (se e quando sono presenti) anche un attento "controllo della propria precomprensione"<sup>29</sup>. In effetti, la necessaria apertura cognitiva e l'assunzione di metodologie analitiche attente alla dimensione economica ed organizzativa, e comunque non più ancorate nei formalismi di una rigida *Stufentheorie* ordinamentale<sup>30</sup>, non possono certo tradursi (e, direi, neppure ridursi) nel ritenere che i "postulati dell'economia di mercato rappresentino il *prìus* delle soluzioni giuridiche"<sup>31</sup>. Sarebbe veramente ben strano che ciò accadesse, ove solo si considerino i ripensamenti di uno dei più decisi sostenitori di *Law and Economics* che ne ha parlato in termini di "*glorious past*" e di "*cloudy future*", suggerendo come possibile e proficua linea di ricerca una maggiore attenzione agli "*institutional arrangements*" e invocando addirittura maggiore attenzione "*to the demands of history*"<sup>32</sup>. Con qualche elemento di paradosso sono dunque gli orientamenti più attenti alla dimensione 'economica' a riscoprire ultimamente la dimensione storica e

<sup>27</sup> NAPOLI, *Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà*, in *DLRI*, 2002, p. 85; TULLINI, *Breve storia delle fonti nel mercato del lavoro*, in *ADL* 2005, p. 168, pur ritenendo che "una dinamica delle fonti più relazionale, inclusiva, tollerante secondo le doppie coordinate della sussidiarietà (...) è, poi, l'unica visione possibile per realizzare l'integrazione del pluralismo sociale e giuridico a livello comunitario" segnala l'emergere di un "bisogno acuto di elaborare i cambiamenti con (un) supplemento di riflessione e di comprensione", in considerazione dei possibili rischi di destrutturazione del quadro giuridico di riferimento anche perché "non si possono nascondere le difficoltà di risolvere i conflitti socio-economici che non sono 'miti'".

<sup>28</sup> NOGLER, *Problema e comparazione nella controversia sulla riforma del diritto del lavoro*, in *PD*, 2012, p. 53: "le persone non compiono le loro scelte sulla base della sola razionalità propria del *resourceful evaluating and maximising man*, neppure se sono imprenditori come dimostra l'economia sperimentale".

<sup>29</sup> MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *RTDPC*, 1984, p. 330.

<sup>30</sup> Mi permetto di rinviare ad alcune riflessioni sul punto in VISCOMI, *L'adempimento dell'obbligazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *DLRI*, 2010, p. 595.

<sup>31</sup> Sempre NOGLER, *op. loc. ultt. cit.*

<sup>32</sup> EPSTEIN, *Law and economics: Its glorious past and cloudy future*, in *UCLF*, 1997, 64, 4, p.

sociale del diritto, ed in definitiva il suo operare a stregua di formante e di collante di una comunità sociale. Perciò vale pena ricordare ancora, e ricordare proprio ora, il carattere irriducibilmente progettuale (e non meramente esegetico) del diritto del lavoro<sup>33</sup>. Semmai, quell'apertura e quelle metodologie dovrebbero sollecitare, anche nel giurista, la matura consapevolezza sulla profonda condizione di *incertezza nella quale versiamo in ordine alle conseguenze effettive di una regolazione (e di una interpretazione) destinata ad operare in contesti complessi e non pienamente dominabili* neppure attraverso i più sofisticati algoritmi. Basti pensare, al riguardo, ai dubbi sugli effetti occupazionali della tutela reintegratoria o, più in generale, alla odierna discussione sulla relazione tra politiche di bilancio e politiche di crescita<sup>34</sup>. Cautela consapevole e tanto più necessaria, quanto più l'analisi economica tracima dal piano descrittivo a quello marcatamente prescrittivo, ed è qui spesso presentata con i toni della verità ultima e perciò quasi religiosa (ed in effetti di ortodossia si parla ormai più nell'accademia economica che nelle dispute teologiche). In verità, proprio la considerazione dell'orgogliosa presunzione di poter racchiudere la complessità del mondo nella linearità delle formule dei fogli Excel, con i relativi e banali errori di calcolo, ha indotto Paul Krugman a scrivere in modo icastico, in uno dei suoi editoriali sul New York Times<sup>35</sup>: *“These aren't good times for austrian economics; and, to be honest, they aren't too good for economics in general. Even if some economists have come out of the Reinhart/Rogoff/ Alesina/ Ardağna business looking pretty good, the reputation of the intellectual enterprise as a whole has clearly suffered”*.

Da questo punto di vista, pur nel dubbio sull'effettiva realizzazione di quanto previsto, ritengo sia veramente meritevole di apprezzamento l'introduzione, ad opera della l. 28 giugno 2012 n. 92, di un *osservatorio* volto a monitorare gli effetti della riforma sulla efficienza del mercato del lavoro, sull'occupabilità dei cittadini, sulla modalità di entrata e di uscita dall'im-

<sup>33</sup> Cito, ovviamente, il titolo del libro di BAYLOS GRAU, *Diritto del lavoro: un modello per progettare*, Giappichelli, 1993.

<sup>34</sup> Per tutti, cfr. la recente discussione suscitata dal volume di REINHART, ROGOFF, *This Time Is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton University Press, 2009, e le osservazioni critiche di HERNDON, ASH, POLLIN, *Does High Public Debt Consistently Stifle Economic Growth? A Critique of Reinhart and Rogoff*, in *University of Massachusetts, Political Economy Research Institute*, WP 322, April 2013 per i quali: *“the evidence we review contradicts Reinhart and Rogoff's claim to have identified an important stylized fact, that public debt loads greater than 90 percent of GDP consistently reduce GDP growth”*.

<sup>35</sup> KRUGMAN, *Varieties of Academic Temptation*, 3 maggio 2013, in [krugman.blogs.nytimes.com](http://krugman.blogs.nytimes.com).

piego” (art. 1, co. 2), in guisa tale che dagli esiti di tale monitoraggio e della conseguente valutazione possano essere desunti “elementi per l’implementazione ovvero per eventuali correzioni delle misure e degli interventi introdotti dalla (...) legge, anche alla luce dell’evoluzione del quadro macroeconomico, degli andamenti produttivi, delle dinamiche del mercato del lavoro e, più in generale, di quelle sociali” (art. 1, co. 3)<sup>36</sup>. Per riprendere le parole di Deakin e Wilkinson: “trovare il tipo ‘giusto’ di regolamentazione è un processo di scoperta, nel caso del mercato del lavoro come altrove”<sup>37</sup>. E il rischio ben noto è che una regolamentazione non corretta sul piano oggettivo, o come tale percepita dagli attori, sarà immediatamente segnata da un elevato tasso di ineffettività. In effetti, non è azzardato proporre una correlazione diretta tra effettività della normazione e compatibilità con le dinamiche di sviluppo di un sistema economico organizzato<sup>38</sup>.

Insomma, è forse giunto il momento di riferire anche a quella economica quanto Pugliatti predicava di quella giuridica, l’essere cioè il titolo di scienza un poco mitologico, sì da preferirvi quello di *sapere*, più intriso di comprensione dei limiti della razionalità umana<sup>39</sup>. Anche per questo, il legislatore e più in generale ogni regolatore che sia consapevole della complessità sistemica in cui si trova ad operare non può che abbandonare la pretesa di *autosufficienza cognitiva* e di *hybris regolativa* assumendo un più razionale atteggiamento di prudente cautela, ispirato ad un *approccio pragmatico e sperimentale*<sup>40</sup>. In effetti, non sempre il coordinamento delle iniziative è utile o produce gli effetti sperati, non solo, e neppure tanto, perché può alterare lo spontaneo attivarsi di ciascuno e ledere l’auspicato risultato ottimale per la

<sup>36</sup> Ai sensi dell’art. 2, co. 8, del d.l. 28 giugno 2013 n. 76 conv. in l. 9 agosto 2013 n. 99, costituiscono oggetto di monitoraggio *ex lege* 92 gli interventi straordinari ivi previsti per promuovere l’occupazione giovanile.

<sup>37</sup> DEAKIN, WILKINSON, *Capabilities, ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in *DML*, 2000, p. 338.

<sup>38</sup> Cfr. BIN, *Effettività*, in DI COSIMO, LANZALACO (a cura di), *Riscoprire la sfera pubblica*, Ati editore, 2012, p. 59: “L’effettività e l’efficienza sono la dimensione naturale del mercato e delle sue regole. Il mercato non ha il problema della validità o della legittimità dei modelli di comportamento che impone”.

<sup>39</sup> PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *ED*, XII, Giuffrè, 1964, p. 722.

<sup>40</sup> “Nella cultura tradizionale una legge, un trattato un accordo ‘chiudono’ un problema, ingessandolo per parecchio tempo. Personalmente penso, invece, che bisogna sperimentare un’idea dinamica della norma e del mandato, che preveda, già nella sua costruzione, delle ‘finestre’ predisposte a interventi di modifica rapida”, così BARATTA, *Come cambia la rappresentanza politica e sindacale nel post-fordismo. Spunti per un’agenda*, in *QRS*, 2010, 4, p. 129.

collettività, *quanto piuttosto per la non sempre decifrabile prevedibilità delle conseguenze delle scelte compiute, soprattutto quando inverte in contesti sociali, economici e culturali tra loro plurali*. Scrive Coase: “È mia convinzione che ... i responsabili delle decisioni politiche abbiano sovrastimato i vantaggi che derivano dalla regolazione governativa”<sup>41</sup>. Vantaggi che invece potrebbero essere rilevanti per via di una regolazione mite, in grado di valorizzare l’apporto conoscitivo ‘disperso’ e ‘frammentato’ degli attori socio-economici<sup>42</sup>.

### 3. *Adattamento al contesto e ricerca di nuove vie*

Ancora qualche considerazione sul secondo dei termini che il titolo del seminario invita a porre in relazione: le regole giuridiche (e ovviamente quelle del lavoro in particolare). Di queste, prima ed oltre che discuterne l’efficienza, come proposto dal titolo, appunto, pare necessario definirne la funzione, dal momento che, senza tale indagine preliminare, la stessa nozione di efficienza risulta euristicamente poco produttiva. Nella sua dimensione elementare, infatti, il concetto di efficienza pone in *rapporto i risultati raggiunti con gli sforzi necessari per ottenerli*, sì che un sistema si dice efficiente se consente di ottenere gli obiettivi prefissati con un utilizzo ottimale delle proprie risorse. Anche per queste ragioni, se è vero che ogni incontro tra diritto del lavoro ed economia rinvia, come è stato detto, ad una questione metodologica<sup>43</sup>, e più precisamente alla definizione dello statuto epistemologico disciplinare in presenza di una opportuna apertura cognitiva verso altri saperi, è anche vero che ogni incontro presuppone e impone una riflessione identitaria sulla *funzione della disciplina* e sul suo stato attuale, forse un po’ troppo retoricamente contrabbandato sotto la formulazione di ‘crisi’ del diritto del lavoro. Più che in crisi, il diritto del lavoro mi pare sia invece alla ricerca di

<sup>41</sup> COASE, *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, 1995 p. 222, che però così continua: “ma questa opinione, anche se giustificata, non può andare oltre il suggerimento che la regolazione governativa dovrebbe essere ridotta, non dice dove dovrebbe essere tirata la linea di confine”.

<sup>42</sup> A tale stregua, la valorizzazione delle autonome capacità compositive degli attori deriva più dalla segnata consapevolezza in ordine alla frantumazione e dispersione delle conoscenze e meno dalla confidenza, giustamente discussa criticamente da TULLINI, *Breve storia*, cit., p. 166, “nelle capacità di cooperazione e di collaborazione degli attori (istituzionali e sociali)”. Proprio la realistica considerazione di tali capacità impone una chiara e pertinente cornice legale.

<sup>43</sup> DEL PUNTA, *op. loc. ultt. citt.*

*nuove vie* in grado di assicurare, in questo confuso inizio secolo, che quella del lavoro possa ancora essere una esperienza umana segnata dalla finalità proclamata dalla Costituzione: strumento di realizzazione individuale e di partecipazione al progresso materiale o spirituale della società, in cui trova radicamento la dignità della persona e garanzia la sua essenziale libertà<sup>44</sup>. Come è stato efficacemente detto: “*Labour law’s back page do not have to dominate our thinking ... Both substantive and procedural labour law will have to find new techniques and platforms of operation to do the required work*”<sup>45</sup>.

La domanda non è, insomma, “se e fino a che punto il diritto del lavoro deve abbandonare il proprio patrimonio genetico”<sup>46</sup>, ma in che modo possa realizzare le sue finalità in contesti differenti, instabili e dinamici: in fondo, *nella prospettiva evolutiva il vantaggio competitivo non sta nella conservazione museale dei propri caratteri originari quanto semmai nella capacità di adattamento al contesto*. Da questo punto di vista, il disprezzo del giurista nei confronti dell’apporto conoscitivo delle scienze sociali ed economiche<sup>47</sup> (ovvero, se si vuole, il suo prendere rifugio nella prospettiva ordinamentale se non addirittura meramente esegetica) comporta una immediata ed evidente lesione della capacità di comprensione e trasformazione del reale. Per questo vale la pena ancora oggi ricordare il celebre aforisma di Heidegger: “il fatto decisivo non è l’uscire dal cerchio ma penetrarvi in modo corretto”<sup>48</sup>.

Se si concorda con questa osservazione, la pur rivendicata “strutturale eccedenza del diritto del lavoro rispetto al mercato, alle pretese del mercato, dell’economia di mercato, delle ideologie del mercato”<sup>49</sup>, non è tale da emarginare la circostanza che il “problema dello sviluppo e dell’efficienza economica è centrale per il diritto del lavoro, almeno per chi si pone il problema della costruzione delle regole giuridiche in modo responsabile e cioè argomentando le soluzioni tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti. Tuttavia,

<sup>44</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’art. 1*, Einaudi, 2013.

<sup>45</sup> LANGILLE, *Labour Law’s Back Pages*, in DAVIDOV, LANGILLE (eds), *Boundaries and frontiers of labour law*, Hart, 2006, p. 13 e qui 32, 34.

<sup>46</sup> GARILLI, *La crisi del diritto del lavoro*, in *temilavoro.it*, 2012, 4(1).

<sup>47</sup> Da alcuni ricondotto, ma con una qualche forzatura concettuale, anche alla nota affermazione sulla “ibrida mescolanza” tra diritto e sociologia espressa nell’*Introduzione* da BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, p. 2. Dico forzatura, perché l’affermata autonomia dei due rami del sapere è funzionale alla costruzione identitaria della nascente disciplina.

<sup>48</sup> HEIDEGGER, *Essere e tempo*, § 32, p. 166.

<sup>49</sup> Con forza affermata da BARBIERI, *Lavoro e diritto*, cit., p. 3 dattiloscritto.

nel valutare come questi interessi siano coinvolti nei casi concreti non è sufficiente fare riferimento a modelli astratti, ma è necessario confrontarsi con la realtà empirica”<sup>50</sup>. Perciò ha ragione Ichino, quando ricorda che “occorre diffidare non soltanto dalla pretesa assoluta di spiegare tutto in base ai modelli teorici di ispirazione ‘neoclassica’, ma anche dalla pretesa altrettanto assoluta di negare ogni utilità di quei modelli (...). Il problema è sempre soltanto di capire quale e quanta parte della realtà ciascun modello è in grado di spiegare”<sup>51</sup>. Ovvero, per continuare ad usare le sue parole, “nessun duello mortale fra diritto ed economia, ma al contrario, un contributo essenziale che dall’economia può venire (sia al momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione) al rafforzamento del diritto, cioè della sua capacità di produrre effettivamente un *essere* economico corrispondente al *dover essere* posto dalla norma”, cioè – mi permetto di aggiungere – dalla politica, come luogo della scelta condivisa del modello di società nel quale una comunità decide di riconoscersi. Come è stato pure detto: “*Economics should not be expected to provide us with a set of straight-forward answers. Nor should we treat economics analysis as the only valid insight into the problem of labour law... Nevertheless, economics plays a vital role in helping us to understand the cost and benefits of policy choices*”<sup>52</sup>.

#### 4. Contratto, mercato e regolazione giuridica

In questa prospettiva, occorre però tenere in considerazione che l’ordinamento lavoristico presenta, per così dire, un duplice aspetto, essendo destinato a disciplinare, da un lato, la continuativa integrazione funzionale delle singole prestazioni di lavoro nell’ambito di una organizzazione destinata alla produzione di beni o servizi; ed essendo chiamato a regolare, dall’altro lato, l’incontro tra domanda ed offerta nella dimensione propria del mercato del lavoro. *Contratto e mercato costituiscono insomma i due ambienti, non simmetrici né tra loro omogenei, tipici della regolazione giuslavoristica*. In relazione al primo

<sup>50</sup> NOGLER, *op. cit.*, p. 55.

<sup>51</sup> ICHINO, *Il giuslavorista tra marginalisti e istituzionalisti*, intervento al convegno della Fondazione Jacopo Malagugini “*I diritti del lavoro e le pretese dell’economia*”, Milano, 16 febbraio 2001, in *fondazionemalagugini.it* ed anche in *Id.*, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l’uso*, in *ADL*, 2006, p. 454 ss.

<sup>52</sup> DAVIES, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 35.

aspetto, e volendo sintetizzare i risultati di precedenti riflessioni, credo di poter ragionevolmente affermare che il contratto di lavoro rappresenti un *dispositivo tecnologicamente sofisticato* geneticamente destinato ad assicurare l'integrazione tra prestazione e organizzazione: a tal fine, legittima (e per ciò stesso limita) il potere unilaterale del datore di lavoro nell'ambito di un rapporto di durata. In questa prospettiva, il diritto del lavoro ha conformato la rivoluzione industriale, nelle sue varie fasi, operando a stregua di strumento di governo di quella tipica istituzione totale che era (ed è ancora) la fabbrica e di razionalizzazione del sistema di produzione capitalistico. Ne segue che la logica organizzativa impregna o dovrebbe impregnare la costruzione, l'interpretazione e l'applicazione (soprattutto in sede giudiziaria) delle regole giuridiche; anche per questo, la causa del contratto di lavoro può meglio individuarsi nella organizzabilità della prestazione di lavoro e non già nella mera messa a disposizione delle energie lavorative. D'altronde, occorre riconoscere che proprio la costruzione della causa come funzione (o sintesi funzionale) del contratto è tale da inibire ogni tentativo volto ad affermare una necessaria scissione tra la dimensione giuridica (del dover essere) e quella economica-organizzativa (dell'essere), tant'è che la causa risulta abitualmente concretamente configurata a stregua di uno strumento di controllo (pubblico, e nella prospettiva bettiana anche autoritario) dell'operazione economica (privata). Intendo dire, in altri termini, che per una pluralità di ragioni il *codice genetico lavoristico non mi pare possa essere ricondotto e ridotto in via esclusiva alla tutela del lavoratore* mediante gli effetti conformativi o ablativi derivanti dal principio di inderogabilità tanto da risultare, per questa via, incompatibile con le ragioni economiche ed organizzative. Quel codice, viceversa, appare molto più complesso per almeno due motivi: per un verso, a motivo dell'intreccio tra le dinamiche *endoaziendali* di legittimazione e limitazione dei poteri organizzativi e la funzione *esoaziendale* di governo del mercato del lavoro; per altro verso, perché la stessa funzione di tutela del lavoratore non può essere identificata nella privazione dell'autonomia ma piuttosto e semmai, come ho cercato di argomentare altrove, nel *rafforzamento di quella autonomia mediante adeguate e variabili strategie giuridiche di consolidamento*. “Labour law”, è stato recentemente segnalato, “*may be implemented for a variety of goals, some of which may not be protective of workers interests*”; da qui la conseguente osservazione secondo cui “*the adoption of a broader perspective is crucial to the future health and vitality of labour law scholarship*”<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> HOWE, *The broad idea of labour law: industrial policy, labour market regulation and decent work*,

In questa prospettiva, per il giurista del lavoro può rivelarsi fecondo di risultati un approccio analitico ispirato alla categoria dei *contratti relazionali* di Macneil<sup>54</sup> e più ancora a ciò che lo stesso Macneil ha più recentemente definito *relational thinking*<sup>55</sup> volendo così intendere “*the complex patterns of human interaction that inform all exchange*”<sup>56</sup>. In questa prospettiva, com'è ben noto, la funzione economica essenziale del contratto relazionale è di ridurre i costi di transazione derivanti, in ipotesi, dalle continue rinegoziazioni eventualmente necessarie per adeguare la prestazione dovuta al variabile assetto organizzativo della produzione<sup>57</sup>. Emblematica, da questo punto di vista, la disciplina delle mansioni, la cui variabilità unilaterale consente una riduzione dei costi di transazione che potrebbero derivare dall'applicazione, nel caso concreto, della norma di diritto comune sul mutamento dell'oggetto. E ciò vale, si badi, anche nelle ipotesi in cui si reputa di concordare con chi ritiene necessario rivedere le teoriche relazionali sulla base delle specificità dei singoli contratti e in particolare, per quanto riguarda il rapporto di lavoro a mo-

in DAVIDOV, LANGILLE (eds), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, che così continua: “*The broader perspective assists in conducting more complete, long term analysis of regulation which pertains to the person dependent upon their labour for subsistence. It is less prone to crises related to avoidance of traditional labour law and changing work relationships, because the subject matter is not tied to a particular form of work relationship, and allows for analysis of variation in working arrangements by industry*”.

<sup>54</sup> Il riferimento è naturalmente a MACNEIL, *Contracts: Exchange Transaction and Relationships*, Foundation Press, 1971.

<sup>55</sup> MACNEIL, *Relational Contract: what we do and do not know*, in *Wis. Law Rev.* 1985, 483 ss.

<sup>56</sup> Scrive MACNEIL: “*To have even a glimmer of hope of understanding relational contract we must overcome the impact hundreds of years of history have had on our minds. We must start with exchange viewed broadly. By now, we are so brainwashed as to be almost unable to conceive of exchange except in terms of markets and discrete transactions. But exchange is not the product simply of social relations so organized. Rather, exchange is the inevitable product of specialization of labor, however that specialization of labor may occur. Whether in a factory, in a commune, within a corporation, between discrete entities in markets, or within a family, exchange will occur as long as specialization exists. Understanding this is the first step towards freeing ourselves of the Hobbesian and utilitarian intellectual blinders which prevent us from understanding contract behavior and with it relational contract*” (p. 485).

<sup>57</sup> Cf. HVIID, *Long-term contracts and relational contracts*, in BOUCKAERT, BOUDEWIJN, DE GEEST, GERRIT (EDS.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Elgar, 2000, p. 46 ss. per una più ampia ed attenta distinzione tra le due tipologie di contratti indicati nel titolo della voce citata e per l'osservazione conclusiva secondo cui “*The main contribution of the relational contract theory so far would appear to be to highlight the potential importance of the relationship between the contracting parties and the social groups to which these belong, including the importance of norms and non-legal sanctions*”.



tivo della disparità di potere tra le parti<sup>58</sup>. Insomma, per usare le parole del giudice Stevens, “*a contract is not just a piece of paper; just as a single word is the skin of a living thought, so is a contract evidence of a vital, ongoing relationship between human beings*”<sup>59</sup>. A ben vedere, è proprio questa caratteristica relazionale, il fatto cioè che l’esecuzione della prestazione non solo non si esaurisce in un unico atto ma deve anche essere resa all’interno di un contesto dinamico, a rendere ragione della necessità di ripensare adeguatamente *contenuti regolativi e fonti regolatrici*. È qui sufficiente ricordare la contorta vicenda dei contratti a termine per punte stagionali di attività o dei contratti *week-end* degli esattori dei pedaggi autostradali per rendersi conto delle conseguenze dannose dei pregiudizi sulla irriducibile alterità della logica giuridica a quella economica e della diffusa convinzione, in un paese come il nostro, che le norme di legge (e i conseguenti regolamenti burocratici) costituiscano la soluzione per eccellenza. Anche da questo punto di vista, il diritto del lavoro mantiene dunque una sua specificità, non potendosi ad esso riferire, senza alcuna adeguata specificazione, le condizioni di efficienza allocativa del contratto ancora recentemente assunte dalla dottrina civilistica come metro di commisurazione della teoria giuridica del contratto. Questa “non può non avere”, così si afferma, “come sua funzione precipua quella di determinare le circostanze fattuali più idonee a garantire la sussistenza delle (...) condizioni” di efficienza allocativa (o ottimo paretiano: esternalità negative, informazioni, concorrenzialità, cooperazione)<sup>60</sup>.

La consapevolezza dell’incidenza delle scelte (regolative o interpretative) in contesti complessi, siano essi organizzativi o più latamente economici, dovrebbe dunque portare ad un *attento e consapevole bilanciamento delle decisioni* (legislative o interpretative, anche e soprattutto in sede giurisprudenziale), anche al fine di evitare ben noti effetti perversi. Emblematica, ad esempio, la disciplina della nullità dei patti contrari in materia di mutamento di mansioni, la cui rigida applicazione ha astrattamente condotto a giustificare la perdita del posto di lavoro piuttosto che il mantenimento del lavoro, sia pure dequalificato<sup>61</sup>. Anche in considerazione di ciò, è ragionevole auspicare che

<sup>58</sup> BRODIE, *How relational is the employment contract?*, in *Ind. Law Journ.*, 2011, p. 232.

<sup>59</sup> In esergo al saggio di BIRD, *Employment as a relational Contract*, in *UPJLE*, 2005, p. 149

<sup>60</sup> DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, Giappichelli, 2013.

<sup>61</sup> Cfr. le diverse prospettive di Cass. 14 aprile 2011 n. 8527 (“La disposizione dell’art. 2103 c.c. che vieta l’adibizione del lavoratore a mansioni inferiori è norma imperativa non derogabile nemmeno con accordo tra le parti”) e di Cass. 8 agosto 2011 n. 17095 (“Il divieto di adibizione

il legislatore abbandoni radicalmente la pretesa di coordinare in modo vincolante l'azione degli attori sociali ed economici, preoccupandosi semmai di meglio definire l'assetto di tutele idoneo ad impedire comportamenti opportunistici in grado di limitare le aspirazioni di libertà dei singoli contraenti.

Al contempo, riguardato nel prisma del mercato, al diritto del lavoro ovvero, più ampiamente, alla regolazione pubblica del mercato del lavoro (che è fatta di norme ma anche di agenzie amministrative e soprattutto di servizi) si chiede di realizzare le migliori condizioni per una ottimale allocazione della forza lavoro, al fine di promuovere (ma certo non di assicurare) un incremento dell'occupazione o, almeno, di impedire un incremento della disoccupazione, dando corpo all'art. 4 della Costituzione. Non a caso, è proprio su questo versante che sono maturate le osservazioni più significative sui rapporti tra mercato e diritto, dal momento che le regole protettive e distributive del diritto del lavoro hanno oggettivamente una funzione di creazione e di governo del mercato del lavoro: basti pensare alla funzione monopolista del collocamento pubblico e alla previsione doganale della richiesta numerica o ancora, ma è solo un esempio, all'affermazione del principio di parità di trattamento tra immigrati e autoctoni<sup>62</sup> che trova giustificazione e ragione nella tutela del lavoro autoctono piuttosto che nel mero riconoscimento della dignità personale (perché se così fosse dovrebbe essere spiegato perché non consentire agli immigrati di trovare lavoro a costi inferiori ma certo con guadagni significativi rispetto alla personale situazione di partenza).

Da questo specifico punto di vista, mi limito qui solo a segnalare come il diritto del lavoro si trovi oggi a dover operare una delicata opera di bilanciamento tra il riconoscimento della pluralità e specificità dei mercati locali e la tendenziale omogeneizzazione dei trattamenti che invece deriva strutturalmente dalla norma di legge generale ed astratta (quand'anche posta in via autonoma e non soltanto eteronoma). Naturalmente non è questa la sede idonea per analizzare in dettaglio la questione, oltremodo difficile perché

del lavoratore a mansioni inferiori non opera nel caso in cui tale adibizione sia disposta a richiesta del lavoratore, in base ad una esclusiva scelta dello stesso, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, del datore di lavoro”), entrambe in *MGL*, 2012, 7, p. 540.

<sup>62</sup> Mi permetto di rinviare a VISCOMI, *La disciplina delle migrazioni economiche tra protezione dei mercati e promozione dei diritti. Spunti per una discussione*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di M. G. Garofalo*.

impregnata dal rischio di una destrutturazione regolativa e di una balcanizzazione concorrenziale. Tuttavia, per quanto qui interessa è possibile segnalare come proprio la questione della diversificazione della regole mette in risalto i paradossi e i limiti di una regolazione (e ancor prima di una razionalità) che non sia in grado di coniugare l'attenzione ai principi con la consapevolezza degli effetti conseguenti e dunque di evitare, al contempo, l'ineffettività delle lodevoli proclamazioni (e petizioni) di principio e la diffusiva strumentalità di un diritto privo di storia. In questo dilemma si gioca, probabilmente, una delle partite più significative del diritto del lavoro il cui obiettivo è di riportare all'interno della logica giuridica le esigenze di una *controllata differenziazione delle regole, anche su base territoriale*, ripensando anche i modelli di relazioni sindacali ai quali le grande narrazioni del 900 ci avevano abituato. Intendo riferirmi non tanto all'esperienza (allo stato quasi inesistente) dei contratti di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 conv. con l. 14 settembre 2011 n. 148, quanto piuttosto con l'esperienza applicativa (questa invece intensa) degli accordi in deroga consentiti dagli ultimi accordi interconfederali (ricordo per tutti l'art. 4-bis del ccnl metalmeccanici ma anche l'art. 25 del ccnl chimici, quest'ultimo firmato anche dalla Cgil).

Insomma, dovendo concludere, credo sia opportuno evidenziare come tra mercato e diritto, per consentire all'uno di operare proficuamente, e all'altro di inverare i valori di cui è portatore, occorre instaurare forme rinnovate di sintesi. Dal mio punto di vista, ciò richiede almeno *tre presupposti*: a) che si rinunci all'ossessione regolativa (e autoritaria) della modernità e si valorizzi la capacità compositiva degli interessi ad opera delle parti sociali; b) che si proponga una ricostruzione del sistema delle fonti di disciplina in grado di consentire una adeguata differenziazione regolativa sulla base del principio di sussidiarietà, secondo trasparenti processi di negoziazione; c) che si adottino delle strategie di resilienza ordinamentale, che consentano al diritto del lavoro di operare come un sistema capace di adeguarsi all'evoluzione culturale ed economica e alla diversità dei mercati locali del lavoro. Ciò non vuol dire dimenticare delle asimmetrie di potere presenti nel rapporto e nel mercato; significa, invece, individuare strumenti idonei ad assicurare che la riduzione delle asimmetrie non produca essa stessa l'asimmetria più grande e cioè il mancato incontro tra chi offre e domanda lavoro.

### **Abstract**

Il saggio esamina la relazione tra logiche economiche e regole giuridiche evidenziando la necessità di appropriati modelli interpretativi e sottolineando la necessità che la pretesa del legislatore onnisciente sia ridimensionata a beneficio del ruolo delle parti sociali nella definizione delle regole, in una prospettiva di attenta e controllata sperimentazione operata sulla base di una “*prudent knowledge*”.

The essay deals with the relationship between law and market stressing the need for a proper understanding of the interpretative patterns, proposing to resize the “big legislator” in favor of the enhancing role of the social partners in the definition of the rules, from a perspective of careful and controlled experimentation of the solutions proposed on the basis of a “prudent knowledge”.

### **Key words**

Economia, Diritto, Regole, Sperimentazione, Flessibilità, Contrattazione collettiva.

Economics, Law, Rules, Experimentation, Flexibility, Collective bargaining.

**Carlo Zoli**

## La partecipazione dei lavoratori in Italia tra vecchi e nuovi modelli

**Sommario:** **1.** Premessa: un tema complesso e a lungo trascurato. **2.** L'art. 46 Cost.: una norma inattuata dalle grandi potenzialità. **3.** L'evoluzione normativa tra diritto interno e diritto comunitario. **4.** Segue: gli interventi legislativi del 2011 e del 2012. **5.** Il mutamento del contesto economico, politico e sindacale. **6.** La necessità di una legge attuativa dell'art. 46 Cost.

### *1. Premessa: un tema complesso e a lungo trascurato*

Il tema della partecipazione o, meglio, del coinvolgimento dei lavoratori ritorna periodicamente, per così dire “a ondate”<sup>1</sup>, dall'immediato secondo dopoguerra ad oggi, tanto in Italia quanto nel resto d'Europa<sup>2</sup>.

Tuttavia, diversamente da quanto accaduto, a dispetto delle differenti regolamentazioni, per l'associazionismo sindacale ed il diritto di sciopero, lo sviluppo delle esperienze partecipative verificatosi nei diversi Paesi europei è risultato molto difforme stante la marcata eterogeneità delle rispettive strutture socio-economiche e delle tradizioni di relazioni industriali<sup>3</sup>. In Italia, in particolare, è stato segnato da grandi difficoltà dopo la partenza lanciata costituita dalla significativa esperienza dei comitati di gestione, cui è seguita l'emanazione di una norma, quale l'art. 46 Cost., che rappresenta l'espressione più avanzata in materia a livello di Carte fondamentali nel panorama europeo. Peraltro, a tale *exploit* non è corrisposto un analogo contributo da parte

<sup>1</sup> Cfr. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza dei lavoratori*, Vita e pensiero, 2012, p. 11.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione del dibattito cfr. OLIVELLI, CIOCCA, *La partecipazione del sindacato in generale*, in LUNARDON (a cura di), *Conflitto, concertazione e partecipazione*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da PERSIANI e CARINCI F, vol. III, Cedam, 2011, p. 796 ss.

<sup>3</sup> Per un quadro aggiornato ed esauriente delle esperienze comparate cfr. l'ottima ricostruzione di CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 127 ss.

del legislatore ordinario, tanto che, se si eccettua l'esperienza degli obblighi di informazione e consultazione di genesi contrattuale, il tema è stato affrontato soltanto in corrispondenza delle iniziative dell'Unione Europea, che sono risultate a lungo trainanti<sup>4</sup>.

Il dibattito è ripreso con vigore anche in Italia, dapprima in dottrina<sup>5</sup>, poi proprio negli ultimi anni anche in sede parlamentare e nel confronto tra le parti sociali, cosicché si può ora sostenere che l'argomento non è più "ai margini del pensiero politico-istituzionale e delle sue prassi, oltre che della progettualità giuridica, tanto da essere tuttora privo di sede nella sistematica teorica"<sup>6</sup>.

Il tema è stato reso più complesso anche dalla incertezza etimologica e concettuale<sup>7</sup> che per un lungo periodo ha avvolto le nozioni richiamate, a partire da quella chiave di "partecipazione", da sempre ritenuta "ambigua", "polisensa", "tecnicamente indeterminata"<sup>8</sup>, "sfuggente e camaleontica"<sup>9</sup>, fino al 2012 inutilizzata dal legislatore, quanto meno nel settore privato.

Nel settore pubblico, invece, a tale concetto si è fatto ricorso in un'accezione assai estensiva, con riferimento all'informazione ed alla consultazione, inizialmente rese addirittura obbligatorie dal legislatore (la seconda su richiesta delle rappresentanze sindacali) in relazione alla "qualità dell'ambiente di lavoro" ed alle "misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro" (cfr. art. 10, d.lgs. n. 29/93). Peraltro, il dibattito ha avuto ad oggetto soprattutto l'ambito di operatività e l'evoluzione legislativa, poi intervenuta in senso restrittivo: si è svolto in una prospettiva necessariamente diversa, se si considera che la privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico persegue, tra l'altro, l'obiettivo di responsabilizzare la dirigenza, cui è preclusa la possibilità di giustificare il mancato raggiungimento degli obiettivi ad essa posti in termini di efficienza ed efficacia della sua azione invocando eventuali modelli di co-

<sup>4</sup> Cfr. sul punto spec. OLIVELLI, CIOCCA, *op. cit.*, p. 786 ss.

<sup>5</sup> Cfr. per tale dibattito spec. NAPOLI, *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese: la via del sostegno tributario*, in *DRI*, 2010, p. 72 ss.

<sup>6</sup> È quanto affermava, al contrario, in negativo neanche una decina di anni fa PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, in *RIDL*, 2005, I, p. 427.

<sup>7</sup> Cfr. CORTI, *op. cit.*, p. 68 ss.

<sup>8</sup> Cfr. D'ANTONA, voce *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, II, *Diritto del lavoro*, in *EGT*, XXII, Roma, 1990, p. 3.

<sup>9</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 2005, p. 380.

gestione con i sindacati, impropriamente sperimentati in passato nell'ambito delle pubbliche amministrazioni<sup>10</sup>.

Alla luce di quanto osservato l'argomento stesso è risultato a lungo sfuggente poiché, anche in base all'esperienza comparata, ad esso si è ricondotta una pluralità di contenuti piuttosto eterogenei, dalla partecipazione economica al coinvolgimento nelle decisioni del datore di lavoro, dai diritti di informazione, di consultazione e di negoziazione alla codeterminazione ed alla partecipazione agli organi di gestione delle imprese.

A ciò si aggiunge che, da un lato, l'accennata diversità delle esperienze e della cultura proprie dei sistemi di relazioni industriali a livello europeo non hanno favorito il processo di avvicinamento e che, dall'altro, in Italia la partecipazione è stata vista come alternativa alla contrattazione collettiva in ossequio ad una cultura antagonista/conflittuale propensa a ritenere che la prima sia antitetica alla seconda, per concludersi poi nel senso che in definitiva la seconda rientra in qualche modo nella prima, tanto che si è parlato di "contrattazione partecipativa"<sup>11</sup>.

Il quadro sembra in realtà mutare alla luce tanto dell'evoluzione del diritto comunitario, che ha inciso sulle soluzioni normativamente imposte e sul significato dei concetti utilizzati, quanto della crisi economica e del cambiamento nell'approccio ideologico e culturale al tema, cosicché sembra essere stato predisposto un terreno più propizio per ripensarne la collocazione e l'importanza nel sistema delle relazioni industriali italiane, senza che vengano abbandonate le tecniche tradizionali incentrate sulla contrattazione collettiva.

## 2. *L'art. 46 Cost.: una norma inattuata dalle grandi potenzialità*

Come anticipato, nell'immediato secondo dopoguerra si segnala in chiave partecipativa l'esperienza dei consigli di gestione, organismi composti in modo paritetico da rappresentanti dei lavoratori e delle imprese, che sorsero nell'Italia settentrionale nel contesto caotico della Liberazione, assunsero in molti casi la gestione diretta delle aziende, ma, con la normalizzazione

<sup>10</sup> Cfr., fra gli altri, da ultimo, CORBO, *La partecipazione sindacale*, in CARINCI E, MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, 2011, p. 355 ss.

<sup>11</sup> Cfr. GHERA E., *Le nuove relazioni industriali: dalla contrattazione rivendicativa alla contrattazione partecipativa*, in *Le relazioni sindacali in Italia. Rapporto Cesos 1988-89*, Roma, 1990, p. 283 ss.

della situazione sociale e politica, finirono per ritrovarsi titolari di semplici diritti di informazione e consultazione<sup>12</sup>.

Quella esperienza tramontò rapidamente con la fine dei governi di unità nazionale, non solo per la diffidenza degli imprenditori, ma anche per il timore delle organizzazioni sindacali, la CGIL *in primis*, di indebolirsi a causa del radicarsi di forme di rappresentanza improntate al canale doppio e di subire per tale via una sorta di degenerazione aziendalista del movimento sindacale, che condurrà tale organizzazione a contrastare l'idea stessa della contrattazione collettiva in azienda<sup>13</sup>.

Tuttavia, essa ispirò la presentazione (da parte dei socialisti D'Aragona e Morandi) di due progetti di legge che non andarono a buon fine, ma che contribuirono alla formulazione dell'art. 46 Cost.<sup>14</sup>, una norma assente persino nella patria della *Mitbestimmung*, la cui emanazione ha fatto dell'Italia, almeno sulla carta, “uno degli Stati economicamente progrediti più avanzati sul piano sociale e delle relazioni industriali”<sup>15</sup>. Si tratta di una norma dalle grandi potenzialità, probabilmente persino in grado di ribaltare la legittimazione culturale e funzionale dell'impresa<sup>16</sup> e comunque strettamente collegata all'adempimento dei principi fondamentali solidaristici previsti dall'art. 2 Cost.

L'espressione “collaborazione alla gestione” suggeriva la prospettiva di una comunanza di interessi tra capitale e lavoro<sup>17</sup>, ma taluni hanno ritenuto che essa costituisca una versione più debole rispetto a quella desumibile dal termine “partecipazione” contenuto nella versione originaria dell'art. 46 Cost.<sup>18</sup>, modificata da un emendamento, poi approvato, presentato dalla Democrazia Cristiana.

<sup>12</sup> Cfr. sul punto, tra gli altri, CORTI, *Informazione e consultazione in Italia tra continuità formale e sviluppi sistematici*, in NAPOLI (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori*, in NLCC, 2008, p. 874; BALDASSARRE, *Il lavoro tra conflitto e partecipazione. Dai Consigli di Gestione a nuove collaborazioni*, in *questa rivista*, 2008, p. 471 ss.

<sup>13</sup> Cfr. ICHINO, *Partecipazione dei lavoratori nell'impresa: le ragioni di un ritardo*, in corso di pubblicazione.

<sup>14</sup> Cfr. LEONARDI, *La partecipazione dei lavoratori in una prospettiva storica: i Consigli di gestione*, in LD, 1997, p. 469 ss.; BELLOCCHI, *Art. 46*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il Codice civile e le leggi speciali*, I, Giuffrè, 2013, p. 395.

<sup>15</sup> Così DE ANGELIS LOR., *Riflessioni sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, p. 81.

<sup>16</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. 442 ss.

<sup>17</sup> Cfr. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 19.

<sup>18</sup> Cfr. OLIVELLI, CIOCCA, *op. cit.*, p. 804; BIASI, *On uses and misuses of workers' participation. Different forms for different goals of employees' involvement*, p. 15.



In realtà, anche alla luce del fatto che le grandi forze costituzionali convergevano sulle esigenze di un'impresa partecipata, ma non sulle forme e sulle modalità attuative, viene in rilievo una formula aperta, che non esclude alcuna soluzione innanzitutto quanto alla forma, debole o forte, di coinvolgimento dei lavoratori, destinata persino a comprendere l'azionariato dei dipendenti<sup>19</sup>, a condizione e nella misura in cui non si concretizzi in una partecipazione maggioritaria, dando vita a vera e propria autogestione<sup>20</sup>.

Da un lato, la legge viene chiamata ad operare il bilanciamento con valori costituzionali almeno potenzialmente opposti o confliggenti, quali quelli riconducibili alla libertà di iniziativa economica privata, come si evince dallo stesso testo dell'art. 46 Cost., che espressamente impone al legislatore di conciliare la collaborazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa con le "esigenze della produzione", ma che implicitamente conferma come la prima sia pienamente compatibile con un'economia di mercato<sup>21</sup>. Si tratta di un bilanciamento non dissimile da quello, parimenti rimesso alla legge, tra i valori espressi nei commi 1 e 2 dell'art. 41 Cost. In tale contesto assume piena rilevanza la riserva prevista dall'art. 46 Cost., la quale non costituisce un mero invito o mandato<sup>22</sup>, né risulta meramente pleonastica, ma che al contrario appare del tutto "sacrosanta" perché i diritti alla collaborazione possono entrare "in attrito, se non in rotta di collisione, con alcune posizioni fondamentali" pure di rango costituzionale, ovvero con i fondamenti del sistema giuridico del capitalismo<sup>23</sup>: una lettura ovviamente prospettabile qualora vengano in rilievo forme di partecipazione forte o dall'interno degli organi di gestione delle imprese, non invece a fronte di forme leggere o "esterne" di

<sup>19</sup> Cfr., tra gli altri, ALAIMO, *La partecipazione azionaria dei lavoratori. Retribuzione, rischio e controllo*, Giuffrè, Milano, 1988; TREU, *La partecipazione dei lavoratori alla economia delle imprese*, in *GComm*, 1988, p. 785 ss.; OLIVELLI, *La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *DRI*, 2010, p. 57.

<sup>20</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, 1985, p. 115 ss. e, da ultimo, BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 396.

<sup>21</sup> Secondo PERA, *Sulla partecipazione dei lavoratori alla gestione delle aziende*, in *RDL*, 1977, I, p. 109 l'art. 46 Cost. incontrerebbe sistematicamente il limite dell'art. 41 Cost. Sottolinea come la compatibilità tra art. 46 Cost. ed economia di mercato sia piena specie alla luce del diritto comunitario ZOPPOLI L., *Repliche dei relatori*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle giornate di studio di Diritto del lavoro, Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 441.

<sup>22</sup> Cfr., invece, OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, in *DLRI*, 2005, p. 349.

<sup>23</sup> Così PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica*, cit., p. 444 s.

coinvolgimento, le quali in realtà a fatica possono essere considerate davvero espressione di collaborazione alla gestione.

D'altro lato, i diritti di collaborazione alla gestione non possono in alcun modo contrapporsi ai diritti di organizzazione sindacale nell'impresa e al diritto di sciopero, in una parola al pluralismo conflittuale, sanciti dagli artt. 39 e 40 Cost.<sup>24</sup>. Del resto, essi costituiscono parte, espressione, specie della libertà sindacale, una forma della rappresentanza e difesa collettiva<sup>25</sup>.

Anche al riguardo la formula utilizzata dalla Costituzione è aperta e non esclude alcuna soluzione in ordine ai soggetti destinatari di tali diritti (canale singolo o doppio)<sup>26</sup>, benché, alla lettera, l'attribuzione ai lavoratori della relativa titolarità sembri alludere a rappresentanze del personale distinte da quelle sindacali<sup>27</sup>.

Proprio alla luce di quanto appena osservato, sotto il profilo ora in esame la riserva di legge è “un falso problema” e “non può essere letta come preclusiva della libertà delle parti di introdurre, a fianco o in sostituzione del modello conflittuale, quello partecipativo, nelle varie forme in cui può essere declinato”<sup>28</sup>. Del resto, come sottolineato più volte dalla Corte Costituzionale, nelle situazioni di inattuazione di precetti costituzionali non è ipotizzabile un conflitto tra attività sindacale e legislativa<sup>29</sup>.

Relativamente alla mancata attuazione dell'art. 46 Cost., le ragioni sono ben note: le parti sociali erano contrarie<sup>30</sup>, il clima era di latente scontro sociale negli anni '50 e '60 e di aperta conflittualità negli anni '70, le divisioni ideologiche e politiche tra le maggiori organizzazioni sindacali erano significative<sup>31</sup>, la partecipazione era considerata funzionale alla cultura della pace sociale ed al depotenziamento delle lotte operaie, tanto che solo la CISL incominciò a cambiare il proprio atteggiamento a partire dagli anni '70.

Inoltre, la natura programmatica dell'art. 46 Cost. “non ha favorito ...

<sup>24</sup> Cfr. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 15.

<sup>25</sup> Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Franco Angeli, 1978, p. 147 e, da ultimo, l'ampia ricostruzione di OLIVELLI, *op. cit.*, p. 349.

<sup>26</sup> Cfr. OLIVELLI, *La partecipazione dei lavoratori tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *DRI*, 2010, p. 51.

<sup>27</sup> Cfr. BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 395.

<sup>28</sup> Così PROIA, *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna*, in *DRI*, 2010, p. 62.

<sup>29</sup> Cfr. ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità?*, in *quetta rivista*, 2013, p. 83.

<sup>30</sup> Cfr. DE ANGELIS LOR., *op. cit.*, p. 99 ss.

<sup>31</sup> Cfr., tra gli altri, TREU, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *DRI*, 2010, p. 94.

la costruzione della *via* della partecipazione e l'accesso ad essa<sup>32</sup>, a differenza di quanto accaduto per l'art. 40 Cost., che ha avuto una ben diversa fortuna anche grazie alla sua natura precettiva. L'evoluzione normativa è stata, se non contrastante, quanto meno divergente dal dettato costituzionale<sup>33</sup>. Al fine di non "privare l'art. 46 Cost. di ogni possibile significato attuale"<sup>34</sup> si è affermato che la via italiana alla partecipazione sarebbe quella sancita dalla concreta esperienza negoziale, dall'evoluzione dei contenuti contrattuali, relativamente dapprima alle commissioni interne<sup>35</sup>, poi più ampiamente negli anni '70 all'introduzione degli obblighi di informazione e di consultazione<sup>36</sup>. In tal modo, peraltro, l'art. 46 finirebbe per assumere una veste solo simbolica<sup>37</sup> e anche per tale ragione la suddetta ricostruzione non può essere condivisa.

### 3. *L'evoluzione normativa tra diritto comunitario e diritto interno*

Si è già incidentalmente sottolineato che, a fronte della lunga latitanza del legislatore italiano, l'Unione Europea ha dimostrato un grande interesse per il tema della partecipazione, che ha imposto con numerose direttive ponendolo al centro del diritto sindacale europeo unitamente alla contrattazione collettiva, a differenza di quanto ha fatto per il conflitto<sup>38</sup>.

Ciò si è verificato, in particolare, a partire dagli anni '70. Il dibattito, gli interventi e l'azione si sono intensificati a cavallo degli anni '80 e '90, per poi accentuarsi a seguito dell'emanazione del regolamento n. 2157/01 che istituisce la Società europea e della direttiva n. 2001/86 del Consiglio che la completa. I suddetti interventi e le numerose direttive ricordate, che vanno viste in chiave sistematica, perseguono la finalità di "sostenere il dialogo so-

<sup>32</sup> Così PROIA, *op. cit.*, p. 61.

<sup>33</sup> Cfr. VALLEBONA, *Conflitto e partecipazione*, in RIDL, 2005, I, p. 307 ss.

<sup>34</sup> Così GHEZZI, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese ed il sistema contrattuale delle informazioni e della costituzione del sindacato*, in RGL, 1978, I, p. 11.

<sup>35</sup> Cfr. MAZZONI, *Conclusioni del problema italiano: difficoltà a ridurre ad unità l'indirizzo conflittuale aziendale espresso dallo Statuto dei lavoratori con quello partecipativo previsto dall'art. 46 della Costituzione*, in AA.VV., *La posizione dei lavoratori nell'impresa*, Giuffrè, 1977, p. 239.

<sup>36</sup> Cfr. GHEZZI, *op. cit.*, p. 3 ss.

<sup>37</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, p. 444.

<sup>38</sup> Cfr., per una ricostruzione dell'evoluzione della normativa europea, OLIVELLI, CIOCCA, *op. cit.*, p. 786 ss.

ziale a livello di impresa ..., consentire una migliore gestione del cambiamento organizzativo ed economico imposto dalle dinamiche di mercato, garantire agli europei un lavoro di qualità”<sup>39</sup>. La partecipazione è addirittura prevista nel Trattato costituzionale, ma non viene ricompresa tra i diritti fondamentali.

Proprio nel momento in cui si poteva attendere il salto di qualità, la spinta propulsiva del diritto comunitario si è esaurita<sup>40</sup>, con riguardo tanto alle soluzioni proposte, quanto all’ormai acquisito pieno rispetto del principio di sussidiarietà sia verticale sia orizzontale<sup>41</sup>. In particolare, l’allargamento dell’Europa comunitaria e la necessità di un compromesso tra i diversi Paesi hanno condotto l’Unione ad appiattirsi sulle forme più deboli di coinvolgimento dei lavoratori<sup>42</sup>. Si è in definitiva realizzato un consolidamento della procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali secondo il canone dell’informazione fornita in tempo utile e della consultazione sulle più rilevanti decisioni d’impresa, nella logica dell’armonizzazione<sup>43</sup>: ciò anche se è venuto a delinarsi un obbligo di informazione anticipata e a tutto campo, che dimostra il carattere diverso e più incisivo delle direttive più recenti (specialmente la n. 14/02) rispetto a quelle di prima generazione<sup>44</sup>.

In questa fase, comunque, si è pervenuti ad un chiarimento concettuale molto significativo ed anzi decisivo in materia. Le direttive comunitarie utilizzano il termine “coinvolgimento” quale espressione comprensiva dell’informazione e della consultazione, da un lato, e della “partecipazione”, dall’altro: ciò a dimostrazione del fatto che la seconda è qualcosa di ulteriore e distinto rispetto alle prime, a conferma della tesi di chi ha ricondotto alla seconda i modelli della codeterminazione e della partecipazione dall’interno degli organi di gestione delle imprese, escludendo invece le forme più deboli consistenti in obblighi di tipo meramente procedurale<sup>45</sup>. Scambiarsi infor-

<sup>39</sup> Così ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione*, cit., p. 390.

<sup>40</sup> Cfr. PESSI, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, in FICARI (a cura di), *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Giuffrè, 2006, p. 53 s.

<sup>41</sup> Cfr. OLIVELLI, CIOCCA, *op. cit.*, p. 801.

<sup>42</sup> Cfr. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 56.

<sup>43</sup> Cfr. GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei alla società europea: una transizione difficile*, in FICARI (a cura di), *op. cit.*, p. 133.

<sup>44</sup> Cfr. MAGNANI, *Direttive comunitarie di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell’impresa*, in FICARI (a cura di), *op. cit.*, p. 149 ss.

<sup>45</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, p. 439.

mazioni, consultarsi, trattare sono l'inevitabile presupposto sia della partecipazione che della contrattazione collettiva, ma la differenza è profonda<sup>46</sup>. La partecipazione si basa su un vincolo per le parti finalizzato al raggiungimento di un accordo perché nel caso della codeterminazione se l'accordo non si raggiunge un altro soggetto è chiamato a decidere surrogando la mancata intesa fra le parti, mentre la contrattazione collettiva trova nella libertà un tratto essenziale ed irrinunciabile<sup>47</sup>.

Il problema della partecipazione diventa così tutto italiano. L'attuazione dell'art. 46 Cost. è ormai questione di esclusiva competenza del nostro legislatore, che non può più fare affidamento sulla normativa dell'Unione Europea<sup>48</sup>, la quale è certamente compatibile col nostro ordinamento ove può essere applicata senza strappi o condizionamenti<sup>49</sup> proprio alla luce dell'art. 46 Cost.

In Italia il legislatore è intervenuto negli anni '90 costretto dalla necessità di attuare quella serie di direttive appena menzionata, che poneva al centro delle iniziative comunitarie in materia sociale proprio i diritti di informazione e di consultazione. Si è formato un *corpus* legislativo significativo. Da un lato, si ha la sensazione di "un'inarrestabile marcia di avanzamento dei modelli partecipativi"<sup>50</sup>, sia pur intesi nella loro accezione più larga, come conferma, fra le altre, la legge Finanziaria per il 2004, che ha istituito presso il Ministero del Lavoro il Fondo speciale per l'incentivazione della partecipazione dei lavoratori nelle imprese<sup>51</sup>. Dall'altro, talvolta vengono in rilievo modelli privi di un impatto e di un'applicazione concreti, per non dire "scatole vuote"<sup>52</sup>. È il caso del coinvolgimento dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di dimensioni comunitarie, laddove le procedure di informazione e di consultazione vengono elevate a fulcro del modello di coinvolgimento previsto prima dal d.lgs. n. 74/02 e successivamente dal d.lgs. n. 113/12. Ma il giudizio appare particolarmente pertinente con riguardo allo Statuto di società per azioni europea, relativamente al quale il d.lgs. n. 188/05 affida

<sup>46</sup> Cfr. ancora PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, p. 440 ss.

<sup>47</sup> Cfr. CORTI, *op. ult. cit.*, p. 26.

<sup>48</sup> Cfr. DE ANGELIS LOR., *op. cit.*, p. 108.

<sup>49</sup> Cfr. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 347.

<sup>50</sup> Così ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro*, in *DRI*, 2010, p. 21.

<sup>51</sup> Cfr. BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 397.

<sup>52</sup> Cfr. CORTI, *Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee*, in *NLCC*, 2006, n. 6, p. 1483; ZOPPOLI L., *op. ult. cit.*, p. 23.

ogni decisione in materia al confronto sindacale, senza prevedere l'obbligatoria introduzione di regole per la partecipazione dei lavoratori negli organi societari qualora nessuna delle società partecipanti vi fosse in precedenza soggetta<sup>53</sup>. Ed al riguardo non si può non rilevare come, pur successivamente all'emanazione del regolamento n. 2157 avvenuta in data 8 ottobre 2001, specie con la riforma del diritto societario si siano perse buone occasioni per dare attuazione all'art. 46 Cost., allorquando nell'introdurre il modello dualistico di matrice germanica si è mancato di prevedere la necessaria presenza dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza<sup>54</sup>.

Un giudizio analogo va esteso al d.lgs. n. 25/07, che non è riuscito ad imprimere alcuna svolta in senso partecipativo al sistema di relazioni industriali italiano<sup>55</sup>.

Da un lato, anche se è forse eccessivo salutarne l'emanazione alla stregua di un "avvenimento storico"<sup>56</sup>, esso poteva aprire nuove prospettive con l'"affrontare in via sistematica il riconoscimento dei diritti di informazione e consultazione ai lavoratori europei andando ben oltre alcune vicende dell'azienda, pure cruciali come licenziamenti collettivi e trasferimento d'azienda, o la tutela del bene primario dell'integrità psico-fisica"<sup>57</sup>. Non si è mancato correttamente di rilevare che il d.lgs. n. 25/07 non può essere considerato riduttivamente come "destinato a garantire la continuazione più o meno invariata dell'esperienza italiana di coinvolgimento dei lavoratori"<sup>58</sup>: ciò soprattutto nella misura in cui "pone una disciplina minima di carattere generale dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori che costi-

<sup>53</sup> Cfr. BELLOCCHI, *op. cit.*, p. 413.

<sup>54</sup> Cfr. DE ANGELIS LOR., *op. cit.*, p. 101 s., secondo cui, "senza la presenza necessaria dei rappresentanti dei lavoratori impiegati nell'impresa (non degli esponenti sindacali, si badi) nell'organo di alta amministrazione – *Aufsichtsrat*, o consiglio di sorveglianza come da noi denominato – non può esistere alcun "modello renano" e il sistema spurio impropriamente riferito al modello dualistico di promanazione germanica, così come introdotto dal nostro ordinamento, lungi dal tendere a realizzare la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese, serve tutt'al più ad offrire delle opportunità di duplicazione di poltrone ai vertici di qualche grande società azionaria".

<sup>55</sup> Cfr. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 329.

<sup>56</sup> Così lo qualifica NAPOLI, *Note introduttive. L'informazione e la consultazione sono un diritto*, in M. Napoli (a cura di), *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori*, cit., p. 844.

<sup>57</sup> Così ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione*, cit., p. 424 con riguardo alla direttiva n. 14 del 2002.

<sup>58</sup> Così CORTI, *L'impresa di fronte all'informazione*, cit., p. 911.

tuisce una novità di rilievo assoluto nel panorama legislativo del nostro Paese”<sup>59</sup>.

D’altro lato, tuttavia, la tecnica utilizzata, ampiamente fondata sul principio di sussidiarietà tramite rinvio alla contrattazione collettiva<sup>60</sup>, pur coerente tanto all’assetto complessivo dell’ordinamento quanto a quello delle relazioni industriali italiani, presenta profili di debolezza relativamente innanzitutto ai suoi sia contenuti, per certi versi piuttosto generici<sup>61</sup> e comunque circoscritti all’organizzazione del lavoro, senza che si addentrino negli aspetti più propriamente economici delle scelte d’impresa. Inoltre, ne sono evidenti la fragilità e la problematicità con riguardo, in particolare, ai meccanismi atti a garantire l’attuazione e l’implementazione della normativa, l’ampia autonomia riservata alla contrattazione collettiva, la titolarità e l’azionabilità dei diritti, nonché l’assetto del sistema sanzionatorio<sup>62</sup>.

In ogni caso, se nel d.lgs. n. 25/07 informazione e consultazione sembrano più collegate alla contrattazione collettiva che alla partecipazione<sup>63</sup> e se parimenti è sembrato corretto rinviare il giudizio sull’esatta portata della riforma all’implementazione della stessa da parte della contrattazione collettiva<sup>64</sup>, la crisi globale che ha incominciato a colpire anche l’Italia a partire dal 2008 ha indotto le organizzazioni sindacali a concentrarsi sulle procedure di gestione della crisi e sulle vicende modificative dell’impresa anziché sull’implementazione della normativa sui diritti di informazione e consultazione<sup>65</sup>, al di là di qualche soluzione più avanzata rispetto al passato adottata da taluni contratti nazionali di categoria<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Così ancora CORTI, *op. ult. cit.*, p. 913.

<sup>60</sup> Cfr. sul punto spec. ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 393 e GUARRIELLO, *Dalla direttiva sui comitati aziendali europei alla società europea: una transizione difficile*, cit., p. 133. Sottolinea come sarebbe stato preferibile che il legislatore adottasse una disciplina più netta, benché applicabile solo nel caso di mancato intervento della contrattazione collettiva, NAPOLI, *op. cit.*, p. 846.

<sup>61</sup> Cfr. spec. OLIVELLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 337 e ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 427.

<sup>62</sup> Sul punto cfr. ZOLI, *I diritti di informazione e di c.d. consultazione: il d. lgs. 6 febbraio 2007*, n. 25, in *RIDL*, 2008, I, p. 161 ss.

<sup>63</sup> Cfr., con riguardo alla direttiva n. 14/02, PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, p. 450 ss. e PESSI, *op. cit.*, p. 52.

<sup>64</sup> Sul punto sia consentito rinviare ancora a ZOLI, *op. cit.*, p. 178 ss.

<sup>65</sup> Così ALES, *Il contropotere di democrazia industriale in Marcello Pedrazzoli: l’attualità di un pensiero*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, 2012, p. 92 ss.

<sup>66</sup> Cfr. spec. CORTI, *op. ult. cit.*, p. 912.

Soltanto più recentemente, in sede interconfederale e di rinnovo di numerosi contratti di categoria si è imboccata la direzione di un modello di relazioni sindacali più partecipativo<sup>67</sup>, anche se per ora in modo più convinto nel senso del coinvolgimento di tipo economico: peraltro, talora, nell'introdursi un legame significativo tra quote di retribuzione legate alla produttività ed estensione della responsabilità sociale d'impresa, si richiama una più ampia partecipazione dei lavoratori alle scelte aziendali<sup>68</sup>.

#### 4. *Segue: gli interventi legislativi del 2011 e del 2012*

All'inizio del decennio in corso irrompono sulla scena due norme con cui il legislatore dimostra una diversa attenzione e compie un sostanziale salto di qualità rispetto al passato in ordine al coinvolgimento dei lavoratori alle decisioni delle imprese.

L'art. 8, l. n. 148/11 individua nell'"adozione di forme di partecipazione dei lavoratori" uno dei vincoli di scopo in presenza dei quali la contrattazione collettiva di prossimità è legittimata ad apportare deroghe a norme di legge e dei contratti collettivi nazionali nella regolazione delle numerose materie indicate al 2° comma.

Alla luce della ricostruzione in precedenza compiuta, il termine utilizzato deve essere interpretato in senso restrittivo, circoscrivendolo alle sole forme realmente partecipative della codeterminazione e della cogestione. Tuttavia, se si considera che tra i vincoli di scopo sono indicati anche la "qualità dei contratti di lavoro" e gli "incrementi di competitività e di salario", sembra che deroghe peggiorative possano essere introdotte anche da accordi di prossimità diretti a prevedere svariate e ben diverse forme di coinvolgimento dei lavoratori alle decisioni dell'impresa e di partecipazione di tipo economico.

Un ruolo di potenziale autentico protagonista deve essere attribuito all'art. 4, co. 62, l. n. 92/12, con cui il Parlamento ha delegato al Governo l'adozione di uno o più decreti legislativi finalizzati a favorire l'introduzione di una serie di modelli di coinvolgimento dei lavoratori al di fuori della logica

<sup>67</sup> Cfr. ZILIO GRANDI, *La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro normativo di riferimento e impatto dell'accordo sui livelli retributivi*, in *questa rivista*, 2013, p. 47.

<sup>68</sup> Cfr., spec. con riferimento al CCNL Industria gomma e plastica dell'11 luglio 2012, ZILIO GRANDI, *op. cit.*



e della “funzione impropria di incentivo alla contrattazione aziendale derogatoria”<sup>69</sup>.

Si tratta del punto di approdo di un dibattito parlamentare che ha preso le mosse dalla presentazione di cinque progetti di legge in materia di partecipazione presentati nel corso della XVI legislatura, sui quali era stata raggiunta un’intesa bipartisan<sup>70</sup>.

Viene previsto “un campionario di prassi partecipative”<sup>71</sup>, messo a disposizione delle parti sociali, le quali possono liberamente scegliere quelle che ritengono di adottare ed applicare, sulla base di un meccanismo del tutto opzionale, per di più rimesso alla sola contrattazione aziendale. Si va dal tradizionale coinvolgimento preventivo dei lavoratori di tipo procedimentale nelle decisioni dell’impresa, ad un modello più avanzato che contempla il controllo sul rispetto degli accordi raggiunti e persino la partecipazione nella gestione di determinati istituti, alla vera e propria partecipazione dall’interno degli organi societari ed in particolare al consiglio di sorveglianza, sino ad abbracciare anche le c.d. forme di partecipazione economica o finanziaria, ammesse in una pluralità di varianti.

Prendendo le mosse dal modello più leggero e più semplice in quanto già noto e diffuso ben prima dell’emanazione del d.lgs. n. 25/07, non si può negare che la previsione della lett. a) dell’art. 4, co. 62 potrebbe rafforzare le possibilità dei lavoratori di condizionare tramite i propri rappresentanti l’esercizio dei poteri del datore di lavoro. Ciò potrebbe avvenire, da un lato, attraverso un’estensione degli obblighi di informazione e di consultazione sotto il profilo tanto del relativo campo di applicazione, allargato al di sotto dei 50 dipendenti, quanto dei contenuti, ovvero delle materie, tra le quali già la lett. e) della norma in esame ricomprende l’andamento dei piani industriali, andando al di là delle decisioni in senso stretto organizzative per abbracciare le scelte più propriamente economiche dell’impresa; dall’altro, attraverso l’introduzione di un meccanismo procedurale più forte, che non limiti il confronto tra le parti ad una semplice consultazione, ma che imponga un vero e proprio negoziato.

<sup>69</sup> Cfr. GUARRIELLO, *I diritti di informazione e partecipazione*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 766. Da ultimo sull’art. 8, l. n. 148/11 v.A. TURSI, *L’articolo 8 della legge n. 148/2011 nel prisma dei rapporti tra legge e autonomia collettiva*, in *DRI*, 2013, p. 958 ss.

<sup>70</sup> Cfr. spec. GUARRIELLO, *op. ult. cit.*, p. 752 s.

<sup>71</sup> Così MENEGATTI, *La delega sulla partecipazione dei lavoratori: verso un nuovo modello di relazioni industriali?*, in CARINCI F. e MISCIONE M. (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Ipsoa, 2012, p. 208.

Tuttavia, alcune perplessità restano. Innanzitutto, non si deve ritenere che l'eventuale affinamento del modello appena descritto comporti la modifica della sua reale natura procedimentale. Infatti, la conclusione di accordi – un'eventualità presa in considerazione anche dalla successiva lett. b) – rappresenterebbe pur sempre una scelta libera e non obbligata: come ben noto, del resto, gli obblighi a negoziare al di fuori dello schema della codeterminazione impongono un *iter* più complesso, ma lasciano al datore di lavoro la facoltà di non accettare le proposte della controparte<sup>72</sup>.

In secondo luogo, appare improbabile che la contrattazione aziendale, la quale potrebbe in effetti sovrapporsi, fino a sostituirsi, a quella nazionale di categoria con l'unico limite di garantire i livelli minimi previsti dal d.lgs. n. 25/07, adotti soluzioni estensive proprio laddove è meno diffusa, ovvero nelle imprese medio-piccole.

Infine, si presenta peculiare e non coordinata con le disposizioni del d.lgs. n. 25/07 l'individuazione dei destinatari degli obblighi di informazione, consultazione e negoziazione, oltre che nelle organizzazioni sindacali, nei lavoratori<sup>73</sup> e in appositi organismi previsti dal contratto collettivo stesso: organismi che, se sembrano richiamare quelli, di solito a composizione paritetica, già istituiti dalla contrattazione collettiva nazionale, sono potenzialmente diversi dai soggetti di cui alle successive lett. b), c) e d) dello stesso comma.

Il modello di tipo procedimentale viene ulteriormente rafforzato da tali disposizioni nella misura in cui estendono il coinvolgimento dei lavoratori, ben al di là della fase preventiva, alla verifica dell'applicazione e degli esiti di piani o decisioni concordate (lett. b).

Non solo: il controllo può essere previsto altresì, insieme alla partecipazione, relativamente alla gestione di una serie di materie nelle quali analoghe prerogative già sono state ammesse dalla legge. È il caso della sicurezza, al cui riguardo peraltro si potrebbe prevedere uno specifico sistema congiunto di controllo come requisito ulteriore, rispetto all'art. 6, d.lgs. n. 231/01, del modello organizzativo esimente ai fini dell'art. 30, d.lgs. n. 81/08<sup>74</sup>.

Ma anche per una serie di altre materie, nelle quali la contrattazione

<sup>72</sup> Sul punto sia consentito rinviare a ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, 1992.

<sup>73</sup> Cfr. LEONE, *La partecipazione dei lavoratori nella legge delega*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Cacucci, 2013, p. 741, giustamente critica al riguardo.

<sup>74</sup> Cfr. ZOPPOLI, *Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo per la sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *questa rivista*, 2013, p. 31.

collettiva aziendale è già intervenuta in chiave di ricerca del benessere dei lavoratori (servizi sociali destinati ai lavoratori e alle loro famiglie, forme di *welfare* aziendale, ogni altra materia attinente alla responsabilità sociale dell'impresa) o di miglioramento delle loro condizioni di lavoro e di crescita professionale (formazione professionale, promozione e attuazione di una situazione effettiva di pari opportunità), si potrebbe andare ben oltre la riproposizione di prassi già sperimentate<sup>75</sup>, se si considera che sovente per tali istituti, così come in tema di introduzione di forme di remunerazione collegate al risultato, non si prevede la verifica della loro corretta gestione.

La novità è ancora più evidente qualora i decreti delegati e i contratti collettivi adottassero soluzioni estensive in ordine ai due profili di potenziale maggiore novità: il concetto di “organizzazione del lavoro” e quello di “partecipazione nella gestione” delle materie in precedenza ricordate quale possibile oggetto di controllo (lett. c). La devoluzione delle suddette competenze ad “organismi congiunti”, qualora a composizione paritetica, potrebbe condurre al riconoscimento di poteri significativi ai rappresentanti dei lavoratori, soprattutto se la partecipazione alla gestione coinvolgesse scelte organizzative di primaria importanza. Si tratta di un passaggio molto più avanzato di quanto sino ad ora di solito sperimentato nelle imprese italiane, potenzialmente vicino al modello della codeterminazione, cui si perverrebbe qualora venisse previsto che il mancato accordo tra le parti o nell'ambito dell'organismo congiunto fosse surrogabile dalla decisione di un terzo imparziale.

Nella stessa logica del coinvolgimento dall'esterno si colloca il disposto della lett. d), il quale prevede che il controllo possa andare al di là delle materie in precedenza ricordate per estendersi all'“andamento” generale dell'impresa o a determinate scelte di gestione aziendale mediante la partecipazione di rappresentanti eletti dai lavoratori o designati dalle organizzazioni sindacali in organi di sorveglianza, i quali non hanno nulla a che vedere con il consiglio di sorveglianza o con gli altri organi gestori dell'azienda. Le possibilità che tale previsione dischiude sono molteplici, soprattutto con riguardo al novero delle materie assoggettate al controllo dell'organo di sorveglianza. Tuttavia, se si considera che si può essere molto vicini a quanto previsto dalla lett. c), allorché, come ricordato, quest'ultima fa riferimento anche all'“organizzazione del lavoro” quale oggetto di possibile controllo e partecipazione alla gestione, si corre il rischio di un'eccessiva proliferazione di organismi e di soggetti ti-

<sup>75</sup> Cfr. analogamente MENEGATTI, *op. cit.*, p. 212.

tolari di funzioni *lato sensu* partecipative, la quale rischia di ingenerare confusione anche se attesta l'esigenza sempre più sentita che si esca dalle logiche della legittimazione esclusiva dei sindacati.

L'art. 4, comma 62 non manca di prevedere altresì la possibile introduzione del modello della partecipazione dall'interno degli organi di gestione delle imprese esercitate in forma di società per azioni o di società europea con più di 300 lavoratori, nelle quali lo statuto contempra il sistema duale di amministrazione e controllo (lett. f). Per quanto in precedenza ricordato, la riserva di legge di cui all'art. 46 Cost. impone al legislatore di bilanciare i contrapposti valori ed interessi definendo non soltanto le modalità di controllo e di influenza dei lavoratori sull'organo di gestione<sup>76</sup>, ma anche le modalità di designazione dei loro rappresentanti, benché sia verosimile ritenere che non saranno eletti dall'assemblea dei soci, bensì dai lavoratori, senza identificarsi necessariamente con i rappresentanti sindacali.

Escono, invece, dall'ambito del coinvolgimento nelle decisioni i modelli di partecipazione finanziaria ed azionaria previsti dall'art. 4, comma 62, lett. e) e g). Anche al riguardo, come anticipato, la delega contempla una pluralità di scelte, quali la partecipazione agli utili, al capitale, all'attuazione e al risultato di piani industriali (lett. e), l'accesso privilegiato al possesso di azioni, quote del capitale dell'impresa o diritti di opzione sulle stesse (lett. g). Tuttavia, da un lato, si deve ovviare all'assenza di regole adeguate a sostenere un'effettiva diffusione della partecipazione azionaria. Dall'altro, non convince il rinvio alla contrattazione collettiva, in particolare aziendale, se non nei limiti tracciati dal legislatore delegato, il quale dovrebbe garantire quanto meno l'organizzazione e la gestione collettiva dei lavoratori azionisti, oltre che stabilire un tetto massimo alle forme più accentuate di partecipazione al rischio d'impresa<sup>77</sup>, come era previsto nel d.d.l. Treu.

##### 5. *Il mutamento del contesto economico, politico e sindacale*

La reazione critica delle organizzazioni imprenditoriali ed il timore della CGIL di un'eccessiva deriva aziendalistica delle relazioni sindacali hanno contribuito a far sì che la delega scadesse senza essere attuata.

<sup>76</sup> Cfr. NAPOLI, *La discussione parlamentare sulla partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 78.

<sup>77</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche*, cit., p. 30 ss.

Tuttavia, allo stato i vari modelli di coinvolgimento dei lavoratori in precedenza menzionati si rivelano in buona misura utilizzabili, anche se rimessi *in toto* all'iniziativa ed alla regolamentazione delle parti sociali.

Peraltro, da un lato, alcuni di essi non sono in effetti praticabili in mancanza di intervento del legislatore o in quanto dallo stesso non resi sufficientemente appetibili, come, in particolare, nel caso rispettivamente delle forme più forti di partecipazione dall'interno degli organi societari e dei modelli di partecipazione finanziaria ed economica.

Dall'altro, gli ulteriori modelli di coinvolgimento e partecipazione non sono stati per ora adottati o sviluppati con la dovuta determinazione e convinzione. Non sembra, comunque, che nella presente fase storica manchino del tutto le condizioni per una svolta, anche se indotte in prevalenza da fattori esogeni<sup>78</sup>.

Alcuni fattori sembrano fornire indicazioni di segno contrario. Innanzitutto, il clima culturale è stato poco favorevole alle forme istituzionalizzate di coinvolgimento dei lavoratori nel periodo 1990-2010<sup>79</sup>. Allo stesso modo è forse mancato, e tuttora manca, il coraggio di sperimentare modelli innovativi relativamente all'intero quadro delle relazioni industriali<sup>80</sup>. Inoltre, mancano la stabilità politica e l'unità sindacale, cioè i presupposti per quel clima di "long term mutual trust"<sup>81</sup> che costituisce la situazione più propizia sul piano politico e sindacale per l'affermazione di modelli partecipativi. Infine nell'economia postindustriale mutano i luoghi e i tempi di esercizio dei poteri dell'imprenditore e, di conseguenza, anche i luoghi e i tempi ove può esplicarsi la coalizione: i centri decisionali sono spesso spostati fuori dell'azienda tanto che sembrano evaporare, cosicché gli istituti classici del coinvolgimento dei lavoratori si collocano ad un livello decisionale che non coincide con quello in cui maturano le strategie dell'impresa e quindi in una sede difficilmente idonea ad esprimere una funzione codeterminatrice<sup>82</sup>. In definitiva, ed in altre parole, è talora complesso individuare il centro di potere ed incidere su di esso.

<sup>78</sup> Cfr. PROIA, *op. cit.*, p. 66 s.

<sup>79</sup> Cfr. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 67.

<sup>80</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione*, cit., p. 19.

<sup>81</sup> Cfr. MENEGATTI, *op. cit.*, p. 215.

<sup>82</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *op. ult. cit.*, p. 447 s.; CORAZZA, *Note su conflitto collettivo e democrazia industriale nell'economia postindustriale*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 98; LASSANDARI, *La ricerca dell'autonomia tra poteri e libertà. Ovvero: "Democrazia industriale e subordinazione" è un libro del ventesimo secolo?*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *op. cit.*, p. 113.

Sul versante opposto, tuttavia, il contesto e le condizioni sono in parte cambiate: la crisi economica ed il conseguente clima di solidarietà, il riflusso della conflittualità, lo spostamento del baricentro delle relazioni industriali verso l'impresa predispongono le condizioni atte a favorire l'affermarsi di forme di coinvolgimento dei lavoratori più incisive.

A ciò si aggiunga che sono ormai superate sia le posizioni che miravano alla modifica della proprietà delle imprese, sia quelle che vedevano nel coinvolgimento dei lavoratori a livello aziendale il pericolo di una perdita dell'esercizio del contropotere normativo<sup>83</sup> e la negazione del conflitto.

Le finalità che ora giustificano l'introduzione di modelli di maggiore coinvolgimento dei lavoratori possono essere varie e far convergere gli interessi di datori e prestatori di lavoro: in particolare la condivisione di obiettivi può risultare fondamentale al fine di fronteggiare le sfide dell'innovazione e della concorrenza globale e di superare la crisi<sup>84</sup>.

Con riguardo ai datori di lavoro, la partecipazione rappresenta, a ben vedere, un fattore di competitività di un Paese, anziché un costo regolativo. La qualità delle relazioni industriali è, del resto, uno dei tre obiettivi centrali della Strategia per l'Occupazione ed un fattore di produttività della forza lavoro. La Commissione europea ha da tempo sottolineato la relazione tra coinvolgimento dei lavoratori e buon funzionamento e successo dell'impresa<sup>85</sup>. Le forme più evolute di partecipazione non pregiudicano un'efficiente conduzione aziendale, ma al contrario la favoriscono<sup>86</sup>. La partecipazione può produrre risultati, anche in termini di maggiore produttività, che il conflitto non è in grado di realizzare<sup>87</sup>: attraverso la valorizzazione delle risorse umane ed una maggiore qualità del lavoro si favoriscono inevitabilmente la qualità dell'impresa, la produttività e la competitività. Inoltre, l'eventuale introduzione di tecniche regolative più fluide e dinamiche rispetto al riconoscimento di diritti in capo ai singoli ed ai soggetti collettivi può essere funzionale agli interessi delle imprese in termini di maggiore flessibilità nell'applicazione delle regole, laddove può non risultare sufficiente la contrattazione collettiva tradizionale.

<sup>83</sup> Cfr. analogamente OLIVELLI, CIOCCA, *op. cit.*, p. 774 s.

<sup>84</sup> Cfr. NAPOLI, *La discussione parlamentare sulla partecipazione*, cit., p. 78 s. e TREU, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, cit., p. 106.

<sup>85</sup> Cfr. MAGNANI, *op. cit.*, p. 153.

<sup>86</sup> Cfr. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori*, cit., p. 56.

<sup>87</sup> Cfr. PROIA, *op. cit.*, p. 69.

Quanto ai lavoratori, proprio la globalizzazione e la crisi economica, nell'accentuare la crisi della contrattazione collettiva, possono aprire paradossalmente una stagione di lotte o di occasioni propizie per la partecipazione<sup>88</sup>.

Quest'ultima, inoltre, appare ormai compatibile con la contrattazione collettiva e col conflitto. Il ripensamento del sistema di relazioni industriali non richiede l'abbandono delle tecniche tradizionali incentrate sulla contrattazione collettiva, con la quale non sussiste necessariamente antagonismo<sup>89</sup>, anche se va ovviamente trovata la migliore combinazione tra modelli partecipativi e contrattuali (ad es., controllo e gestione per i primi, adozione di regole per i secondi).

Il conflitto collettivo può essere addirittura l'antecedente che prepara le condizioni per l'esercizio di meccanismi di coinvolgimento dei lavoratori e i due concetti possono convivere in un rapporto di reciproca successione. Del resto, il governo del conflitto collettivo è da tempo diventato un elemento essenziale anche del metodo contrattuale (si pensi, ad es., alle procedure di raffreddamento, di conciliazione ed arbitrato, ecc.): tutti gli istituti con cui si esercita il governo del conflitto collettivo svolgono una funzione di codeterminazione e sono elemento essenziale del metodo contrattuale<sup>90</sup>.

Anche la sempre più avvertita esigenza di forme di partecipazione economica può incentivare il coinvolgimento dei lavoratori. Il collegamento tra partecipazione ai risultati produttivi dell'impresa, o comunque pratiche organizzative collegate alla ricerca di una maggiore produttività, e partecipazione alla gestione (o quanto meno coinvolgimento dei lavoratori nella gestione) è necessario ad evitare che la prima costituisca soltanto un modo per distribuire il rischio. Ed a tal fine è opportuno tanto rimuovere i deficit informativi, quanto incidere sulle soluzioni in concreto adottate dalle imprese.

Infine, la contrapposizione tra garanzie o diritti e modello partecipativo

<sup>88</sup> Cfr. ALES, *op. cit.*, p. 93.

<sup>89</sup> Cfr. D'ANTONA, *Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (temi per un diritto sindacale possibile)*, in RGL, 1992, I, p. 138; ARRIGO, *La partecipazione dei lavoratori nel diritto comunitario tra armonizzazione normativa e competizione dei modelli*, in DL, 2000, I, p. 390; GAROFALO, *Qualche osservazione su partecipazione e conflitto*, in *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, Atti delle Giornate Aidlass, cit., p. 357 ss., spec. p. 359.

<sup>90</sup> Cfr. CORAZZA, *op. cit.*, p. 99 ss. V. anche GAROFALO M. G., *op. cit.*, p. 360 e NOGLER, *Ripensare il diritto di sciopero*, in DLRI, 2013, p. 326 s.

si rivela fuorviante. Al riguardo può ben essere realizzato un *mix* equilibrato<sup>91</sup>, senza che, da un lato, sia necessario tanto mettere in discussione il tradizionale modello “assicurativo” di contratto di lavoro subordinato<sup>92</sup>, quanto rivisitare la fattispecie fondamentale del diritto del lavoro<sup>93</sup> e senza che, dall’altro, si debbano inevitabilmente abbassare i livelli di tutela del lavoro dipendente. Per flessibilizzare le regole è sufficiente la contrattazione collettiva<sup>94</sup> nazionale ed aziendale, sovente anche a prescindere da quanto consentito dall’art. 8, l. n. 148/11, mentre il coinvolgimento dei lavoratori può favorire, come anticipato, una più efficiente applicazione di quelle regole.

#### 6. *La necessità di una legge attuativa dell’art. 46 Cost.*

Alla luce di quanto osservato si può pensare che i tempi per una legge siano maturi. Né la mancata attuazione della delega deve legittimare l’opinione che l’idea sia definitivamente tramontata, come dimostra la circostanza che un disegno di legge delega di contenuto identico a quello dell’art. 4, l. n. 92/12 è stato immediatamente ripresentato al Senato il 19 settembre 2013 (n. 1051/13). Si tratta di un percorso che è bene non abbandonare anche se sulla tecnica adottata e sui modelli prospettati si può discutere a lungo.

Del resto, se non si può intervenire, come sostiene qualcuno, è meglio abrogare l’art. 46 Cost., il cui mantenimento sarebbe, non da oggi, “un inverosimile esempio di ipocrisia e di «farisaismo giuridico»”<sup>95</sup>.

Si è molto discusso sulle caratteristiche e sui contenuti di tale tipo di legge ed in particolare se debba essere regolativa o di sostegno delle scelte delle parti sociali. Parimenti si continua a controvertere se possa essere imposta dall’alto senza un forte supporto culturale ed un convinto consenso degli operatori<sup>96</sup> e quale modello o quali modelli di coinvolgimento dei lavoratori debba introdurre.

<sup>91</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione*, cit., p. 24.

<sup>92</sup> Cfr. ancora ZOPPOLI L., *op. loc. ultt. citt.*

<sup>93</sup> Cfr. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit.

<sup>94</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *op. ult. cit.*, p. 33 s.

<sup>95</sup> Così DE ANGELIS LOR., *op. cit.*, p. 108.

<sup>96</sup> Ne dubita DE ANGELIS LOR., *op. cit.*, p. 93. CORTI, *op. ult. cit.*, p. 324 rileva, invece, che “la partecipazione imposta per legge spinge le parti ad un comportamento adattivo che sfocia in una reale collaborazione e in molteplici beni collettivi”, come sottolinea il rapporto finale sulla partecipazione in Germania.



Al riguardo va effettuata una scelta politica chiara che allo stato probabilmente manca, dato che si è dovuto ricorrere ad una soluzione di compromesso.

Una legge veramente attuativa dell'art. 46 dovrebbe muovere nella direzione di una reale partecipazione. Ma al momento mancano il consenso e le condizioni politiche per una scelta regolativa/impositiva forte con riguardo tanto alle tecniche normative, quanto alle soluzioni da adottare in concreto.

Tuttavia, la legge si rivela necessaria per rimuovere gli ostacoli che impediscono o limitano il ricorso alle forme partecipative più forti (la configurazione degli organismi societari e la presenza di dipendenti nel consiglio di sorveglianza), per le quali una regola legislativa di applicazione generale e non solo residuale sembra imprescindibile, dato che l'autonomia collettiva non può disporre di materie quali le modalità di *governance* societaria o le forme di azionariato dei dipendenti<sup>97</sup>.

Comunque anche un intervento più debole può essere utile per diverse ragioni ed in particolare quale messaggio di *policy*<sup>98</sup> in grado di dare una spinta al mutamento delle prassi in azienda e di favorire la diffusione anche graduale di un dialogo tale da far sorgere un ben diverso clima di fiducia nell'impresa: ciò magari col supporto di incentivi, specialmente fiscali o previdenziali, non solo volti a favorire la partecipazione azionaria dei lavoratori al capitale dell'impresa o l'introduzione di forme di retribuzione variabile.

Come anticipato, la soluzione prospettata si colloca nel solco delle soluzioni deboli, una sorta di "manifesto a favore delle pratiche partecipative"<sup>99</sup>, un meccanismo promozionale di una considerevole ed indistinta varietà di modelli di partecipazione economica e di coinvolgimento dei lavoratori nelle decisioni dell'impresa, la cui implementazione ed attuazione è interamente rimessa alla contrattazione collettiva, per di più solo aziendale.

La tecnica del rinvio al negoziato tra le parti sociali è ben presente nella legislazione comunitaria (è il caso dell'art. 5, direttiva 2002/14/CE), ma la novità è il rinvio al livello aziendale. Si tratta di una scelta da taluni ritenuta opportuna e comprensibile in quanto coerente al processo in atto di decentramento della contrattazione collettiva e al dato che le materie su cui do-

<sup>97</sup> Cfr. GUARRIELLO, *I diritti di informazione*, cit., p. 766.V. anche *retro*, § 5.

<sup>98</sup> Sottolinea l'importanza di una legge "per promuovere una evoluzione nella cultura delle parti" TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, p. 16.

<sup>99</sup> È quanto affermato da P. Ichino, nella discussione tenuta nell'ambito della 11° Commissione permanente al Senato (resoconto sommario n. 32 del 15.10.2013).

vrebbe verificarsi hanno tutte una valenza aziendale<sup>100</sup>. Tuttavia, non sarebbe contraddittorio prevedere anche un ruolo propositivo e di cornice della contrattazione nazionale, allo stato non precluso, ma non vincolante sul piano dell'ordinamento statale per la contrattazione aziendale.

In ogni caso, se si considera che non si può riporre eccessiva fiducia nella capacità della contrattazione collettiva di implementare la legge<sup>101</sup>, sarebbe altrettanto opportuno prevedere un meccanismo suppletivo di sussidiarietà orizzontale<sup>102</sup>, peraltro precluso alla decretazione delegata nel testo del disegno di legge delega presentato.

A maggior ragione se si affida alla contrattazione collettiva, per di più aziendale, una forte funzione regolatoria, una soluzione settoriale solo per la partecipazione, già di per sé non agevole, non può essere sufficiente<sup>103</sup>. Si impone un intervento legislativo per le intere relazioni industriali in azienda, anche se è facilmente comprensibile che il tentativo di affrontare temi controversi come questi rischia di pregiudicare l'intesa *bipartisan* e di non far procedere anche l'*iter* del disegno di legge sul coinvolgimento dei lavoratori<sup>104</sup>.

È comunque centrale la soluzione di alcuni profili cruciali, quali l'efficacia soggettiva del contratto collettivo, i rapporti tra i diversi livelli contrattuali, l'assenza di regole certe e condivise sulla democrazia sindacale. L'art. 8, l. n. 148/II probabilmente fornisce risposte a tali problemi specie in tema di partecipazione, come in precedenza segnalato (§ 4). Per tali motivi si impone *a fortiori* l'opportunità di un ripensamento di questa norma, frutto di un intervento improvvisato, ma che incide in modo rilevante sulla produzione giuridica<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Cfr. LEONE, *op. cit.*, p. 739 e MENEGATTI, *op. cit.*, p. 209 s.

<sup>101</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *Rappresentanza collettiva dei lavoratori*, cit., p. 442 s. e ALES, *op. cit.*, p. 93.

<sup>102</sup> Cfr. LEONE, *op. cit.*, p. 740 e MENEGATTI, *op. cit.*, p. 210.

<sup>103</sup> Cfr. analogamente ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione*, cit., p. 33. Anche GAROFALO M.G., *op. cit.*, p. 362, dopo aver sottolineato il rischio "dell'aziendalismo contro la tradizione (italiana) del sindacato generale" ed in particolare la possibilità che "forme istituzionali di partecipazione di rappresentanze dei lavoratori sganciate dal sindacato spezzino il vincolo di solidarietà di tutti i lavoratori nel sindacato generale", conclude che, "se si vuole evitare questo rischio ..., la creazione e il rafforzamento di forme istituzionali di partecipazione a livello aziendale devono essere accompagnati dall'introduzione di forme di sostegno all'azione di sintesi del sindacato generale. E qui il richiamo è al dibattito, taciuto in questa legislatura, della legge sulla rappresentanza".

<sup>104</sup> Così TREU, *Le proposte parlamentari*, cit., p. 104.

<sup>105</sup> Cfr. ZILIO GRANDI, *op. cit.*, p. 43.

Lo stesso dicasi per i soggetti. La questione della titolarità del diritto di coinvolgimento è strettamente connessa con quella della rappresentanza dei lavoratori. Da un lato, si impongono il rispetto delle tradizioni nazionali e la sovranità regolativa degli Stati membri, tanto più che i sindacati sono ancora ingabbiati nelle logiche e negli ambiti nazionali. Tuttavia, dall'altro, il modello statutario non esiste più nei fatti. Inoltre, se anche non si arriva a sostenere che la forma sindacale non è più espressione della modernità, si può dubitare che le organizzazioni sindacali siano ancora forme autentiche di rappresentanza degli interessi tanto più alla luce della competizione rissosa tra le stesse: di qui la necessità di misurarne il consenso e di pensare ad un modello di canale doppio che, superando i rischi di competizione tra sindacati e organismi di rappresentanza elettivi, sembra preferibile “nella misura in cui, come sostenuto da autorevole dottrina, la duplicazione degli organi rappresentativi e la loro diversa base di legittimazione, contribuisce a garantire autonomia di esercizio e reciproca complementarietà alle due forme di tutela degli interessi dei lavoratori”<sup>106</sup>.

In questa direzione sembra muovere la previsione nel disegno di legge delega di una serie di organismi rappresentativi diversi da quelli sindacali. Ma ciò che non convince è che, da un lato, anche la scelta dei soggetti ed in definitiva del modello non venga effettuata ed in definitiva istituzionalizzata dal legislatore con una legge sulla rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro<sup>107</sup>; dall'altro, e comunque, che si faccia riferimento ad una pluralità di organismi chiamati potenzialmente a convivere nella stessa azienda con funzioni simili o complementari.

### **Abstract**

La questione della partecipazione, o coinvolgimento, dei lavoratori nell'impresa si presenta in Italia sfuggente ed articolata, a partire dall'inattuazione dell'art. 46 Cost., espressione di un bilanciamento tra valori costituzionali primari. L'immobilismo del legislatore italiano è stato solo in parte sollecitato dalle spinte propulsive del diritto dell'Unione Europea, incentrate specialmente sui diritti di informazione e consultazione. Negli anni più recenti si registra un rinnovato interesse per la tematica, come dimostra, almeno in potenza, la delega sui modelli di coinvolgimento dei lavoratori contenuta nella legge n. 92/2012. A fronte della ritrosia delle parti sociali a farsi carico

<sup>106</sup> Così LEONE, *op. cit.*, p. 745.

<sup>107</sup> Cfr. in tal senso anche GUARRIELLO, *op. ult. cit.*, p. 755.

dell'introduzione di meccanismi partecipativi, è auspicabile l'adozione di una legge sul coinvolgimento dei lavoratori, nella forma più forte o invasiva della partecipazione agli organi sociali ovvero in quella più debole della partecipazione economica.

The issue of workers' involvement is still elusive and faceted, starting from the non-implementation of art. 46 Cost. The immobility of the Italian legislator has been partly stimulated by European policies, focused primarily on information and consultation rights. Recent years show a renewed interest in the topic, as clearly demonstrated by the enabling law on participative models contained in law n. 92 of 2012. Taking into account the prudery of social parts to introduce such measures, it is desirable the adoption of a law on workers' involvement, either of the stronger type (i.e. involvement in firms' decisions) or in the weaker (i.e. economic participation).

### **Key words**

Partecipazione dei lavoratori, Bilanciamento di diritti costituzionali, Parti sociali, Modelli di partecipazione, Informazione e consultazione.

Workers' involvement, Balance of constitutional rights, Social parts, Participation models, Information and consultation.

## Lorenzo Zoppoli

### Impresa e relazioni industriali dopo la “guerra dei tre anni”: verso una nuova legge sindacale?\*

**Sommario:** **1.** Un epilogo costruttivo nella vicenda Fiat? **2.** L’impatto sistematico di Corte Cost. 231/2013: l’assettamento di una norma sempre più problematica (art. 19 Stat. Lav.). **3.** Legge sì/legge no. **4.** Legificazione degli accordi 2011-2013? **5.** Il “minimo comun denominatore” di una legge sulla rappresentanza in azienda. **6.** Serve ed è matura una legislazione sulla contrattazione collettiva efficace *erga omnes*? **7.** L’art. 39 Cost.: un ostacolo superabile solo con una riforma costituzionale?

#### 1. *Un epilogo costruttivo nella vicenda Fiat?*

Dunque la “guerra dei tre anni” tra il gruppo Fiat e la Fiom, scatenatasi dalla primavera del 2010, si è conclusa con una sonora sconfitta dell’azienda. Attraverso un (non laconico) comunicato del 2 settembre, la Fiat ne ha preso solennemente atto dichiarando che accetterà la nomina dei rappresentanti Fiom a seguito della sentenza 231/2013 della Corte cost. E con una nota ha aggiunto: “un intervento legislativo sulla rappresentanza in fabbrica” è ineludibile sia perché lo ha detto la stessa Corte sia perché “la certezza del diritto in una materia così delicata come quella della rappresentanza sindacale e dell’esigibilità dei contratti è una *condicio sine qua non* per la continuità stessa dell’impegno industriale di Fiat in Italia”.

Anche se appena il giorno dopo l’azienda ha dovuto correre ai ripari con l’annuncio di un investimento collegato agli accordi siglati con Fiom, Uilm e Fismic (giustamente colte in contropiede), la nota del 2 settembre, con un lin-

\* Lo scritto, debitamente completato con i riferimenti bibliografici, riprende la relazione svolta al convegno organizzato dall’A.I.D.La.S.S. su *Le rappresentanze sindacali in azienda. Contrattazione collettiva e giustizia costituzionale*, Roma, Università La Sapienza di Roma, 16 settembre 2013. È destinato agli *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*.

guaggio diretto e conciso, sembra dettare le condizioni per porre davvero fine alla guerra e riaprire una situazione di (relativa) *pax* sindacale. Se infatti la vicenda si concludesse con la scomparsa degli stabilimenti Fiat dal suolo natìo, la Fiom avrebbe vinto la battaglia giudiziaria ma perso la guerra sindacale, che, purtroppo, non si esaurisce nella lotta per i diritti alla VON JHERING (*Kampf um's Recht*: da intendersi correttamente come “resistenza alla violazione del diritto”)<sup>1</sup>. In ogni caso anche al *Kampf um's Recht* deve seguire la realizzazione dello “scopo del diritto” inteso propriamente come “la pace sociale” resa possibile dalla “convivenza degli opposti egoismi”<sup>2</sup>.

In un modo abbastanza singolare, anche la Fiom, tramite alcune dichiarazioni di Maurizio Landini, pare concordare sulle condizioni per un armistizio, laddove sottolinea che le tappe successive alla momentanea resa della controparte sono il varo di una nuova legge sulla rappresentanza e una ripresa del confronto sugli investimenti Fiat in Italia. Naturalmente appaiono evidenti le diverse aspettative (ad esempio Landini vuole l’abrogazione dell’art. 8 della l. 148/2011). Tuttavia resta l’impressione che la Corte Costituzionale sia riuscita laddove non erano arrivati neanche gli ultimi sviluppi degli accordi tra le parti sociali in materia: sulle soluzioni istituzionali mai Fiat e Fiom erano parse così convergenti, apparendo piuttosto portatrici di profondo scetticismo anche nei confronti dell’ultimo “gioiello” prodotto unitariamente dal sistema sindacale italiano, il protocollo del 31 maggio 2013.

Basterà questa impreveduta convergenza per spingere il legislatore ad intervenire su un terreno che, se si esclude il lavoro pubblico, è una sorta di tabù per la politica italiana? Se si guarda alle sorti della XVII legislatura, i dubbi si addensano. Ma saremmo dinanzi all’ennesimo episodio della saga italiana dell’instabilità governativa, stavolta resa ancora più insopportabile dalla connotazione iperpersonalistica che assumerebbe un’eventuale interruzione anticipata di una legislatura pure poco promettente.

In considerazione delle novità prodotte dalla “guerra dei tre anni”, il ragionamento giuslavoristico però merita comunque a mio parere di essere ripreso e sviluppato, pur nella consapevolezza che il dissolvimento o l’ulteriore avvilitamento del già precario equilibrio governativo renderebbe tutto da rinviare ad una diversa stagione politica. Ma a lavorare per i posteri ormai, come si dice, “abbiamo fatto il callo”.

<sup>1</sup> LOSANO, *Introduzione a R. VON JHERING, Lo scopo nel diritto*, Einaudi, 1972, p. XLVI.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

1. *L'impatto sistematico di Corte Cost. 231/2013: l'assettamento di una norma sempre più problematica (art. 19 Stat. Lav.)*

Comincerei da alcune considerazioni sull'impatto sistematico della sentenza 231, che forse spiegano bene come mai ci troviamo dinanzi ad una inaspettata convergenza tra Fiat e Fiom sulla necessità di una legge sindacale. Leggendo la sentenza ne ho sottolineato con particolare energia quei passaggi con i quali la Corte arriva alla sua interpretazione additiva seguendo un percorso molto piano e lineare: per non andare incontro a censure di incostituzionalità l'unica è interpretare il testo vigente dell'art. 19 in modo che non sia solo la firma del contratto ma la “partecipazione” alla negoziazione dell'accordo o del contratto collettivo applicato nell'impresa a costituire indice determinante di una rappresentatività adeguata ed effettiva, tale da fondare un riconoscimento selettivo dei diritti sindacali secondo il tradizionale approccio statutario. Lo avevano già suggerito e praticato studiosi<sup>3</sup> e giudici<sup>4</sup>, ma, senza un intervento di ortopedia costituzionale, eccessiva era la forzatura del tenore letterale della norma, che parlava in modo inequivoco di “associazioni sindacali (...) firmatarie di contratti collettivi applicati nell'unità produttiva”<sup>5</sup>. La Corte, convinta che il riferimento alla mera firma produce un nugolo di condizionamenti e comportamenti in contrasto con gli artt. 2,

<sup>3</sup> In *primis* GAROFALO M.G., *Rappresentanze aziendali e referendum. Opinione*, in *DLRI*, 1995, p. 665.

<sup>4</sup> V. Trib. Bologna 27 marzo 2012, in *MGL*, p. 339 ss., con nota di VALLEBONA, *Magia per le R.s.a. Fiom-Cgil: “firmatarie” significa “non firmatarie”*; Trib. Napoli 12 aprile 2012, commentato, insieme a Trib. Bologna cit. e ad altre di segno opposto, da ESPOSITO M. e NATULLO, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs. Fiat*, in *DLM*, 2012, p. 135 ss.; PERSIANI, *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*, in *GI*, 2012, c. 1375 ss.

<sup>5</sup> Sulla questione esiste una ricca bibliografia: oltre agli autori citati nella precedente nota v., anche a commento della giurisprudenza che poi ha portato all'ultimo intervento della Consulta, BELLOCCHI, *Il “caso Fiat” davanti alla Corte costituzionale. Osservazioni sull'art. 19 dello Statuto dei lavoratori*, e CARUSO, *Fiom v. Fiat: hard cases davanti alla Consulta (a proposito dell'art. 19 dello Statuto)*, in *RIDL*, 2012, II, risp. p. 1020 ss. e 1029 ss.; GARGIULO, *L'incostituzionalità dell'art. 19 dello Statuto è (in)evitabile?*; E. GHERA, *L'art. 19 dello Statuto, una norma da cambiare?*; F. LISO, *La Fiom e la rappresentanza in azienda*, in *AA.VV., Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, risp. pp. 268 ss., 155 ss., 255 ss. Il caso ha anche sollevato un più ampio dibattito sul ruolo del giudice del lavoro su cui v., per i riferimenti e per alcune valutazioni di sintesi, SANTORO-PASSARELLI G., *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, *ivi*, 2013, I, p. 513 ss.

3 e 39 Cost., propone un' *addenda* che viene presentata come indolore e conseguente ai precedenti numerosi interventi della Corte stessa. Quindi nel testo statutario a "firmatarie" va aggiunto: "o che comunque abbiano partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda".

Con questo ulteriore "tocco" la riforma dell'art. 19 uscito dalle urne nel 1995 è completata, tutta ad opera della Corte. La quale, con precedenti sentenze (specie la 244/96), ha già detto che la "firma" in sé non è comunque sufficiente, perché occorre che sia indicativa di una "partecipazione attiva al processo di formazione del contratto"; e che non basta la "firma" (e a questo punto neanche la "partecipazione alla negoziazione") di un qualsiasi contratto applicato nell'unità produttiva, ma "deve trattarsi di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva" (passo espressamente richiamato da Corte Cost. n. 231/13).

L'unico aspetto non essenziale nel ragionamento della Corte è, per la verità, il richiamo, pure molto sbandierato e insistito, al "mutato scenario delle relazioni sindacali", che poi allude alla "guerra dei tre anni" e, soprattutto, ai sempre più frequenti dissensi tra le principali confederazioni (un po' più pertinente mi pare invece il riferimento, tratto dalla giurisprudenza remittente, "alla copiosa legislazione che ha elevato la contrattazione collettiva a fonte integrativa, suppletiva o derogatoria, della propria disciplina, in correlazione, sempre, ad un parametro di effettiva e, comparativamente, maggiore rappresentatività dei sindacati stipulanti"). Infatti, pur concordando sul fatto che il sistema sindacale non è certo più quello di quarant'anni fa specie nei rapporti con il sistema politico<sup>6</sup>, quei "condizionamenti e comportamenti" indotti dal testo vigente dell'art. 19 sarebbero stati comunque in contrasto con gli artt. 2, 3 e 39 Cost., in quanto la norma conteneva in sé, pure con le correzioni della sentenza 244/96 (non additiva di accoglimento però), un sistema basato sull'accreditamento del datore

<sup>6</sup> V., per tutti, MARIUCCI, *Poteri dell'imprenditore, rappresentanze sindacali unitarie e contratti collettivi*, in *DLRI*, 1995, pp. 203 ss. e spec. 227 ss. e 262, che lo avvertì chiaramente già poco prima dei referendum del 1995 sull'art. 19 Stat.lav.; successivamente v. RICCI M., *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999, p. 402 ss.; e, da ultimo, CARINCI F., *Alice non abita più qui (a proposito e a sproposito del "nostro" diritto sindacale)*, relazione alle giornate di studio Aiclass *La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro*, Bologna, 16-17 maggio 2013.



di lavoro<sup>7</sup>. E non si può certo sostenere, in punto di legittimità costituzionale, che l’accreditamento va bene fino a che non discrimina una delle confederazioni storiche. Oggi la Corte ha invece riconosciuto che l’accreditamento datoriale non va bene *in assoluto* perché è un criterio selettivo “soggettivo” che poco ha a che vedere con il ricorso ad un adeguato “strumento di misurazione della forza di un sindacato e, di riflesso, della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell’ordinamento sindacale” (sempre giurisprudenza costituzionale). E questo è un punto di profonda cesura con il sistema legale previgente, che, in buona sostanza, offriva un supporto piuttosto chiaro all’arbitrio datoriale nel selezionare i soggetti sindacali destinatari di tutele particolari.

Infrangendo una regola implicita del precedente sistema sindacale – mai escludere dalla fabbrica i sindacati storici – la Fiat ha fatto emergere tutte le contraddizioni di rilevanza costituzionale insite nell’assetto vigente. E la Corte, premiando la caparbietà della Fiom, ha finalmente trovato il coraggio per ripristinare la legalità costituzionale in sofferenza da quasi vent’anni.

Ma, per converso e continuando su una linea che probabilmente non ha alternative, la Corte ha accentuato le problematicità interpretative dell’art. 19, che oggi appare una norma in totale balia dei giudici di merito<sup>8</sup>. Mentre infatti il primigenio art. 19 rinvia a nozioni di ampiezza diversa – “rappresentatività storica”, “rappresentatività tecnica” – ma determinabili sulla base di dati più o meno precisi; e la seconda versione “referendaria” faceva riferimento a un dato formale e rimesso all’arbitrio datoriale ma “oggettivo”, quale la “firma” del contratto; oggi ci troviamo con un testo che gronda di nozioni indeterminate e indeterminabili a priori. “Partecipazione attiva” che giustifica la firma; “partecipazione al processo di formazione negoziale” anche se non si stipula l’accordo; contratto normativo che riguardi almeno un istituto “importante”: si tratta di locuzioni anche sensate, ma così generiche che senza dubbio rendono altissimo il grado di imprevedibilità del contenzioso che la norma può provocare. Inoltre la norma, nella nuova formulazione con *addenda* di derivazione giurisprudenziale, muta completa-

<sup>7</sup> Lo avevo scritto in tempi non sospetti: *La rappresentanza sindacale nel pubblico impiego tra vuoto legislativo e modello privatistico*, in *ADL, Quad.* 1, 1996, p. 63.; e ripreso di recente in *Il “caso Fiat” e il sistema di relazioni industriali italiano: trasformazioni socio-culturali e politica del diritto*, in *E&L*, 2011, n. 2, p. 29.

<sup>8</sup> O, per dirla con l’efficacissimo linguaggio di Romagnoli, “una scheggia della regolazione legale che non c’è” (*Un verdetto della Consulta sulla legalità costituzionale*, in *www.dirittisocialiecitadinanza.org*, luglio 2013, p. 11).

mente il suo baricentro: che non è più costituito dalla firma ma dalla “partecipazione”. E la partecipazione in quanto tale è sufficiente a fondare il diritto di avere diritti sindacali (meno a mio parere il diritto di partecipare comunque alle trattative negoziali<sup>9</sup>; ma se così fosse basterebbe partecipare una volta al negoziato per godere di una nuova rendita di posizione grazie ad un circuito di legittimazione che di nuovo si sgancerebbe dalla realtà dei rapporti tra sindacati e lavoratori).

In cosa consiste tale fondamentale momento partecipativo però nessuno è in grado di dirlo a priori, specie fino a quando non si sarà formato un significativo orientamento giurisprudenziale. Perciò, esclusa l'ipotesi che un sindacato sia così dissennato dal disertare totalmente, deliberatamente ed esplicitamente il tavolo negoziale, è evidente che in virtù del nuovo art. 19 tutti i sindacati per avere i diritti sindacali pretenderanno di “partecipare” al processo negoziale; e sarà l'azienda a dover sbarrare l'accesso, accollandosi il rischio di dimostrare che il proprio comportamento non sia antisindacale o, quanto meno, ingiustificatamente discriminatorio. Così il nuovo art. 19 può complicare notevolmente le relazioni industriali in azienda, scoraggiando sì i comportamenti datoriali troppo selettivi, ma alimentando anche una conflittualità endosindacale destinata a rifrangersi su un contenzioso come quello antidiscriminatorio che non necessariamente tiene conto delle relazioni orizzontali tra le diverse associazioni sindacali, dovendo incentrarsi sull'impatto che la decisione aziendale può avere sulla tutela offerta a ciascun lavoratore e a ciascuna associazione sindacale.

Considerando tutti questi “buchi neri” che si intravedono nell'art. 19 rivisitato, non meraviglia affatto la convergenza di Fiat e Fiom sulla necessità di una nuova legge sindacale, con buona pace degli altri sindacati che vedono indubbiamente insidiata la posizione raggiunta grazie proprio alla “sponda” aziendale, oggi però fortemente depotenziata dalla Corte costituzionale.

### 3. *Legge sì/legge no*

Se ci si guarda intorno, neanche oggi del resto si ode un coro unanime intorno alla necessità della legge; né può dirsi che vi sia unanimità di vedute sull'ampiezza di un eventuale intervento legislativo in materia di rappresen-

<sup>9</sup> Così ROMAGNOLI, *op. loc. cit.*

tanza sindacale e contrattazione collettiva. Così, per certi versi, sembra di riascoltare più o meno pregevoli *cover* di vecchie canzoni sull’attuazione dell’art. 39 Cost. e sull’opportunità di un intervento legislativo<sup>10</sup>.

Per la verità anche a tal riguardo, e con una certa sorpresa, la posizione della Fiat pare agganciarsi alla sentenza 231, là dove la nota dell’azienda rimarca che sarebbe la stessa Consulta ad invocare il legislatore. Per amor di chiarezza, io credo che questa sia una forzatura, almeno se si legge con attenzione l’argomentazione che sorregge la nuova pronuncia. È vero che la Corte richiama nel paragrafo 6 i suoi precedenti moniti al legislatore: ma lo fa nella ricostruzione storica della propria giurisprudenza, quando l’ineludibile esigenza da affrontare era quella di rivedere il meccanismo selettivo della maggiore rappresentatività in vista di “un ampliamento della cerchia dei soggetti chiamati ad avere accesso al sostegno privilegiato offerto dal Tit. III Stat. Lav.”; e lo fa con riferimento a sentenze con le quali aveva rigettato le eccezioni di incostituzionalità sollevate al tempo (n. 30 del 1990).

Nel paragrafo 9 della sent. 231 invece la Corte rimarca le questioni fuori della sua specifica portata: generale problema della mancata attuazione dell’art. 39 Cost. e, nello specifico, individuazione di “un criterio selettivo della rappresentanza sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell’unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale”. Qui c’è dunque una lacuna e una lacuna grave. Anche se a mio sommo avviso, nella seconda delle specifiche ipotesi menzionate dalla Corte (“impossibilità di pervenire ad un accordo”) il criterio della “partecipazione al processo negoziale” potrebbe egualmente essere utilizzato. Comunque la Corte non va oltre la segnalazione della lacuna nella disciplina della rappresentanza sindacale che non è in grado di colmare.

In un fuggevole passaggio conclusivo accenna sì ancora ad una “molteplicità di soluzioni” che si potrebbero scegliere e precisa che “compete al legislatore l’opzione tra queste ed altre soluzioni”. Ma un invito vero e proprio a legiferare non c’è: né ci potrebbe essere dal momento che, nel respingere le eccezioni di inammissibilità, la Corte ha escluso che il *petitum* sia incerto o perplesso in quanto ritiene di poter giungere non “ad una deci-

<sup>10</sup> V. ad esempio DEL CONTE, *Perché non serve una legge sulla rappresentanza*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 6 settembre 2013.

sione demolitoria, che effettivamente darebbe luogo ad un vuoto legislativo colmabile solo dal legislatore, bensì, inequivocabilmente, ad una pronuncia additiva che consenta di estendere la legittimazione alla costituzione di rappresentanze sindacali...”.

Dunque la Corte, pur non osteggiandolo affatto, non può stavolta essere annoverata tra gli scatenati *supporters* di un intervento legislativo. Questi peraltro non mancano: e le loro ragioni non sono diverse da quelle che abbiamo visto sorreggere le convergenti posizioni di Fiat e Fiom<sup>11</sup>. Non di rado vanno anche oltre: e si spingono appunto a ritenere che sia giunto il tempo di farla finita con “il diritto sindacale a bassa intensità regolativa”<sup>12</sup>, pervenendo ad una legge sindacale quanto più ampia ed esaustiva possibile.

A fronte di questi non mancano però i *laudatores* delle tradizioni astensionistiche e autonomistiche delle relazioni sindacali italiane, convinti che: “soluzioni legislative non hanno mai prodotto, nella esperienza comparata, risultati soddisfacenti”; che “soluzioni maggioritarie ... nel mettere in competizione tra di loro le diverse anime del sindacato, finiscono con l’indebolire la rappresentanza esasperando le divisioni”; o, su un piano più generale, che “in una società aperta e pluralista compete alle sole parti sociali definire le linee della propria azione e organizzazione senza che sia il legislatore o un giudice dello Stato a indicare, autoritariamente o paternalisticamente, poco importa, chi nella dialettica sindacale debba prevalere”<sup>13</sup>.

Si tratta di opinioni radicate e sperimentate nel nostro paese, che ben possono riproporsi, purché si sia consapevoli che da esse derivano buona parte degli odierni problemi regolativi. Tali posizioni però vengono indebolite se a sostenerle sono i promotori di iniziative legislative in materia assai invasive come l’art. 8 della l. 148/2011, che, tuttora vigente con la sua carica di “autoritarismo”, è notoriamente una norma basata sul principio maggioritario e che si sovrappone intenzionalmente all’iniziativa delle parti sociali (intesa del 28 giugno 2011, definitivamente sottoscritta nel settembre 2011 con una esplicita sconfessione dell’art. 8 appena citato). E rischiano poi di

<sup>11</sup> Per tutti v. i tempestivi interventi di ALLEVA, *Le radici della democrazia nei luoghi di lavoro*, in [www.dirittisocialiecittadinanza.it](http://www.dirittisocialiecittadinanza.it), 24 luglio 2013 e ICHINO, *Rappresentanze sindacali aziendali: la Consulta non risolve il problema*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), 24 luglio 2013.

<sup>12</sup> Espressione che ho usato in *La fine del diritto sindacale a bassa intensità regolativa*, in *Le relazioni sindacali nell’impresa*, Atti delle giornate Aidlass di Copanello, 24-25 giugno 2011, Giuffrè, 2012, p. 339 ss.

<sup>13</sup> SACCONI-TIRABOSCHI, *Legge sindacale, 60 anni di querelle*, il *Sole 24 ore*, 20 agosto 2013.

creare un vero e proprio cortocircuito logico-sistematico se corredate da affermazioni perentorie secondo cui “questo è il solo modo per tutelare un principio costituzionale di libertà sindacale che si fonda sulla legittimazione degli associati e il riconoscimento della controparte e non certo su una rappresentanza legale di tutti i lavoratori che finisce con lo svuotare di significato l’atto di adesione o meno a una organizzazione sindacale facendo del sindacato niente altro che una grande struttura parastatale e burocratica”<sup>14</sup>. Basta infatti una superficiale lettura dell’art. 39 Cost. per rendersi conto che la Costituzione vuole appunto contemperare la libertà sindacale con una rappresentanza legale di tutti i lavoratori, cioè con un sistema di rappresentanza generale definito *necessariamente* con legge. Ed è questo il passo che la nostra politica non riesce a trovare il coraggio di fare da più di sessant’anni, se si eccettua il lavoro pubblico dove da ormai quindici anni vige pacificamente una legge sulla rappresentanza sindacale confermata, ancorché di fatto negli ultimi anni congelata, da tutte le maggioranze governative di cui ha fatto attivamente parte uno degli autori dell’articolo citato.

Che poi una legge sia in grado di assicurare “la certezza del diritto” invocata dalla nota Fiat da cui sono partito per queste mie riflessioni è altra questione, che pure meriterebbe un approfondimento. Qui basta dire che anche la “certezza del diritto” è un bene da relativizzare: e, per esplicita ammissione della Corte, la sentenza 231 non è in grado di assicurarla se non in una misura appena sufficiente, perché l’attuale formulazione dell’art. 19 Stat. Lav. è frutto di ingegnosi rattoppi volti a porre riparo ad un suo doppio “sbilanciamento” – per eccesso (troppe associazioni legittimate senza un criterio convincente) e per difetto (troppe associazioni escludibili senza un criterio convincente) – ma che, alla fine di un travaglio quasi ventennale, ci restituiscono una norma generica e lacunosa. Forse, in questa situazione, si deve convenire che una legge può fare meglio del pur apprezzabilissimo lavoro dei giudici di ogni grado e rango<sup>15</sup>.

#### 4. *Legificazione degli accordi 2011-2013?*

Resta da vedere se il legislatore può far meglio delle parti sociali. La questione, anch’essa antica nei dibattiti di diritto sindacale italiano, deve qui

<sup>14</sup> Ivi.

<sup>15</sup> V. sul punto le condivisibili affermazioni di ICHINO, *op. cit.*

essere affrontata non tanto in generale, ma con riguardo sia al meritorio attivismo dei principali attori del nostro sistema di relazioni industriali registrati negli ultimi tre anni, sia con riguardo ancora alla sentenza 231/2013.

Cominciamo da quest'ultima, perché è di sicuro più semplice. La specifica domanda è: nel nuovo equilibrio normativo dell'art. 19 rivisitato quale rilievo ha riconosciuto la Corte ai criteri selettivi della rappresentanza sindacale ricavabili dall'autonomo ordinamento sindacale e, segnatamente, dalle recenti intese del 28.6.2011 e del 31.5.2013? La risposta è appunto molto semplice: nessuno, almeno in modo diretto. Si potrebbe dire a discolpa delle parti sociali: ma quegli accordi non regolano la titolarità dei diritti sindacali. L'affermazione però non è del tutto vera. Innanzitutto perché il protocollo del 31 maggio al punto 7 contiene un impegno a modificare la disciplina pattizia dei diritti sindacali, che è di sicuro poca cosa, ma indica la direzione verso cui si vorrebbe andare. L'affermazione a discolpa delle parti sociali però non è del tutto vera soprattutto perché l'accordo del giugno 2011, al riguardo ripreso e dettagliato dal protocollo del maggio 2013, individua con precisione chi ha diritto a partecipare alla contrattazione collettiva nazionale, utilizzando il noto *mix* tra iscritti e voti e fissando la soglia al 5% della media ponderata tra i due dati. E la Corte non fa alcun riferimento a questo elemento nell'interpretazione additiva con impatto regolativo. Anzi, pur ritenendone inammissibile l'intervento in causa, richiama la memoria di Cgil e Filcams laddove sottolineano come il protocollo del 31 maggio sia "limitato al solo ordinamento intersindacale facente capo a Cgil, Cisl e Uil-Confindustria, con (momentanea?) esclusione del terziario e degli altri settori ... e soprattutto con la conferma della inefficacia di tale Accordo nei confronti delle imprese dissenzienti non associate alla Confindustria come la Fiat" (punto 1.7)<sup>16</sup>.

Poi la Corte, tra le quattro possibili opzioni "suggerite" al legislatore per colmare le lacune dell'art. 19 rivisitato, ne ha indicato un paio che sembrano valorizzare i recenti orientamenti delle parti sociali. In qualche modo agli accordi del 2011/2013 sembra infatti riconducibile il suggerimento di scegliere un indice di rappresentatività costituito "dall'introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento o nell'attribuzione al requisito previsto dall'art.

<sup>16</sup> Successivamente protocolli identici o simili sono stati siglati da Confindustria con Ugl e Cisl e da Cgil, Cisl e Uil con Confservizi, Agci, Confcooperative e Legacoop.

19 dello Statuto dei lavoratori del carattere di rinvio generale al sistema contrattuale e non al singolo contratto collettivo applicato nell'unità produttiva vigente” (par. 9 in fine). In entrambe le opzioni si coglie l'eco degli accordi citati, che attribuiscono alle associazioni sindacali che superino la soglia del 5%, come media tra iscritti e voti, il diritto (e quindi il correlato obbligo datoriale a trattare) a partecipare alle trattative per il rinnovo del contratto collettivo nazionale (intendendo per “requisito” previsto dall'art. 19 Stat. Lav., quello aggiunto con la sentenza 231 dalla stessa Corte costituzionale). La Corte sembra avallare in partenza una legge che scegliesse di ancorare il criterio selettivo per il diritto di avere diritti sindacali o alla soglia suddetta o al diritto a trattare nel “sistema contrattuale” generale. Un'indicazione indubbiamente problematica, nel senso che chiede al legislatore di sciogliere ancora un'infinità di nodi; ma un'indicazione chiara in ordine al favore con cui la Corte vedrebbe un riferimento del legislatore ai criteri di regolazione della rappresentanza sindacale in corso di maturazione nelle recenti intese tra le parti sociali.

Oltre questo però la Corte non va: e non pare affatto dell'avviso che sia sufficiente lo stato attuale della produzione regolativa dell'autonomia sociale a colmare approssimazioni e lacune dell'art. 19 Stat. Lav.

Possiamo dunque dire che la Corte, se non ritiene indispensabile l'intervento del legislatore per salvare la costituzionalità della norma statutaria, vedrebbe però con benevolenza un legislatore che intervenisse con approccio più “sistematico” tenendo massimamente conto dei semilavorati già prodotti dalle parti sociali.

Valorizzate al massimo le indicazioni della Consulta, restano però aperte un'infinità di questioni proprio nella prospettiva di un'intensa sinergia tra autoregolazione sindacale e intervento legislativo.

La prima questione è in un certo senso nuova, in quanto deriva dal testo rivisitato dell'art. 19. Mentre infatti in precedenza i sindacati che avessero solo partecipato al processo di negoziazione di un contratto aziendale senza aver mai firmato alcun accordo applicato nell'unità produttiva non potevano vantare alcun diritto ai diritti sindacali, oggi si parte da una condizione normativa più aperta. La Corte ha indubbiamente ampliato a dismisura “la cerchia dei soggetti sindacali” potenzialmente destinatari dei diritti strumentali di cui al Tit. III dello Statuto. L'unico ostacolo è l'azienda che, se vuole o può, neghi l'accesso al tavolo delle trattative rischiando un ricorso per condotta antisindacale – che in virtù dell'art. 28 può farsi valere solo da organismi

locali di associazioni sindacali nazionali – o per atti discriminatori<sup>17</sup> – contro i quali può agire chiunque vi abbia interesse, singolo o associato che sia (v. artt. 15 della l. 300/70; 4 e 5 del d.lgs. 216/03). Se dunque il filtro aziendale fosse blando, l'attuale art. 19 sarebbe una porta d'accesso ai diritti sindacali piuttosto larga. Una legificazione dei recenti criteri selettivi di matrice endosindacale anche ai fini di regolazione della rappresentanza sindacale potrebbe avere una portata ablativa che in precedenza non aveva. Per quanto prima si diceva a proposito della sentenza 231, ciò non vuol dire che una scelta legislativa più selettiva sia di per sé incostituzionale. Però ci sono nuovi *pro* e *contra* da valutare nel sostenerla.

Poi c'è la questione più di fondo della diversa prospettiva regolativa che assumono gli accordi sindacali del 2011/2013. Questi guardano innanzitutto al sistema di contrattazione, cercando di riportare un certo ordine nei rapporti tra contrattazione nazionale ed aziendale e sperimentando nuove regolazioni della democrazia sindacale, con un dosaggio tra nuova legittimazione di forme di democrazia rappresentativa e ricorso a forme di democrazia diretta<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Tra i quali rientrano anche le convinzioni personali in materia sindacale: v. Trib. Roma 21 giugno 2012 confermato da App. Roma 19 ottobre 2012, in *RIDL*, 2013, II, p. 180 ss.

<sup>18</sup> V. tra i molti recenti contributi CARINCI F., Adelante Pedro, con juicio: *dall'accordo interconfederale 28 giugno 2011 al Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 (passando per la riformulazione "costituzionale" dell'articolo 19, lettera b, St.)*, in *DRI*, 2013, 598 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Modelli di "auto" ed "etero" regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore, Giappichelli*, 2013, p. 129 ss.; MAGNANI, *Il protocollo d'intesa e la sentenza sull'art. 19 Stat. lav.*, in *Libro del diritto* Treccani 2014 (in corso di pubblicazione); MARAZZA, *Il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 c'è, ma la volontà delle parti?*, in *DRI*, 2013, p. 621 ss.; MARESCA, *Contratto collettivo nazionale di lavoro e "regole sulla rappresentanza" sindacale: verso l'attuazione negoziale dell'art. 39 co. 4 della Costituzione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, cit., p. 179 ss.; ID., *Il contratto collettivo nazionale di categoria dopo il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013*, in *RIDL*, 2013, I, p. 707 ss.; MARIUCCI, *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, cit., p. 197 ss.; NATULLO, *L'incerta rappresentanza dei lavoratori in azienda tra legge e contratto*, ivi, p. 282 ss.; PROSPERETTI, *Il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013: come suggerire al legislatore l'applicazione dell'art. 39 Cost.*, in *MGL*, 2013, p. 438 ss.; SARACINI, *Contratto e legge dopo il caso Fiat*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, cit., p. 341 ss.; P. TOSI, *Il protocollo Confindustria, CGIL, CISL e UIL del 31 maggio 2013*, *DRI*, 2013, 638 ss.; TURSI, *L'accordo del 31 maggio 2013 su rappresentatività per la stipula dei Ccnl: appunti in tema di rappresentatività, legittimazione negoziale, efficacia soggettiva e contrasto agli "accordi separati"*, in *DRI*, 642 ss.; VALLEBONA, *Rappresentanza: prime osservazioni sul protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 tra Confindustria e Cgil, Cisl, Uil*, in *DRI*, 2013, 649 ss.; VISCOMI, *Prime note sul protocollo 31 maggio 2013*, in



Al riguardo l'accordo del 2011 e il protocollo del 2013 appaiono incentrati su equilibri diversi. Il primo avvia “soltanto” la disciplina del diritto a partecipare alla negoziazione del contratto nazionale, con l'intento di rilanciare una nuova base consensuale per il contratto nazionale uscito ammaccato dalla vicenda Fiat; per il resto quell'accordo si preoccupa principalmente di individuare un percorso che, senza troppo incidere sulla rappresentanza in azienda, consenta di individuare le condizioni per attribuire al contratto aziendale una forza e un'efficacia particolare e tendenzialmente *erga omnes*. Il protocollo di maggio 2013 invece completa essenzialmente la disciplina della contrattazione collettiva nazionale, dettagliando le regole sulla misurazione della rappresentatività anche in vista dell'applicazione di una regola tutt'affatto nuova (per il settore privato) secondo cui i contratti nazionali sono “efficaci ed esigibili” se firmati da organizzazioni sindacali che rappresentino il 50%+1 come media tra dato associativo e dato elettorale, previa consultazione certificata delle lavoratrici e dei lavoratori conclusasi con la maggioranza semplice dei consensi.

Il riconoscimento dei diritti sindacali in questo quadro è dato per presupposto o, comunque, viene regolato in coerenza con gli assetti della rappresentanza a fini negoziali. Si può dire che costituisce un *prius* rispetto al resto che si cerca poi di rendere coerente con il ruolo riconosciuto a determinati soggetti nel sistema contrattuale (con preferenza per RSU rispetto a RSA). L'art. 19 Stat.Lav. con la sua finalità di sostegno legislativo a sindacati dotati di effettiva forza rappresentativa si muove in un ambito che precede il sistema di contrattazione. Qui la versione referendaria del 1995 ha confuso molto, perché ha incentrato tutto sulla firma di un qualsiasi contratto, polarizzando e atomizzando l'indice della effettiva rappresentatività. Oggi si dovrebbe tornare ad una scelta diversa e più simile a quella originaria, cioè regolare il sostegno legale alle associazioni sindacali in funzione di un nuovo sistema contrattuale e non del singolo contratto.

Questo risultato, indubbiamente coerente con le tendenze che sono emerse nei due recenti accordi citati, non è perseguibile dalle parti sociali autonomamente. E, d'altronde, appare più difficilmente perseguibile se si vuole conseguire addirittura l'obiettivo massimo di adottare una nuova legge sindacale onnicomprensiva, anche se essa fosse il più possibile di recezione

degli accordi del 2011 e del 2013. Ciò infatti comporta una generalizzazione degli accordi appena citati, che finora sono stati firmati solo da alcune delle rappresentanze imprenditoriali<sup>19</sup>, e che non riguardano, se non in minima parte, settori importanti<sup>20</sup>. Sotto questo profilo, la difficoltà ablativa che prima si è rilevata con riguardo al diritto di avere diritti sindacali fondato sul nuovo art. 19 Stat. Lav. ha un suo speculare contrappeso nella difficoltà di fondare sul versante datoriale una rappresentanza negoziale *erga omnes*. Anche se su questo versante si intravedono meno diritti e più interessi concreti e talora specifici (molto “egoistici” per dirla con VON JHERING), ma assai vitali per il sistema economico. Come mettono bene in evidenza recenti analisi sociologiche ed economiche<sup>21</sup>, il problema più profondo sul versante della rappresentanza sociale va posto in correlazione con la crescente differenziazione dimensionale, culturale, merceologica, tecnologica e geografica delle imprese italiane, che nell’insieme restano peraltro afflitte da un nanismo ormai cronico<sup>22</sup>. Alcune imprese puntano decisamente su un’aziendalizzazione in chiave globalizzante; altre rispolvererebbero volentieri relazioni sindacali di stampo individualistico; altre invece continuano a privilegiare il contratto nazionale così com’è o profondamente rivisitato quanto ai tradizionali confini categoriali; mentre alcune sperimenterebbero discipline collettive di stampo territoriale o distrettuale o ancora più innovative. Scegliere in modo molto netto un modello o l’altro di sistema contrattuale, imponendolo per legge, potrebbe essere penalizzante sotto il profilo delle strategie di contrasto della crisi o di rilancio dello sviluppo. In questo momento serve indubbiamente un sistema contrattuale duttile. E alla legge va affidato il compito di

<sup>19</sup> Quello del 2011, oltre Confindustria, da Confapi e Confservizi. Sensibilmente diverso, proprio sul versante della rappresentanza in azienda con tutto quel che ne consegue, l’accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore del credito siglato il 24 ottobre 2011 tra Abi, Discredito-Fd, Fibi, Fiba, Fiba-Cisl, Fisac Cgil, Sinfug, Ugl credito, Uilca. Per il protocollo del maggio 2013 v. nota 16.

<sup>20</sup> V., ad esempio, A. DELOGU, *L’accordo quadro sugli assetti contrattuali nel settore bancario*, in *RGL*, 2013, I, p. 199 ss.

<sup>21</sup> V. CARRIERI, Treu (a cura di), *Verso nuove relazioni industriali*, il Mulino, 2013; BONOMI, *Il capitalismo in-finito*, Einaudi, 2013.

<sup>22</sup> Oggi nel settore manifatturiero poco più di 3.000 aziende superano i 250 dipendenti, con un notevole calo rispetto a 10 anni fa; per converso sono aumentate le dimensioni delle imprese nei settori del turismo, commercio e trasporti: queste cifre si ricavano da un’indagine del Registro generale delle imprese CCIAA su dati INPS di cui da’ notizia la Repubblica del 9 settembre 2013.

salvaguardare valori e diritti irrinunciabili, da conservare, ripristinare o promuovere, ma utilizzando modalità che non ingessino in alcun modo le dinamiche socio-economiche e soprattutto quelle iniziative che appaiono in grado di irrobustire il tessuto economico del nostro paese.

Perciò, più che puntare su un sistema completo e conchiuso, appare proficuo ragionare su quale può essere il minimo comun denominatore di un necessario intervento legislativo che salvaguardi valori e diritti fondamentali dei lavoratori e vada incontro alle esigenze del maggior numero di imprese possibile.

##### 5. *Il “minimo comun denominatore” di una legge sulla rappresentanza in azienda*

Tale minimo comun denominatore non può naturalmente essere il frutto della fantasia individuale, ma va costruito cogliendo con pazienza e puntualità tutti gli elementi che sono emersi o emergono nei vari “laboratori” in cui ci si è cimentati con i problemi accennati. Tenendo massimamente conto delle leggi approvate negli ultimi anni (a cominciare dalla l. 92/2012), degli accordi sindacali 2011/2013 e dei disegni di legge presentati o ripresentati nella XVII legislatura (4 al senato: n. 184, 654, 986, 993; 4 alla Camera: n. 5, 519, 709, 1376; solo S. 654 e C. 709 coincidono), mi pare che venga confermato che su due aspetti sarebbe importante incentrare la nuova legge sindacale.

Il primo riguarda indubbiamente l’art. 19, che, pur dopo la sentenza 231/2013, richiede di essere meglio bilanciato nell’interesse di tutti per evitare almeno che incertezze e approssimazioni rendano il sistema contrattuale ancora meno efficiente di quanto oggi non sia. Un punto di sicura convergenza mi pare quello di procedere, secondo le indicazioni della Consulta, raccordando meglio diritti sindacali e diritti a partecipare al processo negoziale. Al riguardo va sciolto uno dei nodi prima segnalati: va data rilevanza al diritto a partecipare al processo negoziale a qualsiasi livello o solo a livello nazionale? Qui si registrano varie proposte, riconducibili essenzialmente alla polarizzazione tra RSU e associazioni sindacali legittimate a partecipare alla contrattazione nazionale. Tutto sommato non mi paiono antitetiche, potendosi pensare, sulla falsariga di uno dei pdl presentati a marzo scorso (S. 184), ad un nuovo art. 19, articolato in lett. a) e b) in cui i diritti sindacali possano essere riconosciuti: a) ad RSU unitarie costituite con il voto della maggioranza

dei lavoratori in azienda oppure b) a rappresentanze costituite nell'ambito di associazioni sindacali legittimate, in base alla legge o a disposizioni contrattuali (e qui occorrerebbe una norma di legge apposita, seppure sussidiaria), a partecipare al processo negoziale del contratto collettivo nazionale applicabile in quella determinata impresa. In tal modo – fermo restando che la legge offrirebbe sostegno sia a rappresentanze sindacali a base elettiva sia a rappresentanze sindacali a base associativa e considerato che nelle intese esistenti le RSU sono considerate titolari del diritto a negoziare gli accordi aziendali solo laddove vi sia rinuncia alla costituzione delle RSA – dovrebbe comunque essere garantito un raccordo tra titolarità dei diritti sindacali e sistema di contrattazione nazionale<sup>23</sup>.

L'altro punto che sembra maturo per essere regolato da una nuova legge sindacale, e che appare coerente con le tendenze normative e sindacali degli ultimi anni, è quello relativo ai diritti di partecipazione alla gestione dell'azienda. Qui sia la l. 92/2012 sia alcuni dei disegni e progetti di legge (C. 519; C. 1376) affrontavano e affrontano il problema, ma con moltissima prudenza e senza alcun coordinamento con le discipline ormai vigenti a vari livelli nel nostro ordinamento in materia di diritti di informazione e consultazione, discipline che spesso hanno una forte ispirazione europea. Mi pare invece assai evidente che, se si vuole una nuova legge sindacale che sostenga e promuova modelli innovativi di relazioni industriali sulla falsariga anche di indicazioni di tipo europeo, occorra avere più coraggio e riconoscere finalmente il diritto dei lavoratori di partecipare ad organismi che concorrano ad assumere le decisioni aziendali. Se proprio non si riesce a pensare ad una disciplina generale e compiuta, può essere utile in questa fase storica pensare ad una normativa promozionale che consenta una particolare duttilità regolativa, anche in deroga ai contratti nazionali, a quelle imprese di dimensioni medio-grandi (accettabile la soglia dei 300, che emerge in recenti proposte legislative) che mediante appositi contratti collettivi regolino in

<sup>23</sup> Sul piano di una visione coerente e sistematica delle rappresentanze dei lavoratori in azienda non andrebbe poi trascurato che la disciplina delle RSU ha dei tratti di legificazione anche nel sistema privatistico e tali tratti paiono ancorati ad un assetto in via di superamento che andrebbero rivisitati in caso di intervento legislativo. In particolare mi riferisco alla regola del 1/3 dei componenti RSU designato dai sindacati firmatari dei contratti nazionali di categoria applicati nell'impresa, regola oggi in via di superamento secondo gli accordi del 2011/2013, eppure fissata nell'art. 9 c. 6 del d.lgs. 113/2012 di trasposizione delle direttive sui Comitati aziendali europei.

concreto composizione e funzionamento di organi aziendali in grado di incidere significativamente sulle scelte aziendali con una marcata presenza di rappresentanti dei lavoratori.

6. *Serve ed è matura una legislazione sulla contrattazione collettiva efficace erga omnes?*

Quest'ultima tecnica normativa si collega chiaramente alla questione di una più analitica regolazione del sistema contrattuale. Fermo restando quanto ho detto poc'anzi sulla difficoltà di regolare in linea generale un modello di sistema contrattuale che privilegi questo o quel livello contrattuale, si deve ritenere necessario un intervento legislativo sulla contrattazione “periferica”. Infatti qui non si tratta tanto di introdurre *ex novo* regole legali sui contratti aziendali o territoriali, quanto piuttosto di avviare ad un fuor d'opera che è l'art. 8 della l. 148/2011, una norma che stride con il restante sistema in un difficile equilibrio tra autonomia ed eteronomia e che presenta molteplici profili di incongruenza, impraticabilità e di incostituzionalità<sup>24</sup>. Proprio l'esistenza di tale norma richiede che si regoli *ex novo* l'efficacia della contrattazione aziendale e territoriale. Infatti sebbene i contratti collettivi di prossimità costituiscano una tipologia a se stante di difficile armonizzazione con il re-

<sup>24</sup>V. per tutti BARBIERI, *Il rapporto tra l'art. 8 e l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in RGL, 2011, p. 461 ss.; BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, p. 137 ss.; CARABELLI, *I profili di incostituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in RGL, 2012, I, p. 539 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge 148 del 2011*, in ADL, 2012, p. 19 ss.; FERRARO, *Crisi occupazionali e tecniche di tutela*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 189/2013; LECCESE, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, in DLRI, 2012, p. 490 ss.; MAZZOTTA, *Corsi, ricorsi e percorsi del contratto collettivo*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, cit., p. 209 ss.; RUSCIANO, *L'art. 8 è contro la Costituzione*, in [www.eguaglianzaeliberà.it](http://www.eguaglianzaeliberà.it), 8 settembre 2011; SANTONI, *Contrattazione collettiva e principio di maggioranza*, in RIDL, 2013, I, p. 75 ss.; TREU, *Per Rusciano, Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, cit., p. 250 ss.; ZOPPOLI A., *Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 131/2011. Sull'art. 8 l. 148/2011 v. pure Corte Cost. 19 settembre 2012, n. 221 con nota di BOLLANI, *Contrattazione collettiva di prossimità e limiti costituzionali*, in ADL, 2012, 1223; COVI, *La prima pronuncia della corte costituzionale sull'art. 8 l. n. 148/2011: la norma non invade la competenza regionale ma le «specifiche intese» non hanno un ambito illimitato*, in RIDL, 2012, II, 903 ss.; FERRARESI, *L'art. 8 d.l. n. 138/2011, supera il vaglio di costituzionalità ex art. 117 cost. in tema di riparto di competenze tra Stato e regioni*, in DRI, 2013, 164 ss.

stante sistema contrattuale<sup>25</sup>, la sola possibilità di pervenire a contratti aziendali o, più difficilmente, territoriali dotati di una peculiare caratura giuridica squilibra profondamente il sistema, facendo pendere l'ago della bilancia verso una contrattazione aziendale potenzialmente priva di limiti che non siano, con una pericolosa genericità, i limiti derivanti da norme costituzionali o di diritto dell'Ue.

Difficile però è immaginare un intervento davvero equilibrato. Anche la legificazione dell'accordo del 28 giugno 2011 – che si ritrova in vari pdl e che è necessaria per fornire effettivamente di piena efficacia *erga omnes* i contratti aziendali al di là dei contratti di prossimità – non appare una soluzione soddisfacente, perché comunque squilibra il sistema contrattuale dotando di una particolare efficacia (ed esigibilità) i soli contratti aziendali stipulati secondo regole che non appaiono in grado di passare in blocco lo scrutinio di conformità alle norme costituzionali.

Sembra dunque necessario o un intervento su tutta l'architettura del sistema contrattuale: ma, come si è detto, occorrerebbe giungere ad una regolazione troppo minuziosa e pervasiva. Oppure una disciplina riguardante solo alcune articolazioni del sistema contrattuale esistente, ribadendo però la eccezionalità dei contratti subnazionali *erga omnes* rispetto ai contratti nazionali.

Forse una strada potrebbe essere quella di tentare una sorta di attuazione a livello periferico dell'art. 39 Cost., prevedendo che contratti collettivi efficaci per tutti i destinatari possano essere stipulati a livello territoriale o aziendale dinanzi ad un organismo unitario composto, da un lato, da rappresentanti di tutte le organizzazioni sindacali che in azienda o in un ambito territoriale superino una soglia di rappresentatività e, dall'altro lato, da rappresentanti dell'impresa interessata o della maggioranza delle imprese del territorio interessato in ragione di alcuni indicatori (numero di dipendenti, ecc.: v. pdl S. 654 art. 12). Si potrebbe prevedere che organismi di tal genere debbano essere costituiti presso le direzioni territoriali del Ministero del lavoro e che le trattative debbano essere avviate quando ne faccia richiesta un certo numero di organizzazioni sindacali o imprese. Questa tipologia di contratto – per la sua legittimazione speciale e controllata – potrebbe prevalere sen-

<sup>25</sup> In tal senso gli interventi di MAGNANI e mio alle giornate di studio Aidlass *La crisi e i fondamenti del diritto del lavoro*, Bologna, 16-17 maggio 2013; per una diversa ricostruzione v. però DE LUCA TAMAJO, nella relazione illustrata nella medesima occasione e, prima, *Modelli di "auto" ed "etero" regolamentazione del rapporto tra contratti collettivi di diverso livello*, cit., p. 142 ss.

z’altro su qualsiasi altra pattuizione applicabile in azienda, salvo apposita clausola di richiamo nel contratto collettivo nazionale di categoria.

7. *L’art. 39 Cost.: un ostacolo superabile solo con una riforma costituzionale?*

L’ultimo percorso indicato consentirebbe di avvicinare massimamente una nuova e moderna legge sindacale alla formulazione dell’art. 39 c. 4. Certo la appena citata prescrizione ha passaggi più puntuali e assai difficili da rispettare<sup>26</sup>. Tuttavia la previsione di un organismo unitario a livello aziendale o territoriale e una disciplina legislativa accorta nel selezionare i sindacati in base a democraticità della legittimazione negoziale e radicamento associativo potrebbe ritenersi conforme ai principi racchiusi nell’art. 39 Cost.

Riguardo alla questione, giuridicamente cruciale, dei vincoli che ad una legificazione delle relazioni sindacali e contrattuali nell’impresa derivano dalla nostra tradizione giusindacale e dai nostri principi costituzionali (in breve dalla persistente vigenza dell’art. 39 Cost.), credo che l’art. 39 non vada genericamente evocato o minacciato, ma interpellato attentamente per quanto oggi può ancora darci. Non possiamo infatti continuare a rimanere impantanati in un dibattito veramente vecchio. Non si può invitare la dottrina ad essere concettualmente e tecnicamente innovativa e poi ripercorrere pedissequamente un dibattito quasi secolare che oscilla tra sostenere che il 39 va interpretato ed applicato in maniera puntigliosamente letterale oppure va abrogato. Questo mi sembra un approccio molto datato, molto vecchio, proprio uno degli elementi fondativi di quella cultura che ha portato il nostro diritto sindacale ad essere quello che è. Sappiamo infatti che da anni la dottrina e la giurisprudenza sono chiamati al riguardo a svolgere una funzione di supplenza del legislatore che, sotto ogni latitudine politica, è incapace di trovare un equilibrio parlamentare che “partorisca” una modifica condivisa dell’art. 39. Nessuno di noi è certo responsabile di questa incapacità; ma diventiamo responsabili di “occultamento di cadavere” se rifiutiamo di accollarci un compito che possiamo svolgere: cioè lavorare in via interpretativa,

<sup>26</sup> Su di essa v., di recente con differenti valutazioni, CARINCI F., *Il fantasma del 39, comma 4 Cost.*, in *Le relazioni sindacali nell’impresa*, Atti delle giornate Aidlass di Copanello, 24-25 giugno 2011, cit., p. 229 ss.; SANTONI, *op. ult. cit.*; RUSCIANO, *Lettura e rilettura dell’art. 39 della Costituzione*, in *DLM*, 2013, n. 2, che riprende l’intervento alle giornate A.I.D.La.S.S. di Pisa, 7-9 giugno 2013, svolto in qualità di *discussant*.

innovativa, storico-evolutiva sull'articolo 39, per assicurargli una vitalità finché non viene abrogato o modificato (come fece mirabilmente Massimo D'Antona in uno dei suoi ultimi e mai dimenticati scritti in materia)<sup>27</sup>. Oltre tutto di lavoro in questo senso ne è stato fatto tanto, di proposte interpretative sul tappeto ce ne sono tante volte a non necrotizzare il 39, ma nemmeno a farne un inutile feticcio. Al riguardo, come ho già accennato, io penso che nell'art. 39 c'è un evidente coordinamento tra il primo comma e i commi successivi: il pluralismo sindacale deve e può essere coordinato con l'unicità della contrattazione efficace per tutti gli appartenenti alla categoria. L'uso del termine "categoria" a mio parere serve a richiamare la portata normativa del contratto collettivo, non a delimitare il livello di contrattazione al quale la norma si riferisce. Per cui ogniqualvolta il contratto collettivo ha una funzione normativa va applicato l'art. 39, tanto se il contratto è nazionale quanto se è territoriale o aziendale. Su questo sono d'accordo con chi ha detto che non si può tagliare l'articolo 39 escludendo del tutto la contrattazione aziendale. Quindi quando il contratto aziendale ha portata normativa l'art. 39 si applica, almeno con riferimento ai suoi principi. Tali principi però non sono da intendere staticamente e letteralmente (che principi sarebbero?); essi vanno applicati in quanto principi e non in quanto regole procedurali o di dettaglio storicamente caduche (e ampiamente inapplicate). Insomma, come da tempo sostengo, l'art. 39 può essere *attualizzato* in via interpretativa (e ciò ha consentito una certa disciplina nel lavoro pubblico). Si può così estrapolare dall'art. 39 la possibilità di attribuire al contratto con funzione normativa efficacia *erga omnes* a patto che siano rispettati due principi: a) la verifica oggettiva e certa della legittimazione dell'agente negoziale a rappresentare le imprese e i lavoratori interessati; b) la democraticità dell'azione sindacale svolta da chi è legittimato a stipulare contratti con efficacia *erga omnes*. Se questi principi vengono rispettati (e l'art. 8 della l. 148/2011 a mio parere non li rispetta), penso che si possa regolare con legge anche soltanto un contratto territoriale o aziendale con efficacia *erga omnes* senza entrare in contrasto con l'articolo 39. A maggior ragione questo è possibile se si dà vita a dei veri e propri organismi unitari sulla falsariga della previsione dell'art. 39 Cost., anche se per la costituzione di questi organismi non si passa attraverso la registrazione delle associazioni sindacali menzionata dalla Costituzione,

<sup>27</sup> Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi, pubblicato in DRI, 1999, ma qui citato in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, vol. II, p. 406 ss.



ma ormai consegnata alla storia delle norme mai attuate. Mi pare poi evidente che una legge che si muovesse in una linea al contempo più rispettosa dei principi costituzionali e delle autonome dinamiche sindacali, dovrebbe abrogare l'art. 8 della l. 148/2011.

### **Abstract**

Il saggio analizza l'importante sentenza della Corte Costituzionale nei legami con il sistema di regole preesistenti e per il suo impatto successivo. Pur ritenendo che la Corte abbia sanato un *vulnus* costituzionale creato dal referendum nello Statuto dei lavoratori, l'Autore considera non risolti i preesistenti problemi di incertezza sulla titolarità dei diritti sindacali. Ritiene dunque che permanga la necessità di un intervento del legislatore che dovrebbe riguardare sia l'art. 19 dello Statuto dei lavoratori sia il modello di relazioni sindacali in azienda, regolando meglio la contrattazione aziendale – e territoriale – e promuovendo forme più decise di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese.

The Author analyses the very important judgment of the Italian Constitutional Court highlighting two different aspects: the links with the previous legal system and the subsequent impact. Even though the Author thinks that the Court has emended a Constitutional *vulnus* in the Workers' Statute caused by the referendum of 1995, he believes that the pre-existing problems of who is the holder of Trade Union rights have not been solved yet. Therefore the author thinks that the legislator's intervention is necessary. Such intervention should concern both Article 19 of the Workers' Statute and the industrial relation model at plant level, by regulating better the collective bargaining at this level – but also at the territorial level – and by promoting a stronger model of workers participation.

### **Key words**

Statuto dei lavoratori, Corte Costituzionale, Sindacati, Contrattazione collettiva, Rappresentanza dei lavoratori.

Workers' Statute, Constitutional Court, Trade Unions, Collective bargaining, Workers representation.



## Gianfranco D'Alessio

### Le prospettive di modifica del quadro legislativo in materia di lavoro pubblico\*

**Sommario:** **1.** I rischi di interventi “riformatori” condizionati da una visione pregiudizialmente negativa del lavoro pubblico. **2.** Prospettive e limiti di possibili modifiche legislative. **3.** L'implausibilità del ritorno a un regime pubblicistico e la tendenza alla “funzionalizzazione” della contrattazione. **4.** I necessari aggiustamenti del modello privatistico-contrattuale. **5.** Il ruolo e lo spazio dei contratti collettivi nel sistema delle fonti. **6.** I soggetti, la struttura, l'articolazione e i contenuti della contrattazione (da ripristinare). **7.** La determinazione dei fabbisogni di personale e l'agevolazione della mobilità. **8.** I sistemi di reclutamento del personale: possibili revisioni del modello del concorso pubblico. **9.** Gli istituti di lavoro flessibile e il problema del precariato. **10.** Ipotesi di riordino della normativa sulla dirigenza pubblica.

#### 1. *I rischi di interventi “riformatori” condizionati da una visione pregiudizialmente negativa del lavoro pubblico*

Nel momento in cui ci si ripropone di individuare i nodi problematici della disciplina del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, per verificare quali siano, all'inizio della XVII legislatura, le prospettive di modifica dell'attuale assetto normativo, occorre preliminarmente valutare se e in che misura sia realistico attendersi, nella situazione data, significative ed effettive innovazioni del quadro legislativo (che vadano al di là di interventi estemporanei o, ancora una volta, di colpi di scure finanziaria). Ci si deve chiedere, infatti, se una nuova riforma della legislazione sul lavoro pubblico sia all'ordine del giorno e, ancor prima, se sia necessaria o almeno auspicabile: laddove essa si dimostri fattibile, ci si deve comunque interrogare su quali ne potrebbero (e dovrebbero) essere gli elementi qualificanti, su quali aspetti si potrebbe (e dovrebbe) concentrare e, soprattutto, su quali ne potrebbero (e

\* Relazione svolta al convegno sul tema “Quali prospettive per il lavoro pubblico?” (Napoli, Università di Napoli Federico II, 22 aprile 2013).

dovrebbero) essere le finalità e i criteri ispiratori. C'è, in effetti, un concreto rischio che, considerato lo stato del dibattito sulla materia, e gli orientamenti che in esso si manifestano, più che ad una riforma ci si possa trovare di fronte ad una (nuova) controriforma.

Va considerato, ovviamente, il difficile quadro di riferimento che caratterizza l'attuale fase politico-istituzionale. Ma, soprattutto, va tenuto presente il più generale contesto politico-culturale, caratterizzato da una lettura largamente prevalente – che si manifesta diffusamente nella discussione pubblica, ma che coinvolge (anzi, per meglio dire, trova le sue premesse nelle) opinioni espresse soprattutto da parte di studiosi ed esperti di discipline giuridiche ed economiche – della realtà delle amministrazioni pubbliche e, nell'ambito di essa, delle caratteristiche, del ruolo e dei comportamenti dei lavoratori e dei dirigenti pubblici.

Le amministrazioni, e l'insieme di coloro i quali, a differente titolo, operano al loro servizio sono, infatti, additati da una copiosa pubblicistica, attraverso ripetute e sempre più frequenti prese di posizione, tanto stentoree nei loro toni quanto, non di rado, scarsamente argomentate e non supportate da dati di fatto oggettivi – si va da programmi di partiti e *leader* politici (vecchi e nuovi) ad interventi di accademici-editorialisti, fino ad articoli e trasmissioni giornalistiche, che esercitano una forte influenza sulla generale opinione pubblica, mentre dichiarano di esprimerne la naturale propensione – come una sorta di “male assoluto”, un feroce nemico dell'innovazione, un ottuso ostacolo per lo sviluppo delle attività economiche e per la soddisfazione dei bisogni dei cittadini, un insopportabile intralcio rispetto alla realizzazione delle altrimenti magnifiche e progressive sorti del paese, contro le quali la burocrazia eserciterebbe un pervicace (ed efficace) ostruzionismo.

Insomma, risulta abbastanza evidente che i lavoratori del settore pubblico sono (in posizione “privilegiata”) fra i soggetti sui quali si è deciso anche in Italia – pur se in modo meno brutale ed in forme meno traumatiche rispetto alle decisioni adottate o annunciate in altri paesi europei – di far gravare i costi della crisi: né sembrano esservi segni di un ripensamento rispetto a questa tendenza, manifestatasi in misura sempre più accentuata negli anni recenti. Gli effetti pratici di questo tipo di visione cominciano a vedersi chiaramente: basta pensare ai dati diffusi di recente dall'Aran e dall'Istat sulla riduzione del numero dei dipendenti pubblici e delle spese ad essi destinate registratasi negli ultimi anni (una riduzione derivante prevalentemente da

“tagli lineari”, e non da operazioni di riorganizzazione delle strutture amministrative e dall’attuazione di serie “politiche del personale”).

Chi si oppone alla concezione dominante rischia di essere considerato un incorreggibile “conservatore”, un nemico degli “ammodernamenti” del sistema amministrativo necessari per superare la crisi, un irresponsabile fautore dell’aggravio del debito pubblico, un difensore di ingiustificati privilegi e di spinte corporative: una censura, questa, che colpisce anche quanti si limitano a richiamare l’esigenza di guardarsi da affermazioni troppo drastiche (in questo caso in senso negativo, ma lo stesso discorso varrebbe per giudizi univocamente positivi) e, al tempo stesso, troppo generiche – oltre che, spesso, non confortate da elementi concreti – nel valutare una realtà tanto diversificata e complessa come è quella delle pubbliche amministrazioni.

Chiunque sia seriamente impegnato nell’analisi e nello studio degli aspetti strutturali e delle modalità di svolgimento dell’attività delle organizzazioni amministrative, naturalmente, sa bene quanti difetti e disfunzioni siano in esse presenti, anche, se non soprattutto, se si guarda agli aspetti attinenti alla regolazione ed alla gestione delle risorse umane: ma sa anche quanto siano rozze, semplicistiche e, spesso, strumentali le letture apocalittiche, quelle che portano – sulla base di presupposti ideologici evidenti, anche se non sempre dichiarati – a sostenere che l’amministrazione migliore è quella che non c’è, che i lavoratori pubblici non sono un risorsa da valorizzare, attraverso un’opera di riqualificazione e rimotivazione (accompagnata da un indispensabile ricambio generazionale), ma solo un inutile costo, un fardello sulle spalle della “società civile” da eliminare o da alleggerire drasticamente.

## *2. Prospettive e limiti di possibili modifiche legislative*

Sulla base di tali premesse, come già notato, è inevitabile domandarsi se sia possibile una seria revisione del quadro delle regole sul pubblico impiego e, principalmente, se sia da augurarsi, in questo momento, che il legislatore rimetta mano alla materia: infatti, c’è una forte probabilità che ulteriori iniziative legislative siano in linea o, peggio, aggravino le caratteristiche di buona parte della più recente produzione normativa; specie quella che ha affrontato le questioni dell’organizzazione e del personale dei pubblici uffici nell’ottica della manovra finanziaria, del contenimento della spesa pubblica, senza pre-

occuparsi più di tanto dell'incidenza degli interventi posti in essere sulla funzionalità delle amministrazioni e sulla qualità dei servizi resi ai cittadini.

Peraltro, questo è un discorso incentrato sugli obiettivi delle norme, e non sul regime giuridico da esse costruito: il che può andare incontro alla critica “metodologica” di recente rivolta da Lorenzo Zoppoli ad altri, qualificati studiosi e osservatori della tematica della quale qui ci si occupa.

Quindi, ferma restando una previsione tutt'altro che ottimistica sul prossimo futuro, può risultare comunque utile tracciare alcune linee di un possibile intervento di revisione dell'attuale regolazione del lavoro pubblico, inteso a superarne limiti, contraddizioni e ambiguità, al fine di conferire ad esso un assetto più lineare ed armonico.

Occorre, peraltro, precisare due punti. In primo luogo, se la finalità è quella di razionalizzare il quadro normativo, dando ad esso coerenza, bisogna indicare con chiarezza la direzione verso la quale dovrebbero orientarsi le innovazioni da introdurre, e quindi stabilire a quale modello, a quale tipo di regime giuridico si dovrebbero conformare nel loro insieme le disposizioni concernenti i diversi profili della materia.

In secondo luogo (ma questa è una premessa più ovvia), è ormai a tutti evidente che molti dei problemi del nostro sistema amministrativo – e della gestione del relativo personale – non derivano dallo stato della normativa e, di conseguenza, solo in misura limitata possono essere risolti attraverso una integrazione o una riscrittura delle disposizioni legislative.

Ciò non toglie che in riferimento a vari istituti si renderebbero opportune modifiche tali da mettere ordine nell'apparato delle norme che disciplinano il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, eliminandone difetti, colmando lacune e, come detto, soprattutto puntando ad una sua razionalizzazione: una razionalizzazione, una risistemazione, ma non una palingenesi. Per riprendere una formula già proposta in altre occasioni, dovrebbe trattarsi di una operazione di “manutenzione straordinaria” o, al massimo, di “restauro e risanamento conservativo”, che realizzi una ricucitura del tessuto normativo, eliminando strappi, incongruenze e superfetazioni e introducendo anche elementi innovativi, ma congruenti con l'impianto complessivo già definito: pertanto, non si dovrebbe pensare – anche ammesso che questa stagione politica lo consenta, il che appare poco credibile – ad una nuova riforma generale o ad una modifica strutturale degli attuali dati normativi, comparabile a quanto avvenuto con la prima privatizzazione del 1992-1993, con la seconda privatizzazione del 1997-1998 o, più di recente, con la c.d. “riforma

Brunetta” del 2009 (quest’ultima, peraltro, difficilmente qualificabile come un intervento riformatore organico e con una chiara e unitaria ispirazione, al di là di un generico pregiudizio antisindacale e, quindi, anticontrattuale, che, ovviamente, è qualcosa di pre e metagiuridico).

3. *L’implausibilità del ritorno a un regime pubblicistico e la tendenza alla “funzionalizzazione” della contrattazione*

Questo significa, per quello che riguarda la logica che presiede e/o dovrebbe presiedere alla disciplina del lavoro pubblico, che non convince l’ipotesi – riemersa più volte nella discussione fra gli studiosi, sia pure in forme e con accenti diversi – del ritorno ad un regime pubblicistico: ragionare sulla proponibilità di una tale opzione, chiaramente, presuppone una lettura delle modifiche al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 introdotte nel 2009 che non vede in esse i caratteri, appunto, di una già avvenuta “ripubblicizzazione” (come sostenuto da una parte, peraltro minoritaria, della dottrina), essendosi trattato piuttosto della introduzione di più ampi e consistenti elementi di specialità in un regime che però è rimasto, in linea di principio, privatistico-contrattuale.

Per esprimere ed argomentare compiutamente i motivi che fanno dubitare dell’opportunità di ripristinare un modello di gestione del personale retto da regole ed atti di diritto pubblico si richiederebbero uno spazio ed un livello di approfondimento sicuramente superiori a quelli qui a disposizione: si può osservare, in estrema sintesi, che una scelta di questo tipo rimetterebbe in discussione un percorso ordinamentale non lunghissimo (tra l’altro, come è stato giustamente rilevato, venti anni costituiscono un periodo troppo breve per dare un giudizio definitivo sugli esiti di una riforma strutturale), ma che ha dato luogo ad un sistema che, nei fatti e nella percezione soggettiva dei protagonisti della vicenda, ormai appare consolidato nella sua configurazione privatistico-contrattuale, pur con tanti limiti e criticità, ai quali da ultimo si è aggiunta la “messa in sonno” dei suoi principali strumenti (i contratti collettivi). Non sembra davvero il caso di aprire, specie in una congiuntura economica, sociale ed istituzionale così incerta e delicata, un fronte di instabilità nel governo di un pezzo fondamentale del mondo del lavoro quale è quello dell’impiego pubblico, oltretutto connesso strettamente con il funzionamento degli apparati pubblici (si pensi solo a quanti problemi teorici, ma soprattutto pratici, porrebbe un nuovo, inevitabile, cam-

bio di giurisdizione, al di là del favore con cui sarebbe sicuramente accolto da tanti amministrativisti).

Ma, a parte questo ordine di considerazioni – ed oltre a dover ricordare che quella che si reggeva sul vecchio regime pubblicistico, segnata (secondo ben noti ed autorevoli giudizi) dal paternalismo autoritario e dallo scambio scellerato al ribasso fra politica e amministrazione, non era certo un’”età dell’oro” –, sinceramente continua ad essere difficile comprendere quale finalità e quale significato dovrebbe avere l’ipotizzato mutamento di regime: andrebbe, o vorrebbe andare, nella direzione di un rafforzamento delle garanzie di dirigenti ed impiegati pubblici, oppure in quella del ripristino di una maggiore autorità, dell’assegnazione di più forti poteri alla parte datoriale, che in ultima istanza coincide con gli organi politici?

Ovviamente il discorso, come si dirà, assume una connotazione e modulazione particolare per la dirigenza (partendo dalle riflessioni di Massimo Severo Giannini ed arrivando alle posizioni assunte da ultimo da Mario Rusciano, sulle quali di recente ha richiamato l’attenzione Sabino Cassese), ma il tema di fondo sembra porsi negli stessi termini anche per l’insieme dei dipendenti delle amministrazioni.

In realtà – come ha acutamente rilevato Lorenzo Zoppoli – la questione, forse, non sta tanto nell’alternativa fra regime di diritto pubblico o di diritto privato, bensì in quella fra un sistema imperniato su strumenti contrattuali che vedono un equilibrato rapporto fra le parti ed uno che, attraverso un *mix* fra ripristino di una dominanza della legge e interpretazione “funzionalizzata” della contrattazione, tende nei fatti a realizzare una gestione autoritaria, unilaterale del personale: tanti interventi di modifica normativa dell’ultimo periodo (quelli ricompresi nel “decreto Brunetta” 27 ottobre 2009 n. 150, ma anche quelli contenuti in una ormai lunga sequenza di leggi di manovra finanziaria) convergono in tale direzione.

Secondo questa lettura, che appare pienamente condivisibile, ciò che da parte di alcuni si prospetta, e che si è cercato di cominciare a concretizzare con la legislazione della scorsa legislatura, non è tanto la costruzione di un organico e coerente modello neo-pubblicistico, bensì qualcosa di meno evidente, ma forse più insidioso, come tentativo di demolizione silenziosa delle riforme degli anni Novanta: da un lato – pur senza cancellare l’impianto privatistico – si toglie campo d’azione alla contrattazione (e contingentemente la si congela), dall’altro si riconverte anche il contratto a strumento di affermazione del potere dell’amministrazione nei confronti dei dipendenti. L’il-



lusione è quella di riuscire ad eliminare o marginalizzare il conflitto o, addirittura, il confronto dialettico, visto come incompatibile con una visione efficientistica dell'amministrazione, immaginando che per ottenere tale risultato – anche qui si concorda con quanto da ultimo scritto da Zoppoli – possa bastare la modifica di qualche disposizione normativa: si pensi all'emblematica vicenda delle previsioni del d.lgs. 165/01 sulla partecipazione sindacale, che nel volgere di pochi anni ha visto il succedersi di formulazioni diverse e di diverso segno (dal modello incentrato sulla consultazione/concertazione a quello limitato alla sola informazione, per arrivare al c.d. “*esame congiunto*”), le quali testimoniano della pretesa del legislatore di poter determinare o, quantomeno, condizionare attraverso la qualificazione formale di determinati comportamenti il concreto dispiegarsi delle relazioni industriali nel settore pubblico.

#### 4. *I necessari aggiustamenti del modello privatistico-contrattuale*

Sicuramente si è già compreso, alla luce di quanto detto, che qui si ritiene tuttora valido (e, realisticamente, non cancellabile nell'attuale fase della storia dell'impiego pubblico) il paradigma privatistico-contrattuale, centrato sulla dialettica fra parte datoriale e rappresentanze dei lavoratori. Quindi, in linea di principio, eventuali innovazioni del quadro legislativo dovrebbero tendere – rovesciando la tendenza dell'ultimo quadriennio – ad una “ripulitura” dell'edificio normativo (imperniato, ovviamente, sul d.lgs. 165/01), rettificando formulazioni poco perspicue o di incerta interpretazione e rimuovendo commistioni fra regole ispirate a logiche differenti o addirittura contrastanti.

Non dovrebbe essere, peraltro, solo una – poco praticabile – restaurazione del testo originario del decreto del 2001, che riprendeva i contenuti della c.d. “*riforma Bassanini*”: vuoi perché non si può ignorare quanto nel frattempo sopravvenuto (si pensi, ad esempio, al sistema di valutazione delle *performance* e alla nuova, ampia regolazione della materia disciplinare introdotti nel 2009), vuoi perché elementi non secondari di tale testo – dallo spazio della contrattazione ad aspetti del rapporto politica-amministrazione – meritavano, e meritano, di essere ripensati o, quantomeno, corretti, anche se le modificazioni da adottare dovrebbero idealmente ricollegarsi a quella stagione di riforma, prima del sopravvenire di interventi che, senza avere il co-

raggio e la capacità di cancellarla, hanno tentato di collocare cariche di esplosivo alla base dei suoi pilastri.

Di seguito, quindi, si cercherà di indicare qualche elemento della revisione normativa che sarebbe auspicabile, pur senza farsi troppe illusioni, lo si è detto, sulla possibilità che essa sia realizzabile nel prossimo futuro: su vari punti, peraltro, la risposta ai problemi evidenziati dovrebbe arrivare non solo e non tanto da modifiche delle disposizioni di legge, quanto, piuttosto, da interventi di altra natura (atti normativi applicativi, determinazioni organizzative e gestionali, ecc.).

Le considerazioni qui svolte e, in particolare, le proposte qui avanzate possono apparire apodittiche e presentare un carattere meramente enunciativo, in quanto non sostenute da adeguate motivazioni; esse scontano inevitabilmente e consapevolmente un elevato tasso di semplificazione, se non di genericità: ma appare difficile evitare questi limiti, in un ragionamento di ordine generale e necessariamente sintetico su una tematica estremamente complessa e controversa.

Ci si occuperà in modo più disteso delle questioni concernenti il reclutamento del personale e la dirigenza, dopo qualche osservazione preliminare sulle fonti, mentre si faranno solo rapidi richiami ad altri temi (contrattazione, mobilità, lavoro flessibile e precariato).

##### 5. *Il ruolo e lo spazio dei contratti collettivi nel sistema delle fonti*

È necessario ridefinire con chiarezza il ruolo e l'oggetto della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti del lavoro pubblico, eliminando gli elementi di oscurità e di ambiguità inseriti dalla legge 4 marzo 2009 n. 15 e dal d.lgs. 150/09 nell'art. 2, commi 2 e 3, e in altri articoli del d.lgs. 165/01.

Questo è forse lo snodo più delicato dell'intero impianto della normativa generale sul lavoro pubblico, il passaggio più rilevante e al tempo stesso più ricco di insidie dell'operazione di svuotamento per via legislativa della riforma: del resto, capziosa è stata anche la tecnica normativa utilizzata dal legislatore del 2009, con il mutamento di poche parole di una disposizione – quella sulla derogabilità di leggi e regolamenti ad opera di contratti sopravvenuti – che ne ha rovesciato il senso ed il valore. Qui, allora, non si dovrebbe fare altro che ripristinare il testo vigente fino a quel momento; altrimenti, per uscire da una situazione di confusione e di incertezza, si do-

vrebbe avere il coraggio di dichiarare la piena “rilegificazione” del rapporto di lavoro pubblico, con tutto ciò che ne conseguirebbe: davvero, su questo *tertium non datur*.

Naturalmente, andrebbero eliminate – oppure rimodulate, o quanto meno chiarite nella loro portata – le previsioni in tema di trattamento economico, relative a quelli che si possono definire come i surrogati unilaterali, seppure provvisori, dei contratti, introdotte dall’art. 40, co. 3-ter, e dall’art. 47-bis, e richiamate nell’art. 2, co. 3.

Meritevole di ripensamento, nella stessa logica, è anche il non meno enigmatico enunciato dell’art. 40, co. 1, nella versione introdotta dal d.lgs. 150/09, che assegna ai contratti collettivi non più la disciplina complessiva – fatti salvi gli elementi di specialità indicati dallo stesso d.lgs. 165/01 – del rapporto di lavoro, ma solo la determinazione dei diritti e degli obblighi “*direttamente pertinenti a tale rapporto*”: qualificati commentatori hanno già ampiamente dimostrato a quali esiti negativi e a quali distorsioni, in termini di chiarezza e certezza dell’assetto delle fonti, possa condurre una tale ridefinizione dell’ambito di operatività della contrattazione (si è richiamata, non a caso, la “confusa dinamica” dei rapporti fra fonti pubblicistiche e fonti negoziali scaturita dalla legge quadro 29 marzo 1983 n. 93); se ancora non ci si è accorti di ciò, se ancora non si sono potuti valutare gli effetti della riformulazione del testo normativo, è solo perché dal 2009 ad oggi contrattazione, in concreto, non ce ne è stata.

Ci sarebbero, poi, da proporre alcune osservazioni sul significato, più o meno innovativo e onnicomprensivo, della previsione, sempre derivante dalla “riforma Brunetta”, sul carattere imperativo assegnato a tutte le disposizioni del decreto legislativo, e soprattutto di quella sulla sostituzione automatica di clausole contrattuali nulle con le norme di legge: su questo punto, tra l’altro, è stato posto il problema della difficoltà di trovare sempre una indicazione legislativa utilizzabile a tal fine. Ma occorre passare ad altri temi.

#### 6. *I soggetti, la struttura, l’articolazione e i contenuti della contrattazione (da ripristinare)*

Alcuni profili della problematica della contrattazione collettiva possono richiedere correzioni del dato normativo. Altri, invece, non toccano tanto la disciplina legislativa della contrattazione, bensì la sua dimensione applicativa, per come si prospetta nella fase attuale.

Quanto ai primi, si dovrebbe provvedere alla definizione di una disciplina più precisa e cogente sui soggetti della contrattazione, specie per quanto attiene a quella decentrata, allo scopo di garantire, su un versante, la piena autonomia della parte datoriale pubblica, e definire meglio, sull'altro, identità e responsabilità della controparte sindacale<sup>1</sup>.

Nelle amministrazioni che hanno difficoltà a realizzare le indicazioni del piano delle *performance* concernenti – direttamente o indirettamente – la gestione del personale, si potrebbe pensare a meccanismi (come la creazione di un corpo di negoziatori “esterni”) che contribuiscano alla verifica o alla correzione delle prassi contrattuali che si rivelino inadeguate.

Occorrerebbe operare un alleggerimento delle regole normative sulla struttura e sull'articolazione dei contratti nazionali: così, andrebbero eliminati, o almeno limitati, gli eccessivi vincoli legali alla individuazione di comparti ed aree, ripristinandone la definizione per via contrattuale, seppure nel rispetto della logica di riduzione del numero indicata dal d.lgs. 150/09.

Nello stesso senso, si dovrebbe avviare un processo di ricomposizione delle sedi della contrattazione integrativa, che rovesci la tendenza ad una loro sempre più accentuata “frammentazione”, individuando livelli intermedi e sperimentando anche ipotesi di negoziazione decentrata che coinvolgano il personale di comparti diversi, laddove questo possa risultare utile al fine di potenziare e migliorare la qualità dell'azione delle amministrazioni e dei servizi da esse erogati, tenendo conto delle loro peculiarità sotto il profilo economico e organizzativo.

Ci sono, infine, altri elementi della normativa che richiederebbero almeno l'adozione di norme di carattere interpretativo. Ad esempio, in attesa del riavvio della contrattazione nazionale, si dovrebbe chiarire il valore ed il significato di quanto stabilito dall'art. 65 del d.lgs. 150/09 e dall'art. 5 del d.lgs. 1 agosto 2011 n. 141 in ordine ai termini di vigenza e all'”adeguamento” dei contratti integrativi firmati successivamente all'entrata in vigore dello stesso d.lgs. 150/2009. Così pure, come accennato, andrebbero precisati – e qui, forse, andiamo al di là della mera dimensione interpretativa – l'ambito ed i limiti di applicazione del ricorso alla regolamentazione unilaterale in caso di mancato

<sup>1</sup> Questa e altre delle osservazioni che seguono, riguardo al tema della contrattazione collettiva ed a quello relativo ad organici e mobilità, riprendono in larga parte le idee sviluppate nel capitolo su “*Pubblica amministrazione: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*” (redatto da un gruppo di lavoro coordinato da D'ALESSIO e MERLONI) del volume di ASTRID, “*Per il governo del Paese. Proposte di politiche pubbliche*”, Passigli Editori, 2013.

accordo per la stipulazione di un contratto integrativo, previsto dall'art. 40, co. 3-ter, del d.lgs. 165/01.

Quanto alle problematiche di ordine applicativo ed attuativo delle previsioni legislative, in primo luogo si imporrebbe, come naturale condizione prioritaria, il superamento del blocco totale della contrattazione collettiva: nell'immediato, appare improbabile che tale ipotesi possa realizzarsi, almeno per quanto attiene alla parte economica, ma se non ci si muove in tale direzione qualunque altro ragionamento perde di senso.

Una volta ripristinato (auspicabilmente) lo strumento contrattuale, andrebbero definiti in sede intercompartimentale gli istituti contrattuali utili al fine di affrontare gli effetti dei processi di riordino organizzativo richiesti da esigenze di miglioramento dell'efficienza e di razionalizzazione dei costi delle pubbliche amministrazioni, oltre che esplicitamente imposti da recenti provvedimenti legislativi (come il d.lgs. 6 luglio 2012 n. 95 sulla c.d. *spending review*).

Andrebbe pure valutata la possibilità di far luogo ad una ragionevole diversificazione dei trattamenti, con il superamento di una situazione di assoluta uniformità, introducendo la possibilità di procedure negoziali individualizzate – anche se sussidiarie, e non alternative, rispetto a specifiche discipline contenute nei contratti collettivi di comparto o integrativi – per l'alta dirigenza e per elevate professionalità: una indicazione, questa, che del resto riprende l'ispirazione originaria dei decreti attuativi della “legge Bassanini” 15 marzo 1997 n. 59, poi abbandonata in sede interpretativa e nella successiva prassi applicativa.

Appare, altresì, indispensabile – sulla scorta della recente revisione delle disposizioni degli artt. 5 e 6 del d.lgs. 165/01 (apportata dall'art. 2, co. 17 e 18, del d.l. 95/12) – definire nei futuri contratti collettivi nazionali un chiaro sistema di relazioni sindacali, riqualificando le modalità di partecipazione dei lavoratori e delle loro istanze rappresentative alla elaborazione delle determinazioni organizzative e gestionali delle amministrazioni, ferma restando la garanzia delle prerogative manageriali dei dirigenti.

Al tempo stesso, si dovrebbe favorire un ruolo specifico per le organizzazioni sindacali nella definizione e nella implementazione degli strumenti intesi a rendere trasparenti i criteri dell'azione amministrativa ed a consentire la verifica della *customer satisfaction*. E andrebbero precisati ed ampliati sia i diritti di informazione delle associazioni degli utenti, sia i meccanismi volti a garantire il controllo sociale sulla correttezza e l'efficacia dell'azione amministrativa, anche per quanto attinente alla gestione del personale.

7. *La determinazione dei fabbisogni di personale e l'agevolazione della mobilità*

La “vulgata” del pensiero dominante, al quale si accennava all’inizio, afferma che i lavoratori del settore pubblico, oltre che “fannulloni”, sono troppo numerosi, in rapporto a quelli di altri Paesi europei, e troppo costosi: i dati ufficiali, come si sa, si sono preoccupati di smentire ampiamente queste affermazioni, che peraltro continuano ad essere impunemente ripetute.

Una lettura più realistica ci dice che il numero dei dipendenti pubblici italiani non è eccessivo in assoluto, se si opera un confronto con la realtà delle altre amministrazioni europee, e oltretutto, come sopra segnalato, negli ultimi anni ha conosciuto una consistente riduzione (così come si è ridotta la spesa pubblica relativa al personale). Essi, però, sono male distribuiti e, soprattutto, poco produttivi: la scarsa produttività è, di volta in volta, collegata alle carenze e alle rigidità degli assetti organizzativi, alla poca chiarezza delle funzioni e dei compiti assegnati, all’arretratezza delle procedure e degli strumenti operativi, all’impreparazione e allo scarso livello di professionalità, alla demotivazione, alle resistenze sindacali, oltre che, ovviamente, al ridotto impegno di una quota non irrilevante, seppure minoritaria, degli stessi dipendenti. Di qui tutto il dibattito – e gli interventi legislativi più o meno felici – che investono i temi della mobilità, della retribuzione legata al merito, della formazione, e così via.

Andrebbe definita, in via preliminare, la reale consistenza dei fabbisogni di personale delle amministrazioni, prendendo in considerazione l’incidenza dei richiamati processi di riorganizzazione degli apparati pubblici sugli organici, e prestando particolare attenzione, specie per quanto riguarda le amministrazioni territoriali, ai processi di riforma ordinamentale (soppressione/riduzione/trasformazione delle province, gestione associata dei servizi locali, dimensionamento dei comuni, individuazione di livelli ottimali di esercizio delle funzioni, ecc.): il che consiglierebbe la individuazione a livello regionale di un quadro delle esigenze complessive.

Sulla base della identificazione dei fabbisogni, a parte il profilo riguardante la mobilità, andrebbero verificati la praticabilità e le modalità di riapertura di una fase mirata di *turnover*, privilegiando le professionalità tecniche e bandendo concorsi per esami e per titoli, che consentano l’inserimento di giovani qualificati nei ranghi del personale pubblico. Va sottolineato che non si può lamentare l’invecchiamento dei quadri amministrativi e al tempo stesso impedire, bloccando le assunzioni, l’immissione di nuovo personale, portatore

tra l'altro di maggiore dinamismo, di nuove competenze e di diversi modelli culturali.

Potrebbe risultare utile anche in riferimento all'ipotesi dei "concorsi unici" per il reclutamento (della quale si dirà tra breve) la creazione di "albi unici", sia dei dirigenti che dei dipendenti, che agevolino la mobilità fra diverse amministrazioni, a livello sia statale che regionale e locale.

Andrebbe rivisitata nel suo insieme l'attuale normativa sulla mobilità (frutto dell'affastellarsi di numerosi interventi legislativi), prevedendo meccanismi che favoriscano e incentivino la mobilità volontaria e ripristinando forme di partecipazione sindacale nelle procedure di mobilità collettiva. In particolare, è auspicabile l'istituzione di "cabine di regia", da collocare presumibilmente in una dimensione regionale, per il governo dei processi di mobilità guidata, conseguenti alla rideterminazione degli organici delle diverse amministrazioni presenti sul territorio, e la definizione di forme di monitoraggio della loro azione. E, soprattutto, andrebbe fatta una volta per tutte chiarezza, superando i dubbi emersi a livello applicativo e anche in sede giurisprudenziale, sui rapporti o, per meglio dire, sull'ordine di priorità fra attivazione di procedure di mobilità, indizione di nuovi concorsi e utilizzazione delle graduatorie di precedenti selezioni concorsuali.

#### 8. *I sistemi di reclutamento del personale: possibili revisioni del modello del concorso pubblico*

Riguardo alle modalità di reclutamento, va riaffermata con nettezza l'esigenza – peraltro reiteratamente richiamata dalla giurisprudenza costituzionale – di rispettare il principio del concorso pubblico come sistema normale di accesso ai pubblici impieghi, ma tenendo conto del fatto che la stessa nozione di concorso non ha più contorni univoci, in quanto tale strumento si è evoluto nel tempo, anche e soprattutto con riferimento alle modalità di espletamento: dunque, lo strumento concorsuale può assumere molteplici forme.

La conferma della centralità del modello concorsuale e, anzi, l'estensione della sua sfera di applicazione, rendono ancora più stringente l'esigenza di fare i conti con le evidenti patologie che affliggono la concreta esperienza dell'attuazione delle procedure selettive: adempimenti formali gravosi e spesso inutili; lunghezza esagerata dei tempi di svolgimento; introduzione di

*test* preselettivi – volti ad effettuare una prima “scrematura” dei candidati in concorsi sovraffollati – che risultano aleatori nei loro esiti e producono frustrazione nei partecipanti, sottoposti a prove snervanti e delle quali spesso è difficile cogliere il valore e il significato; difficoltà per le amministrazioni di identificare, attraverso meccanismi complessi e farraginosi, i soggetti realmente più preparati.

Anche se è piuttosto arduo indicare terapie in grado di affrontare nel loro insieme i profili problematici delle selezioni concorsuali, è possibile individuare alcuni elementi utili ad eliminare, o almeno a ridurre, il peso negativo delle criticità segnalate: anche qui, si tratta di interventi che solo in parte investono la dimensione legislativa, ma meritano comunque di essere, sia pure sinteticamente, richiamati<sup>2</sup>.

In primo luogo, è auspicabile una valorizzazione della previsione normativa (art. 35, co. 5, del d.lgs. 165/01) secondo la quale “*i concorsi pubblici per le assunzioni nelle amministrazioni dello Stato e nelle aziende autonome si espletano di norma a livello regionale*”. Dallo svolgimento dei concorsi a livello decentrato, che non è stato finora coerentemente ed organicamente praticato, può derivare una più omogenea distribuzione del personale sul territorio nazionale. Inoltre, la regionalizzazione dei concorsi dovrebbe contribuire a contenere il fenomeno del “sovraffollamento” degli stessi, con un risvolto positivo in termini di snellezza, celerità e trasparenza delle procedure di selezione.

In connessione con la prospettiva del decentramento, andrebbe ripresa l’idea – illustrata nel “Rapporto Giannini” del 1979 e richiamata dall’“Intesa sul lavoro pubblico” del 2007 – di svolgere “concorsi unici” comuni a diverse amministrazioni per le medesime qualifiche funzionali: dovrebbe scaturirne un elenco di “idonei”, da collocare in apposita graduatoria di merito, alla quale le amministrazioni potrebbero attingere in qualsiasi momento, mano a mano che si verificano vacanze nei rispettivi organici.

L’idea della realizzazione di concorsi “idoneativi” unici potrebbe trovare un campo di applicazione particolarmente proficuo nella realtà delle amministrazioni regionali e locali. Si potrebbero organizzare concorsi unici su base

<sup>2</sup> Vengono qui riprese le considerazioni che si è avuto modo di svolgere nella sezione sulla riforma dei sistemi di reclutamento del documento del 22 gennaio 2013 su “*Superamento del precariato e riforma del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*”, predisposto da un gruppo di lavoro promosso dal Dipartimento Settori Pubblici e dalla Consulta Giuridica della CGIL.



regionale, affidandone lo svolgimento ad un'apposita agenzia partecipata dalle amministrazioni interessate, ma indipendente dai loro vertici.

L'adozione di questo modello inciderebbe positivamente sulla moralizzazione dei sistemi selettivi, poiché la sottrazione alle singole amministrazioni della possibilità di gestire autonomamente propri concorsi aumenterebbe l'imparzialità delle scelte. Ma ne sono evidenti i potenziali effetti anche in termini di economicità procedurale e di razionalizzazione delle strutture pubbliche: infatti, al posto di decine e decine di "uffici concorsi" si potrebbe avere un'unica struttura, tecnicamente qualificata, che ottimizzi le procedure e operi in modo chiaro ed obiettivo, in quanto separata dai vertici delle amministrazioni e per questo, come detto, meno sensibile ad influenze clientelari.

In questa direzione, una novità di notevole rilievo è ora intervenuta grazie all'emanazione del regolamento sul riordino del sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle scuole pubbliche di formazione, approvato con il d.P.R. 16 aprile 2013 n. 70, attuativo dell'art. 11 del d.l. 95/12, dove si prevede che il reclutamento dei funzionari nelle amministrazioni statali e negli enti pubblici istituzionali e di ricerca avvenga, fino alla metà dei posti risultanti dalla preventiva verifica dei fabbisogni di personale nell'insieme di dette amministrazioni, tramite corso-concorso bandito dalla SNA-Scuola nazionale dell'amministrazione (nuova denominazione della SSPA-Scuola superiore della pubblica amministrazione) e/o dalle altre scuole pubbliche di formazione: coloro i quali superano l'esame finale del corso-concorso vengono assegnati alle amministrazioni di destinazione, scelte in base alla graduatoria di merito.

Tornando al tema dei concorsi, è importante intervenire sui bandi con i quali essi vengono indetti e sulle loro modalità di svolgimento: commissioni indipendenti dalle amministrazioni, utilizzo di tecnologie informatiche per le preselezioni, valorizzazione dei titoli di studio e di altri requisiti di partecipazione, ecc.

Le norme in vigore in materia di composizione delle commissioni di concorso – che costituiscono il punto di approdo di un processo, avviato con alcune importanti pronunce della Corte Costituzionale, diretto a superare le patologie derivanti da una struttura condizionata dalla presenza di soggetti portatori di interessi parziali, se non clientelari – stabiliscono che esse devono essere formate esclusivamente da esperti di comprovata competenza nelle materie oggetto di esame, individuati tra funzionari ammini-

strativi, docenti ed estranei alle amministrazioni, che non ricoprono cariche politiche o sindacali. Il problema, ancora una volta, sta nella traduzione di questi principi e criteri ispiratori in concrete scelte applicative. Ma la normativa potrebbe e dovrebbe farsi carico di un altro elemento di criticità: bisognerebbe evitare – specie nel caso di selezioni che vedono la partecipazione di candidati interni – di attribuire nella composizione delle commissioni un peso determinante alla presenza di funzionari dell'amministrazione che (fuori dello spazio di operatività degli ipotizzati “concorsi unici”) avvia il reclutamento, per evitare il rischio di favoritismi da parte di valutatori che, quasi inevitabilmente, sono portati ad avere una particolare sensibilità per le “voci di dentro”. È necessario, in generale, “allontanare” le procedure concorsuali dai responsabili delle amministrazioni interessate, per garantire l'imparzialità delle selezioni: anche a questo fine, può risultare utile l'unificazione dei concorsi.

Richiederebbero una revisione anche le modalità tecniche di espletamento dei concorsi, ispirate ad una logica formalistica che per più aspetti sembra confliggere con il principio di non aggravamento dei procedimenti amministrativi, posto già dalla legge 7 agosto 1990 n. 241.

Anzitutto, si dovrebbero operare alcuni correttivi ai contenuti dei bandi di concorso, spesso inadeguati nella indicazione dei requisiti di partecipazione, dei titoli da valutare, della tipologia delle prove d'esame e dei criteri di assegnazione dei punteggi. Inoltre, si dovrebbe intervenire sulla definizione dei contenuti e dei modi di svolgimento delle prove preselettive, che, come si è già rilevato, nella loro configurazione attuale non garantiscono un'effettiva selezione dei soggetti migliori: troppo spesso si ha la sensazione di una casualità degli esiti delle preselezioni, che rischiano di premiare i candidati dotati di mere capacità mnemoniche rispetto a quelli in possesso di effettivi requisiti culturali e attitudinali.

Andrebbe, poi, valorizzata – partendo da interessanti esperienze già realizzate – la possibilità di avvalersi di sistemi ampiamente, se non totalmente, informatizzati e “de-materializzati”: ne deriverebbero esiti positivi in termini sia di snellimento e rapidità delle procedure che di trasparenza e oggettività dei risultati.

Infine, per ridurre il carattere pletorico delle schiere dei partecipanti ai concorsi, e per evitare la proposizione di selezioni (e, soprattutto, preselezioni) caratterizzate da contenuti generici in considerazione della disomogeneità dei partecipanti, si dovrebbe attribuire un peso maggiore alla valutazione

preventiva, in sede di ammissione, dei requisiti culturali e professionali dei candidati. Andrebbe, inoltre, verificato se e come tenere conto, in sede concorsuale, della posizione di quanti abbiano già esperienze di lavoro nelle amministrazioni (c'è qui, chiaramente, un collegamento con il delicato problema dell'assorbimento del precariato, sul quale ci si soffermerà più oltre).

In relazione al tema della valutazione dei requisiti culturali, assume una specifica rilevanza la questione dei titoli di studio richiesti per l'accesso agli impieghi. Senza entrare nel merito della dibattuta problematica del "valore legale", va sottolineato che l'obbligo del possesso di determinati titoli di studio per la partecipazione ai concorsi pubblici si configura – pur con tutti i limiti evidenziati dalla pubblicistica che negli ultimi anni ha argomentato le ragioni che ne consiglierebbero l'eliminazione – come una sorta di preselezione, tutt'altro che inutile, circa la qualità delle competenze di cui il soggetto candidato al posto può presumersi dotato. Pertanto, è da ritenere che il rilievo dei titoli di studio posseduti dai candidati ai concorsi, anziché essere annullato o ridimensionato, meriterebbe di essere non solo riaffermato, ma riqualificato e precisato (specie con riferimento ai titoli universitari e post-universitari). In tal modo si raggiungerebbe il duplice obiettivo di ridurre l'affollamento delle prove concorsuali e di restringere il bacino all'interno del quale svolgere la selezione; inoltre, si renderebbero più omogenei i bagagli culturali dei partecipanti, agevolando la valutazione comparativa tra di essi.

Per quanto riguarda il quesito sul valore da attribuire all'esperienza professionale maturata, tenendo in considerazione quanto previsto nel d.l. 1 luglio 2009 n. 78 (convertito nella legge 3 agosto 2009 n. 102) e nella legge 24 dicembre 2012 n. 228 (legge di stabilità per il 2013), occorre individuare le modalità opportune per la valutazione di tale elemento come requisito per l'accesso agli impieghi, valorizzando in tal modo nell'immediato il lavoro già svolto, e per la sua utilizzazione come requisito utile ai fini della collocazione nelle graduatorie. Tutto ciò, naturalmente, senza trascurare – ma, anzi, mettendo in primo piano – l'obiettivo dell'inserimento nelle amministrazioni di forze nuove, costituite da giovani preparati e motivati.

Andrebbe, invece, senza dubbio eliminato, fra i requisiti di partecipazione, il riferimento alla "residenza", inserito dall'art. 51 del d.lgs. 150/09 nell'art. 35 del d.lgs. 165/01, con l'introduzione del comma 5-ter, in base al quale: *"il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti*

*non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato*”. La previsione ha suscitato notevoli perplessità, perché c’è una contraddizione tra la riaffermazione della garanzia della parità di condizioni nell’accesso e la possibilità di discriminare i concorrenti in base al luogo di residenza: la residenza può costituire un elemento significativo per definire la posizione dei vincitori dei concorsi nel momento in cui entrano al servizio dell’amministrazione, in considerazione delle funzioni da esercitare; non si comprende, invece, perché essa possa e debba assumere rilevanza *ex ante* come requisito di partecipazione. Un’indicazione di questo genere risulta nettamente contrastante con i principi di imparzialità e di buon andamento, limitando pretestuosamente la partecipazione ai concorsi, e quindi la possibilità di selezionare i soggetti più meritevoli; peraltro, emergono profili di incostituzionalità in relazione non solo all’art. 97, ma anche agli artt. 3 e 51 Cost. (nonché all’art. 117, in relazione all’obbligo di rispettare gli obblighi derivanti dall’ordinamento europeo, tra i quali figurano la parità di trattamento tra i lavoratori nell’ambito dell’Unione e il divieto di discriminazioni basato sulla nazionalità, applicabile anche agli impieghi nel settore pubblico). In passato la Corte Costituzionale non ha escluso che l’accesso in condizioni di parità ai pubblici uffici possa subire deroghe con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti: ha precisato, però, che deve trattarsi di situazioni particolari e contingenti, il che non sembra giustificare l’introduzione di un principio legislativo di ordine generale. Ne deriva l’esigenza di abrogare questa incongrua e inaccettabile disposizione discriminatoria, ripristinando una vera parità di accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni per tutti i cittadini italiani e per quelli degli Stati membri dell’Unione europea, e cogliendo l’occasione per avviare una riflessione sul superamento dell’esclusione generalizzata degli stranieri non comunitari dagli impieghi pubblici.

Oltre alle innovazioni in tema di concorsi pubblici, da ultimo è emersa una proposta di ampliamento delle ipotesi – già previste nell’art. 35 del d.lgs. 165/01 – di assunzione mediante chiamata numerica dalle liste dei centri per l’impiego. Oggi questa strada – che ha il pregio della rapidità, della semplicità, del “costo zero” per le amministrazioni – è possibile esclusivamente per “*le qualifiche e i profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell’obbligo*”. È stata avanzata l’idea, tutta da verificare, di un’estensione dell’accesso agli impieghi tramite liste di collocamento a tutti i profili lavorativi per cui non sia necessario il possesso della laurea, ma che richiedano particolari requisiti di professionalità applicata; escludendo, però, i profili che implicano l’iscri-

zione ad ordini, collegi o albi professionali o attengono a particolari funzioni specificate dalla legge, come quelle comportanti l'esercizio di particolari poteri autoritativi. Naturalmente, rimarrebbe in vigore l'obbligo di sottoporre i "chiamati" a prove di idoneità professionale, solo a seguito delle quali sarebbe possibile l'accesso.

### 9. *Gli istituti di lavoro flessibile e il problema del precariato*

Al tema del reclutamento si connette quello riguardante l'utilizzazione degli istituti di lavoro flessibile e la soluzione della *vexata quaestio* del precariato. Argomento arduo da affrontare, specie per chi ha consuetudine soprattutto con le categorie del diritto amministrativo: quindi, ci si limita a riprendere alcune riflessioni scaturite da un lavoro che ha visto convergere gli apporti di amministrativisti e lavoristi (ed al quale, per gli aspetti qui considerati, questi ultimi hanno fornito il contributo maggiore)<sup>3</sup>.

Come è noto anche ai non addetti ai lavori, il nodo fondamentale da sciogliere per affrontare il complesso, controverso e, per certi aspetti, drammatico problema del precariato nel settore pubblico riguarda la disciplina del lavoro a tempo determinato: soprattutto da qui, infatti, è derivata la patologica espansione del fenomeno che ha caratterizzato gli ultimi anni (ma partendo da uno *stock* consistente già consolidatosi in precedenza); così come sono state proprio le vicende riguardanti i lavoratori a termine (e le ipotesi di "stabilizzazione" degli stessi), a produrre un'ampia serie di controversie giudiziali, sia in sede nazionale – a partire dai giudici di merito per arrivare al giudice costituzionale – che a livello comunitario.

Partendo dal presupposto che la lievitazione del numero dei contratti a tempo determinato costituisce in larga misura un surrogato dell'attivazione di contratti a tempo indeterminato, impedita o fortemente limitata dai reiterati blocchi del *turnover*, in primo luogo occorre confrontarsi con il problema dei limiti alla successione dei contratti a termine e delle proroghe degli stessi, alle quali è stato – e, presumibilmente, sarà anche nel prossimo

<sup>3</sup> Il riferimento è al già ricordato capitolo su "*Pubblica amministrazione: il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*" del volume di ASTRID, *op. cit.*, oltre che alla sezione sugli istituti del lavoro flessibile, redatta da Paola Saracini e Lorenzo Zoppoli, del già citato documento della CGIL su "*Superamento del precariato e riforma del reclutamento nelle pubbliche amministrazioni*".

futuro – indispensabile fare ricorso per evitare una caduta dei livelli quantitativi e qualitativi dei servizi erogati dalle amministrazioni.

Ma, al di là delle inevitabili decisioni di ordine contingente, è necessaria una ridefinizione delle regole normative che a regime presiedono all'istituto in questione. Si tratta soprattutto di ridefinire – attraverso previsioni legislative, ma lasciando un adeguato spazio anche alla contrattazione collettiva – le causali legittimanti le assunzioni a termine e la durata dei relativi contratti: in via generale, le assunzioni in forma diversa dal contratto a tempo indeterminato dovrebbero essere possibili solo per la copertura *pro tempore* di funzioni per le quali è stata avviata una procedura concorsuale. Fra le causali che giustificano le assunzioni a tempo determinato va considerata, in particolare, l'ipotesi relativa a quelle che si inseriscono in processi di organizzazione/riorganizzazione delle strutture pubbliche e delle loro modalità operative, in quanto finalizzate all'acquisizione di specifiche professionalità in grado di favorire un miglioramento dei livelli di efficienza delle amministrazioni e dei servizi da esse resi ai cittadini.

Una più razionale regolazione e utilizzazione dei contratti a termine, come è stato opportunamente rilevato, inciderebbe in termini riduttivi sulla diffusione delle collaborazioni coordinate e continuative (co.co.co.), che verrebbero limitate ai contratti “a progetto” per particolari professionalità, e delle altre forme “anomale” di impiego di personale temporaneo (si pensi all'abnorme ricorso alle “partite IVA”, motivato con l'esigenza di sfuggire ai vincoli normativi e procedurali che ostacolano, o rendono meno conveniente, la costituzione di rapporti di lavoro subordinato).

Un ragionamento di prospettiva sulla situazione dei lavoratori assunti a termine non può trascurare, anche al di là della individuazione di soluzioni per la questione del precariato, l'esigenza di non disperdere l'esperienza da essi maturata nelle amministrazioni pubbliche (e l'investimento da queste fatte su di loro). Ne deriva l'opportunità di avviare – a partire dalla verifica dei profili di costituzionalità – una riflessione sulla fattibilità del passaggio dal rapporto a tempo determinato al rapporto a tempo indeterminato, almeno nelle situazioni nelle quali la reiterazione dei contratti a termine è talmente costante e continuativa da configurare una relazione durevole, se non consolidata: tale passaggio, comunque, non potrebbe tradursi in una conversione automatica senza verifiche e procedure selettive.

Nella medesima logica della creazione di percorsi che conducano progressivamente all'instaurazione di rapporti di lavoro stabile con le ammini-

strazioni si collocano le indicazioni di quanti sollecitano la concreta definizione delle modalità d'impiego dei contratti di apprendistato anche nei settori di attività pubblici, dando seguito a quanto previsto dall'art. 7, co. 8, del d.lgs. 14 settembre 2011 n. 167. I sostenitori di tale proposta sottolineano come in tal modo si darebbe un incentivo all'occupazione giovanile in un ambito, come quello pubblico, nel quale si lamenta il progressivo invecchiamento del personale, promuovendo un tipo contrattuale che consente una agevole e proficua gestione dei processi di graduale inserimento dei giovani, nel rispetto dei vincoli di spesa (fatta salva, naturalmente, l'esigenza di un raccordo con la disciplina delle procedure di reclutamento); e aggiungono che si consentirebbe alle amministrazioni di dare una chiara finalizzazione agli investimenti nella formazione professionale. In alternativa, e agli stessi fini, si è richiamata la possibilità di rilanciare, dando ad esso una nuova configurazione, il modello dei contratti di formazione-lavoro, che fin qui, per la verità, ha avuto un'applicazione insoddisfacente e, spesso, un uso distorto e strumentale.

Infine, va segnalata l'esigenza di accompagnare l'adozione di criteri chiari e rigorosi per l'utilizzazione dei contratti a termine e delle altre forme di flessibilità nel lavoro pubblico con la previsione di severe sanzioni per i responsabili di assunzioni (o modalità di impiego del personale) illegittime: quindi, per il dirigente che abbia assunto tali decisioni, ma anche per l'organo di governo che, con il suo comportamento, abbia determinato o consentito le irregolarità e gli abusi.

#### 10. *Ipotesi di riordino della normativa sulla dirigenza pubblica*

Quello della dirigenza rappresenta uno degli aspetti più rilevanti, e più dibattuti, nell'ambito della materia del lavoro pubblico: in tanti significativi contributi, anche recenti, viene identificato come la fondamentale chiave di lettura per la formulazione di un giudizio sul quadro di riferimento scaturito dall'evoluzione legislativa degli ultimi decenni in tale settore e come la questione decisiva da affrontare per superarne le criticità<sup>4</sup>.

Non si può non condividere questa particolare sensibilità per la tematica

<sup>4</sup> Per un più ampio svolgimento delle riflessioni qui proposte e delle ipotesi di riforma qui prospettate si rinvia a quanto si è avuto modo di scrivere nel paragrafo su "*Il ruolo e lo status della dirigenza*" del paper di ASTRID-Istituto dell'Enciclopedia Italiana su "*Ammodernamento della Pubblica Amministrazione, crescita e competitività del Paese*", 2013, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

della dirigenza, tanto più da parte di chi legge le questioni riguardanti il personale nel contesto delle vicende concernenti l'organizzazione e il funzionamento degli apparati amministrativi; così come, sicuramente, vanno considerate con attenzione le posizioni di quanti evidenziano le numerose carenze presenti nella normativa attualmente in vigore.

Se appaiono meritevoli di ripensamento o, comunque, di correzione vari aspetti della regolazione del personale dirigenziale quali scaturiti dalla varie riforme e controriforme del recente passato, non sembrano, però, convincenti ipotesi (pure provenienti da alcune delle voci più qualificate della dottrina, con alle spalle riferimenti dotati del massimo livello di autorevolezza) intese ad una sostanziale cancellazione del modello scaturito da tale processo, con il ritorno – per tutti i dirigenti, o per una parte di essi – ad un regime pubblicistico. Le ragioni di questa perplessità sono in parte quelle richiamate in riferimento alle tesi volte a “ripubblicizzare” in generale il lavoro pubblico (si tratta di capire se il rientro della dirigenza nella sfera del diritto pubblico dovrebbe servire a garantirla meglio oppure a rafforzare la presa su di essa della politica, magari in ragione di una eterogenesi dei fini), in parte riguardano la difficoltà di comprendere i caratteri e l'ambito soggettivo di riferimento di tali proposte (andrebbero “ripubblicizzati” tutti i dirigenti, solo quelli di vertice oppure solo quelli di base?).

Anche per la dirigenza, quindi, sembra preferibile adottare la tecnica della manutenzione straordinaria o del restauro conservativo della normativa attuale, restando dentro il modello privatistico e dando (o restituendo) ad esso maggiore coerenza e linearità.

Tutto ciò, partendo da una premessa: per la dirigenza, ancor più che per altri aspetti della materia del personale pubblico, l'idea che le difficoltà di funzionamento del sistema dipendano dai dati legislativi, e possano essere risolte mutando tali dati, è assolutamente illusoria. Più che fattori di ordine normativo, infatti, contano elementi strutturali, la storia di lungo periodo delle relazioni fra politica e dirigenza, i caratteri della compagine dirigenziale quale si è costruita nel tempo, la “cultura” che essa esprime, il suo *modus operandi*, e così via. Quindi, puntare l'indice esclusivamente contro certe scelte compiute dal legislatore, o pensare di dare un “soffio vitale” ad una dirigenza in sé debole e inerte (o concepita come tale) dotandola, attraverso disposizioni di legge, di più energici strumenti di intervento contro le “prevaricazioni” sindacali e l'”accidia” dei dipendenti, e minacciandola di sanzioni se non li utilizza – questa è, evidentemente, l'impostazione del “decreto Bru-



netta” – può portare a grandi delusioni, o addirittura produrre risultati controproducenti: cioè, tanto più se si dimentica di affrontare, o si mette in secondo piano, il punto critico fondamentale, cioè il rapporto con l'autorità politica.

Peraltro, la consapevolezza del carattere tutt'altro che risolutivo di interventi di tipo legislativo in tema di dirigenza pubblica non esclude l'utilità, se non la necessità, di apportare una serie di miglioramenti, niente affatto marginali, alle norme vigenti: si può, quindi, tentare di passarli sinteticamente in rassegna.

Occorre, in primo luogo, riaffermare in modo compiuto e inequivocabile – contro i ritornanti tentativi di compressione dello spazio deliberativo dei dirigenti – il principio di netta distinzione fra la funzione di indirizzo politico-amministrativo e l'esercizio dell'attività amministrativa. Tale principio non entra in contraddizione con il principio democratico, ma si pone rispetto ad esso in una posizione di complementarietà: le amministrazioni devono attuare gli indirizzi espressi dagli organi politici, ma l'attività di amministrazione concreta e la gestione restano riservati a organi affidati a funzionari professionali (normalmente dotati di qualifica dirigenziale), dei quali vanno garantite l'imparzialità e l'indipendenza soggettiva. In tale contesto, assume uno specifico rilievo il riconoscimento ai dirigenti di una sostanziale autonomia nell'utilizzazione delle risorse finanziarie (con l'assegnazione di un *budget* da gestire e del quale rispondere).

La conferma e l'ulteriore rafforzamento del principio di distinzione rende indispensabile individuare con precisione – nella legge, e conseguentemente negli atti di organizzazione – un'area, quantitativamente limitata, della “dirigenza fiduciaria”, relativa alle posizioni di *staff*/diretta collaborazione (per le quali può parlarsi di fiduciarità “politica”) e a quelle di raccordo fra politica ed amministrazione e di coordinamento generale dell'azione amministrativa (alle quali, invece, si attaglia la qualificazione di fiduciarità “professionale”). In ordine a queste posizioni andrebbe riconosciuto un ampio potere di determinazione agli organi di governo in ordine a nomine, revoche e conferme: gli incarichi di carattere fiduciario “politico” dovrebbero essere revocabili *ad nutum*, mentre gli incarichi di tipo fiduciario “professionale” sarebbero soggetti a decadenza al termine del mandato degli organi politici (*spoils system*).

Contestualmente, si dovrebbero introdurre maggiori garanzie in ordine alla reposizione agli uffici di *line* dei dirigenti “professionali”, cioè dei sog-

getti ai quali, come recita l'art. 4, co. 2, del d.lgs. 165/01, spetta “*l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi*” e “*la gestione tecnica, finanziaria e amministrativa*” e che sono “*responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati*”.

Appare opportuna, in effetti, una revisione delle modalità di conferimento della titolarità degli uffici dirigenziali, adottando una procedura che includa – con un rafforzamento e un ampliamento di quanto stabilito dalla normativa vigente (ad esempio, attraverso l'estensione dell'area dei destinatari del c.d. “interpello”) forme di pubblicità preventiva degli incarichi “non fiduciari” da attribuire. Andrebbe anche introdotto in modo esplicito l'obbligo di procedere, specie per le funzioni ad elevato contenuto tecnico, a valutazioni comparative fra gli aspiranti agli incarichi, pur salvaguardando un adeguato margine di scelta – nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza – ai titolari del potere di conferimento.

Occorrerebbe, inoltre, valutare l'idea di inserire nel meccanismo di selezione organismi terzi rispetto al titolare del potere politico, o comunque non legati al vertice dell'amministrazione interessata, ai quali potrebbe essere assegnato il compito di operare una prima selezione delle candidature avanzate (ad esempio, nella forma di una rosa), atta a verificare il possesso dei requisiti richiesti per quel determinato incarico. La responsabilità della decisione finale, comunque, resterebbe (almeno per gli incarichi di maggiore livello) in capo all'organo politico, che nella scelta dovrebbe tenere conto anche delle proposte dei dirigenti di vertice, preposti al coordinamento complessivo dell'attività amministrativa.

Al tempo stesso, però, andrebbe presa in considerazione l'idea di ripristinare il criterio della “rotazione” nell'assegnazione degli incarichi nelle ipotesi in cui l'esigenza di cambiare i titolari degli uffici prevalga (per motivi di imparzialità o di buon andamento–efficienza) sulla scelta ordinaria di conferma dell'incarico.

Su un altro piano si pone il problema tecnico-giuridico della natura degli atti di conferimento degli incarichi, in ordine al quale va valutato se non sia il caso sciogliere per via legislativa il nodo sulla natura pubblicistica o privatistica degli atti con i quali si assegnano gli incarichi ai dirigenti.

Si dovrebbero, poi, apporre rigorosi limiti, di ordine sia quantitativo che qualitativo, alla possibilità di affidare incarichi a soggetti estranei ai ruoli dirigenziali, limitandola ai soli incarichi di livello più elevato (generale), escludendone l'attribuzione a soggetti interni alle amministrazioni, vietando la

reiterazione dell'incarico o l'affidamento di altro incarico presso la stessa amministrazione. Peraltro, va qui considerata la peculiare realtà di molte amministrazioni locali, che consiglia un processo di applicazione di tali limiti con tempi più lunghi e con modalità meno rigide: si dovrebbe, quindi, pensare all'introduzione di una specifica disciplina sul conferimento di incarichi dirigenziali "a contratto" negli enti territoriali.

Riguardo alla durata degli incarichi, si potrebbero adottare soluzioni differenziate a seconda dei diversi tipi di incarichi dirigenziali, distinguendo quelli legati all'attuazione di determinati indirizzi politico-amministrativi (che possono giustificare maggiormente la fissazione di un termine temporale) e quelli riguardanti attività di *routine* (per le quali si dovrebbe prevedere una dimensione temporale più ampia, e si potrebbe anche immaginare di attribuire incarichi senza scadenza predeterminata, salvo una verifica periodica sui modi in cui esse vengono espletate): in generale, comunque, è auspicabile – in omaggio al principio di imparzialità – un aumento della durata, che consenta di travalicare quella del mandato dell'organo politico di riferimento.

Questo appare il percorso maggiormente in linea con il principio di distinzione fra politica e amministrazione, anche se proprio negli ultimi tempi si sono moltiplicate le voci favorevoli ad una più stretta connessione della durata dell'incarico del dirigente – e, in qualche caso, della stessa durata del suo rapporto di lavoro – con quella dell'organo di governo, che dovrebbe in sostanza disporre liberamente della risorsa dirigenziale. Si tratta di posizioni che si inseriscono in una recente tendenza a stigmatizzare gli intralci, o perfino le forme di "sabotaggio" che sarebbero poste in essere dalle burocrazie rispetto alla tempestiva ed efficace implementazione delle decisioni politiche: esse, però, sembrano non fare sufficientemente i conti con i vincoli costituzionali, quali interpretati dalla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Si dovrebbe reintrodurre un onere di motivazione nei casi di mancata conferma alla scadenza degli incarichi dirigenziali, quando non connotati da valutazione negativa, ed escludere la revoca *ante tempus* di incarichi in corso per ragioni organizzative. Alcune disposizioni introdotte con le manovre finanziarie degli scorsi anni (art. 1, co. 18, del d.l. 18 giugno 2010 n. 138 e art. 9, co. 32, del d.l. 1 giugno 2011 n. 78) hanno in pratica ridato mano libera alle amministrazioni sulle mancate conferme e sulle revoche anticipate degli incarichi: tali previsioni andrebbero abrogate, vietando interruzioni e revoche che non siano legate a casi di responsabilità, introducendo l'obbligo di conferma

nell'incarico in caso di valutazione positiva o in assenza di valutazione, e ripristinando un "congruo preavviso" per le mancate conferme.

Va anche vagliata l'opportunità di introdurre istituti che compensino o, almeno, attenuino gli effetti della perdita da parte del dirigente della posizione ricoperta: in vari ordinamenti europei si prevedono forme di indennizzo pecuniario (in analogia con quanto avviene nel *management* privato), oppure la conservazione di una parte consistente della retribuzione già goduta, quando non sia possibile offrire immediatamente un incarico alternativo di uguale rilevanza o, ancora, l'impegno ad un "ritorno in gioco" agevolato del dirigente in occasione dell'assegnazione di successivi incarichi.

Va, altresì, presa in considerazione l'idea di costituire organismi di trasparenza, che operino una valutazione sulla congruità delle nomine, delle revoche e delle mancate conferme degli incarichi, in modo da favorire la creazione di una dirigenza sempre più professionale ed autonoma, che risponda esclusivamente del suo operato nell'ambito delle direttive e delle indicazioni dell'organo di vertice, ma senza essere esposta a condizionamenti o poteri di ricatto in palese contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento. Si può anche ipotizzare l'affidamento di tali compiti di verifica al Comitato dei garanti.

Chiaramente, anche in relazione a quanto appena detto, si pone il delicato problema della riqualificazione dei sistemi di valutazione dei dirigenti e dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, partendo dal modello introdotto dalla "riforma Brunetta" e tenendo conto di quanto ora previsto dall'art. 5, co. 11, del d.l. 95/12.

Il sistema di valutazione delle prestazioni delle amministrazioni e dei dipendenti pubblici, e segnatamente dei dirigenti, inserito dal d.lgs. 150/09 nell'ambito del "ciclo della *performance*", pur ispirato da una positiva volontà innovativa, alla prova dei fatti si è dimostrato eccessivamente complesso, oltre che, in qualche misura, squilibrato: in particolare, va rilevato l'eccessivo peso attribuito nelle norme e, ancor più, nella prima prassi applicativa, alla valutazione individuale, a scapito di quella organizzativa, che, invece, dovrebbe costituire il banco di prova delle capacità gestionali e operative dei dirigenti. L'attuazione è stata, fin qui, assolutamente inadeguata: si va da situazioni limite, nelle quali non sono stati neanche istituiti i relativi organi, ad altre nelle quali non sono stati adottati efficaci criteri e parametri di giudizio o, comunque, sono state realizzate forme di verifica assolutamente insoddisfacenti, quanto ai loro effetti concreti sia sul versante "premiare" che su quello "pu-

nitivo” nei confronti dei soggetti valutati, pur dovendosi segnalare non poche eccezioni positive, specie nelle amministrazioni locali (naturalmente, andrebbero considerati anche i condizionamenti derivanti dal blocco della contrattazione collettiva e dalla carenza di risorse da destinare agli istituti retributivi legati al merito e ai risultati).

Sicuramente, sarebbe necessario un ripensamento dello schema normativo del 2009, semplificandolo, conferendogli un maggiore equilibrio e, soprattutto, rendendo il sistema valutativo davvero funzionale ad un miglioramento del livello delle prestazioni amministrative, piuttosto che ad una mera attività di “controllo” sui comportamenti del personale. Il discorso vale a maggior ragione per la valutazione dei dirigenti, che dovrebbe fondarsi su obiettivi chiari, sfidanti e facilmente verificabili. A questo proposito, peraltro, il ragionamento dovrebbe partire, a monte, dai limiti e dalle carenze mostrati dai titolari della funzione di indirizzo politico-amministrativo nel definire con le loro direttive generali obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare attraverso la gestione amministrativa.

Accanto, e in connessione con quella relativa alla valutazione, dovrebbe essere ampiamente rivista pure la disciplina della responsabilità dei dirigenti, separando le regole riguardanti coloro ai quali sono affidati incarichi di tipo fiduciario dalle disposizioni applicabili a quanti ricoprono incarichi di tipo professionale.

Quanto agli incarichi fiduciari, la natura delle posizioni ricoperte fa sì che la sorte dei dirigenti interessati prescinda, in tutto o in parte, dalla verifica della sussistenza di una loro eventuale responsabilità: per i soggetti preposti ad uffici di diretta collaborazione, come si è sopra ricordato, è appropriato un regime imperniato sulla revocabilità *ad nutum*, mentre per i titolari degli uffici dirigenziali di vertice si dovrebbero prevedere incarichi revocabili con una (sia pure sintetica) motivazione, fermo restando il loro assoggettamento al meccanismo dello *spoils system*.

Riguardo agli incarichi professionali, va operata una chiara distinzione fra la responsabilità dirigenziale in senso proprio, che si configura come una responsabilità di tipo manageriale, e la responsabilità disciplinare, che attiene all'imparzialità e alla correttezza nello svolgimento delle funzioni pubbliche affidate: questo comporta un intervento modificativo del testo in vigore dell'art. 21 del d.lgs. 165/01, il quale (al pari della verità, delle versioni precedenti, a cominciare da quella originaria del d.lgs. 29/93) si presenta piuttosto confuso e lacunoso.

La responsabilità dirigenziale propriamente intesa attualmente ha ad oggetto la verifica del conseguimento degli obiettivi assegnati e del rispetto delle direttive impartite: a questi elementi si dovrebbe affiancare anche un riferimento alla capacità gestionale, cioè “*alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali ed organizzativi*”, al fine di rendere i criteri relativi alla responsabilità coerenti con quelli previsti per la valutazione dei dirigenti (art. 9, co. 2, del d.lgs. 150/09). Semmai, si può sollevare qualche dubbio sull'inquadramento nella responsabilità dirigenziale/manageriale del riferimento alla inosservanza delle direttive, che potrebbe ricadere nella sfera della responsabilità disciplinare; un discorso analogo può farsi per l'ipotesi della mancata vigilanza del dirigente sul rispetto di standard quantitativi e qualitativi da parte del personale dei propri uffici, prevista dal comma 1-bis dello stesso art. 21, il quale andrebbe conseguentemente abrogato.

Al tempo stesso, andrebbero accresciute le garanzie per i dirigenti oggetto di procedure di responsabilità, riqualificando e rafforzando il ruolo del Comitato dei garanti (secondo quanto già indicato dalla legge delega 15/09, ma non recepito dal d.lgs. 150/09), con il ripristino del carattere vincolante del suo parere sui provvedimenti conseguenti all'accertamento della responsabilità dirigenziale e l'estensione del suo intervento alla verifica dell'applicazione dei criteri di conferimento degli incarichi. A ciò, come sopra accennato, si potrebbe aggiungere un intervento del Comitato in ordine alla valutazione della congruità delle nomine, delle revoche e delle mancate conferme.

Infine, dovrebbe essere avviata un'operazione di coordinamento e razionalizzazione della variegata congerie di forme di responsabilità introdotte dal d.lgs. 150/09, e poste in capo ai dirigenti: tra di esse, la responsabilità erariale per mancata individuazione da parte del dirigente responsabile delle eccedenze delle unità di personale (art. 33, co. 1, del d.lgs. 165/01), le differenti ipotesi di responsabilità individuate dal legislatore come responsabilità di tipo disciplinare (di cui agli artt. 55-bis, co. 7, 55-sexies e 55-septies, co. 6, del d.lgs. 165/01), l'ipotesi di responsabilità civile di cui all'art. 55-sexies, co. 4, del d.lgs. 165/01.

Un ulteriore profilo meritevole di attenzione riguarda l'esigenza di conferire un carattere di maggiore unitarietà alla compagine dirigenziale, anche al fine di agevolare la mobilità orizzontale dei dirigenti fra amministrazioni, sedi e incarichi funzionali diversi. Attualmente la dirigenza statale – dopo l'effimera e controversa vicenda del ruolo unico (dal 1998 al 2002) – è divisa

nei singoli ruoli ministeriali; quanto alla dirigenza regionale e locale, il livello di disarticolazione è ancora maggiore, essendovi tante distinte dirigenze quanti sono gli enti. Ciò ha un effetto di irrigidimento e di frantumazione, mentre si dovrebbe agevolare una crescita professionale dei dirigenti attraverso esperienze in amministrazioni diverse, favorendo al tempo stesso un assetto maggiormente unitario del corpo dirigenziale (che ne rafforzerebbe ruolo ed identità). Sarebbe, quindi, auspicabile l'introduzione di meccanismi atti a promuovere la mobilità orizzontale dei dirigenti, partendo anche dai sistemi reclutamento: le forme, ovviamente, sarebbero diverse a seconda dei tipi di amministrazioni (per gli enti locali si potrebbero creare albi a livello regionale).

Rispetto alle forme di accesso alla dirigenza statale (e degli enti pubblici nazionali) – recentemente ridefinito con il già citato d.P.R. 70/13, contenente il regolamento sul reclutamento e la formazione dei dipendenti pubblici e il riordino delle scuole pubbliche – appare corretto il mantenimento del doppio canale (concorso riservato ai dipendenti con esperienza quinquennale e corso-concorso aperto agli esterni), che coniuga l'esigenza di valorizzazione delle risorse interne con quella di rinnovamento della compagine dirigenziale. Nel regolamento in questione vanno valutate positivamente novità quali l'estensione dei posti da ricoprire mediante corso-concorso e l'innalzamento dei titoli di studio richiesti per partecipare alla relativa selezione. Ma altre innovazioni sarebbero opportune, a cominciare, per ragioni al tempo stesso di economicità e di "etica", dalla concentrazione dei concorsi (ora per titoli ed esami) riservati agli interni in un unico concorso bandito dalla SNA (ex SSPA).

Dovrebbe anche essere profondamente rivisto il sistema di passaggio dalla seconda alla prima fascia della dirigenza nelle amministrazioni dello Stato, che oggi avviene "per anzianità" dopo la copertura per cinque anni di un incarico di livello generale (oppure, in teoria, anche mediante concorso, secondo il d.lgs. 150/09, peraltro mai attuato): si potrebbe pensare alla introduzione di un concorso a carattere idoneativo, da svolgersi anch'esso presso la SNA, con successivo inserimento nella prima fascia al momento del primo conferimento degli incarichi agli idonei.

Quanto alla dirigenza delle regioni, spesso oggetto di una disciplina meno garantista rispetto a quella statale, e a quella degli enti locali, sarebbe auspicabile l'adozione di forme di reclutamento più aperte e trasparenti. Anche qui si potrebbero prevedere concorsi (o corsi-concorsi) unici, da svol-

gersi a scala regionale, e l'inserimento dei vincitori in un unico albo: le amministrazioni che intendessero assumere, ferme rimanendo le regole esistenti, potrebbero attingere a tale albo regionale, operando una formale valutazione comparativa di quanti si dichiarano interessati, con verifica dei *curricula* ed eventuali colloqui. Il provvedimento di autorizzazione all'assunzione sarebbe così motivato anche in relazione a questo secondo livello di selezione.

In ogni caso, va riconfermato anche per la dirigenza regionale e locale – fatta eccezione per alcune figure apicali di natura fiduciaria – il principio dell'assunzione a tempo indeterminato, pur nella variabilità degli incarichi di funzioni assegnati: infatti, lo si è già notato, suscitano forti perplessità alcune idee, recentemente avanzate sia in sede politica, sia da parte di esponenti dello stesso *management* pubblico, di introdurre forme di “precarizzazione” dell'insieme della dirigenza delle amministrazioni territoriali.

Un'ultima considerazione riguarda il trattamento economico della dirigenza. In linea di principio, per coerenza con l'attribuzione ai dirigenti pubblici di una veste manageriale e con l'affermazione della “cultura del risultato” come fondamentale fattore di innovazione e riqualificazione del sistema amministrativo, occorrerebbe andare verso una tendenziale riduzione della quota percentuale assegnata alla retribuzione di base e anche alla retribuzione di posizione (pur tenendo conto del fatto che questa è utile al fine di modulare il ruolo e l'attività dei dirigenti rispetto alle esigenze organizzative e funzionali delle strutture di riferimento), in favore della retribuzione legata alla valutazione della qualità attività svolta e degli obiettivi conseguiti. Va, inoltre, data una compiuta e rigorosa applicazione, impedendo pratiche elusive o dilatorie, alla recente normativa sulla fissazione di un tetto massimo alle retribuzioni dei dirigenti, e va riaffermato al tempo stesso il carattere onnicomprensivo del loro trattamento economico (con la progressiva eliminazione di assegni o altri *benefits* legati a prestazioni aggiuntive, connesse o collaterali rispetto all'incarico di direzione ricoperto); eventuali, eccezionali deroghe ai limiti retributivi dovrebbero essere puntualmente motivate con riferimento alla peculiarità delle funzioni e/o delle missioni assegnate, e dovrebbero sempre essere condizionate alla verifica dei risultati conseguiti.

### **Abstract**

L'A. ritiene che, in riferimento a vari istituti che disciplinano il lavoro nelle amministrazioni pubbliche, si rendono opportune modifiche tali da mettere ordine nel-



l'apparato delle norme, anche se eventuali interventi di riforma rischiano di essere condizionati da un diffuso pregiudizio negativo nei confronti dei dipendenti pubblici. Ciò tuttavia in un'ottica di "manutenzione straordinaria" o, al massimo, di "restauro e risanamento conservativo", che realizzi un tessuto normativo privo di strappi, incongruenze e superfetazioni, e introduca anche elementi innovativi, ma congruenti con l'impianto complessivo del sistema. In particolare, in primo luogo respinge l'idea di tornare ad un assetto pubblicistico delle regole del lavoro pubblico; in secondo luogo ritiene necessario ridefinire con chiarezza il ruolo e l'oggetto della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti del lavoro pubblico, eliminando gli elementi di oscurità e di ambiguità inseriti dal d.lgs. 150/09; in terzo luogo, dopo aver individuato i possibili miglioramenti da apportare ai meccanismi di reclutamento del personale, indica le regole sulla dirigenza come quelle strategiche su cui intervenire, nell'intento di conferire maggiore coerenza e linearità al sistema del lavoro pubblico, nell'ambito del modello privatistico.

The author believes that, with reference to the various institutions governing work in public administration, it is necessary to make appropriate changes such as to bring order in the apparatus of rules, although any reform measures are likely to be affected by a widespread bias against of civil servants. This, however, in a "maintenance" perspective or, at most, of "restoration and preservation", which realizes an apparatus of rules devoid of snags and contradictions, and also introduces innovative elements, but consistent with the overall structure of the system. Firstly, the author rejects the idea of returning to a public structure of the rules of public employment. Secondly, he considers necessary to redefine the role and scope of collective bargaining in the system of sources, eliminating the elements of uncertainty and ambiguity introduced by the Legislative Decree no. 150/2009. Thirdly, after identifying the potential improvements to the mechanisms of recruitment, the author believes that it is strategic intervening on the rules on managers, in order to give greater coherence to the system of public employment.

### **key words**

Dirigenza pubblica, Lavoro pubblico, Amministrazioni pubbliche, Contratto collettivo, Fonti.

Public managers, Public employment, Public administration, Collective agreement, Sources.



**Daniela Izzi**

## La responsabilità solidale negli appalti: una tutela in declino?

**Sommario:** **1.** Dalla svolta del 2003 ai decreti dell'estate 2013: dove ci ha condotto un decennio di convulsi e altalenanti interventi legislativi sulla solidarietà in appalti e subappalti? **2.** La responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori e degli istituti previdenziali e assicurativi *ex art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003*. **2.1.** Il campo d'applicazione del regime. **2.2.** I crediti garantiti: retribuzione, compensi, contributi previdenziali e assicurativi. **2.3.** Il litisconsorzio necessario e il beneficio di preventiva escussione a favore del committente: verso una responsabilità solidale puramente sussidiaria. **2.4.** La derogabilità in via collettiva del regime di solidarietà: passo avanti o salto nel vuoto? **3.** La responsabilità solidale e la responsabilità amministrativa nei confronti dell'erario *ex art. 35, co. 28, 28-bis e 28-ter, del c.d. decreto Bersani*. **4.** Tirando le fila del discorso: tra asimmetrie regolative, tentato approccio preventivo e concreti rischi di arretramento.

1. *Dalla svolta del 2003 ai decreti dell'estate 2013: dove ci ha condotto un decennio di convulsi e altalenanti interventi legislativi sulla solidarietà in appalti e subappalti?*

Dopo il perdurante immobilismo che aveva caratterizzato il quadro delle garanzie apprestate per i crediti dei lavoratori impiegati nell'esecuzione di contratti d'appalto, la sostituzione del regime di solidarietà delineata dalla l. 23 ottobre 1960 n. 1369 con quello introdotto dall'art. 29 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, più modesto nel contenuto ma esteso anche agli appalti esterni e di più agevole applicazione<sup>1</sup>, ha segnato l'inizio di un decennio attraversato da reiterate incursioni legislative, non ordinate in successione li-

<sup>1</sup> Con l'abrogazione dell'art. 3 della l. n. 1369, infatti, è venuto meno il principio di parità di trattamento economico e normativo tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente ma, d'altro canto, sono scomparse anche la limitazione agli appalti *intra moenia* della responsabilità solidale prevista con riguardo a tale obbligazione e le difficoltà applicative connesse a quell'ambiziosa eppure problematica disposizione.

neare ma, date anche le diverse finalità di volta in volta perseguite, dall'andamento vistosamente oscillante.

Sebbene un'anticipazione di tale andamento potesse cogliersi già negli aggiustamenti repentinamente realizzati, incidendo in vario modo sul raggio d'azione della responsabilità solidale, dal d.lgs. 6 ottobre 2004 n. 251, è stato con il passaggio alla quindicesima legislatura e ad una rinnovata attenzione ai rischi insiti nei processi di esternalizzazione delle attività produttive che esso ha cominciato a manifestarsi nitidamente. Nell'ambito della confusa congerie normativa recata dalla l. 27 dicembre 2006 n. 296, il testo dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 è stato infatti corretto in funzione di un sensibile rafforzamento delle posizioni creditorie dei lavoratori impiegati negli appalti: rafforzamento ottenuto non solo cancellando la possibilità, introdotta due anni prima, di effettuare in via contrattual-collettiva deviazioni dal vincolo di solidarietà e raddoppiando il termine di decadenza, inizialmente annuale, stabilito per l'esperimento dell'azione giudiziale di responsabilità, ma soprattutto consentendo ai dipendenti del subappaltatore di chiamare a rispondere in via solidale per le retribuzioni non ricevute, indipendentemente dal subappaltante in rapporto contrattuale diretto con il datore di lavoro inadempiente, il committente posto al vertice della filiera produttiva, beneficiario ultimo dell'attività prestata, nonché tutti gli altri eventuali sub-committenti presenti a monte dello specifico subappalto. Dalla stessa l. finanziaria per il 2007 sono discese inoltre le significative integrazioni apportate alla disciplina, ora trasfusa nell'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori coinvolti in appalti: compresa la replica in questo contesto, e con specifico riguardo al risarcimento dei danni subiti ma non indennizzati dai competenti istituti assicurativi, dell'operazione di ricomposizione giuridica dell'intera filiera produttiva compiuta sul fronte dei crediti retributivi e contributivi con la riscrittura dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276.

La corresponsabilizzazione del committente rispetto alla soddisfazione dei crediti dei dipendenti dei subappaltatori, e quindi la possibilità di questi ultimi di risalire d'un tratto tutta la catena contrattuale in cui si articola la filiera produttiva per ottenere quanto loro dovuto senza subire i costi procedurali e temporali d'infruttuose domande altrove rivolte, pareva essere così divenuta un punto fermo del nostro sistema di tutela economica dei lavoratori coinvolti in appalti. Oggetto della retromarcia vigorosamente innestata all'interno dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 nello scorcio finale della sedicesima legislatura – prima in sede di conversione del d.l. 9 febbraio 2012

n. 5 ad opera della l. 4 aprile 2012 n. 35 e poi dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, con l'art. 4, co. 31, lett. *b* – è stata tuttavia la libertà dei dipendenti di appaltatori e subappaltatori di indirizzare l'azione giudiziale volta al soddisfacimento delle proprie pretese creditorie in via diretta ed esclusiva nei confronti del committente posto al vertice dell'intera filiera produttiva, oppure del sub-committente collocato nella catena contrattuale ad un anello più alto di quello dell'interessato. In considerazione della forte esposizione economica dei committenti, in particolar modo del primo, e della connessa de-responsabilizzazione dei datori di lavoro appaltatori, i richiamati interventi di modifica hanno infatti alleggerito notevolmente il carico di responsabilità gravante sull'appaltante: stabilendo a suo favore, ma a prezzo di un sensibile depotenziamento della garanzia di solidarietà a disposizione dei lavoratori, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore, quale debitore principale, e il litisconsorzio necessario con il medesimo.

Nella stessa ottica di primaria responsabilizzazione del debitore principale può leggersi, volendo essere ottimisti, la scelta compiuta dalla l. n. 92/2012, con l'art. 4, co. 31, lett. *a*, di aprire la strada a deroghe concordate al regime di responsabilità solidale, quantomeno con riguardo alle retribuzioni dei lavoratori<sup>2</sup>, rimettendo ai “contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore” la facoltà di “individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti”. L'incoraggiamento all'adempimento degli obblighi retributivi da parte degli appaltatori che potrebbe derivare dalla vigilanza esercitata dal committente *ex ante*, con la vantaggiosa contropartita della propria liberatoria, richiede tuttavia che l'introduzione degli strumenti di controllo preventivo sul regolare sviluppo degli appalti sia intesa come la *condicio sine qua non* per l'esclusione in via contrattual-collettiva della responsabilità solidale e non come pura eventualità per le parti stipulanti l'accordo derogatorio. Se così non fosse, d'altronde, si dovrebbe prendere atto, anziché dell'apertura di una nuova fase regolativa, caratterizzata *in primis* dal tentativo di prevenire gli inadempimenti del debitore principale, di un pericoloso “ritorno al passato” (cioè alla de-

<sup>2</sup> Sull'oggetto dell'obbligazione solidale di cui all'art. 29, co. 2, l'art. 21, co. 1, del già richiamato d.l. n. 5/12 ha apportato una serie di utili puntualizzazioni, rimaste ferme dopo la l. n. 92/12 e completate anzi dall'art. 9, co. 1, del d.l. 28 giugno 2013 n. 76: del tema si tratterà *infra*, § 2.2.

rogabilità incondizionata introdotta nell'art. 29, co. 2, dal d.lgs. n. 251/04 e rapidamente superata con la l. n. 296/06)<sup>3</sup>.

La questione, delicata di per sé oltre che per l'ambiguo rapporto intercorrente fra il nuovo meccanismo derogatorio e quello assai meno rassicurante introdotto l'anno precedente col controverso art. 8 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, non è stata affrontata, ad ogni modo, dall'intervento con il quale, all'inizio della diciassettesima legislatura, l'esordiente governo Letta ha voluto correggere il tiro su diversi aspetti di regolazione dei rapporti di lavoro e del relativo mercato, ovvero il d.l. 28 giugno 2013 n. 76, convertito dalla l. 9 agosto 2013 n. 99: il cui art. 9, co. 1, tenta appunto di sciogliere alcuni punti controversi del regime *ex* art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03, ponendosi per lo più in linea di continuità con le indicazioni già impartite dal Ministero del lavoro, ma senza riuscire tuttavia a sgombrare il campo da ogni incertezza<sup>4</sup>.

Nel d.l. n. 76/13 – il c.d. pacchetto lavoro – l'attenzione è focalizzata principalmente sul raggio di applicazione della regola di solidarietà stabilita dall'art. 29 del d.lgs. n. 276: da un lato, infatti, con un'innovazione che asseconda e supera le non isolate spinte all'inclusione nel meccanismo di tutela dei crediti almeno dei c.d. lavoratori parasubordinati, si aprono le porte dello stesso a tutti i “lavoratori con contratto di lavoro autonomo”; mentre dall'altro, con un'indicazione di segno opposto, parimenti non scontata e dalle pesanti conseguenze, si esclude l'applicabilità della responsabilità solidale “ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni”. Fa seguito a queste disposizioni una norma d'interpretazione autentica dell'inciso sulla facoltà di deroga alla solidarietà da parte della contrattazione collettiva inserito nell'art. 29, co. 2, dalla l. n. 92/12, con la quale opportunamente si precisa l'estraneità all'oggetto dell'accordo derogatorio dei contributi previdenziali

<sup>3</sup> Di “ritorno al passato” parlano criticamente MARCUCCI, GARIBOLDI, GHIDONI, *Le modifiche alla disciplina della solidarietà negli appalti*, in FEZZI, SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero. I Quaderni di wikilabour*, 1/2012, <http://www.wikilabour.it>, p. 74 s., denunciando con nettezza il “ricorso alla contrattazione collettiva in funzione riduttiva delle garanzie dei lavoratori”. Sulla questione si tornerà *infra*, § 2.4.

<sup>4</sup> Ciò, come sarà chiarito nei §§ 2.1 e 2.2, anche a causa delle numerose “imprecisioni nella scrittura della norma che ... verosimilmente produrranno interpretazioni difformi”: in questi termini, pur nell'ambito di un commento che esprime per vari altri versi apprezzamento verso le modifiche legislative recate dall'art. 9, co. 1, GAMBERINI, *Responsabilità solidale negli appalti: vada dove ti porta il Ministero*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale*, Adapt e-Book series, 2013, n. 10, p. 249.

e assicurativi, mentre nulla si dice purtroppo rispetto al cruciale aspetto dei sistemi di controllo della regolarità degli appalti.

Parallelamente a quanto sin qui ricordato si è sviluppato il cammino evolutivo della disciplina che ha istituito, nel contesto di un articolato tentativo di contrasto dell'evasione e dell'elusione fiscale, il regime di responsabilità solidale per i crediti maturati dall'erario in relazione al lavoro prestato nell'ambito di appalti, vale a dire quella introdotta dall'art. 35, co. 28 e seguenti, del d.l. 4 luglio 2006 n. 223 – il c.d. decreto Bersani – convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248: compiendo una scelta di riproposizione del meccanismo giuridico della solidarietà che attesta la tendenza espansiva manifestata da tale tecnica di tutela all'inizio del nuovo secolo.

Dedicando per la prima volta specifica attenzione alla catena contrattuale di subappalti che caratterizza le odierne filiere produttive, l'art. 35 del decreto Bersani aveva disegnato un meccanismo “di accertamento preventivo di regolarità fiscale e contributiva”<sup>5</sup> che, per garantire il puntuale versamento (come recitava il co. 28) delle “ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente”, nonché “dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali” relativi ai rapporti di lavoro instaurati da appaltatori e subappaltatori, imponeva a committenti e ad appaltatori sub-committenti di verificare l'avvenuta effettuazione dei suddetti adempimenti prima di procedere al pagamento del compenso dovuto per l'esecuzione del contratto. Quel meccanismo presentava l'indubbio merito di mirare a prevenire gli inadempimenti economici dei datori di lavoro, piuttosto che a porvi rimedio *ex post* secondo l'impostazione tradizionale, e quello di istituire un legame giuridico, seppure non in termini di corresponsabilità, fra due soggetti privi di rapporti contrattuali diretti come il subappaltatore e il committente posto al vertice della filiera; ma non era certamente immune da vizi.

Compiendo una scelta criticata da più parti<sup>6</sup>, il d.l. n. 223/06 aveva infatti

<sup>5</sup> Così era stato tempestivamente ed efficacemente descritto da CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *LG*, 2007, p. 468.

<sup>6</sup> Perché fondata sul “discutibile presupposto di una diversità tipologica tra appalto e subappalto”, come ha scritto CHIECO, *op. cit.*, p. 468; nello stesso senso critico v. per primi, tra i tanti, ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *DLRI*, 2007, p. 528, e BIZZARRO, *Le politiche di contrasto al lavoro “nero” tra nuovo regime degli appalti e procedure di certificazione*, in *DRI*, 2007, p. 520; meno severo è invece il complessivo giudizio di TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *ADL*, 2007, p. 893 s.

differenziato il trattamento normativo del committente e dell'appaltatore sub-committente: in particolare quest'ultimo, al quale soltanto era riconosciuta la facoltà di “sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione da parte del subappaltatore della ... documentazione” attestante la regolarità dei versamenti, se non effettuava al tempo debito la prevista verifica preliminare era chiamato a rispondere in solido col subappaltatore per i mancati adempimenti del medesimo (così al co. 29); mentre il committente, sul quale incombeva l'onere di accertare gli adempimenti fiscali e contributivi a carico sia dell'appaltatore che – per il tramite dei documenti da questi esibiti – degli eventuali subappaltatori, se procedeva al pagamento a favore dell'appaltatore omettendo tale controllo e i versamenti non risultavano poi correttamente eseguiti, soggiaceva all'applicazione di una “sanzione amministrativa da euro 5.000 a euro 200.000” (così ai co. 32 e 33).

Questa artificiosa distinzione delle posizioni giuridiche del committente e del sub-committente non costituiva ad ogni modo l'unico punto discutibile e discusso della disciplina varata col d.l. Bersani. La parziale coincidenza dei crediti ivi presi in considerazione con quelli tutelati, in termini diversi (e più forti) dal d.lgs. n. 276/03 determinava infatti la singolare conseguenza della vigenza di condizioni diverse per far valere la responsabilità solidale per i medesimi titoli – cioè per i contributi previdenziali non versati dal datore di lavoro direttamente obbligatovi – dell'appaltatore sub-committente, da un canto, e del committente, dall'altro: chiamato il primo (*ex art. 35, co. 30, del d.l. n. 223/06*) a rispondere dei mancati adempimenti del subappaltatore senza alcun termine di decadenza ma entro il limite del corrispettivo a questi dovuto; tenuto il secondo (*ex art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03*) a rispondere dei mancati adempimenti dell'appaltatore e del subappaltatore senza limiti quantitativi ma entro il termine di un biennio dalla cessazione dell'appalto.

Dopo la legge di conversione n. 248/06 e la tardiva adozione del regolamento interministeriale che ne condizionava l'operatività<sup>7</sup>, la costruzione eretta dall'art. 35 del d.l. Bersani avrebbe dovuto finalmente passare dalla dimensione cartacea a quella reale, concretamente produttiva di effetti: ma, cambiata prematuramente la compagine parlamentare, l'impianto normativo in oggetto è stato smantellato dal d.l. 3 giugno 2008 n. 97 (convertito poi dalla l. 2 agosto 2008 n. 129), che ha lasciato in piedi solo la disposizione sulla

<sup>7</sup> Trattasi precisamente del decreto dei Ministri dell'Economia e del Lavoro del 25 febbraio 2008 n.74, entrato in vigore l'1 maggio 2008.



responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore per le ritenute fiscali e i contributi previdenziali e assicurativi stabilita dal co. 28.

L'abrogato meccanismo di controllo a catena è stato tuttavia riportato in vita qualche anno dopo, nei suoi tratti essenziali, dall'art. 13-*ter* del d.l. 22 giugno 2012 n. 83 (convertito in l. 7 agosto 2012 n. 134), intervenuto – con la riscrittura dell'art. 35, co. 28, e con l'introduzione dei co. 28-*bis* e 28-*ter* – per correggere il tentativo, compiuto appena un paio di mesi prima<sup>8</sup>, di declinare in termini nuovi il prezioso approccio preventivo che ispirava il decreto Bersani.

La disciplina definita dall'art. 13-*ter* del d.l. n. 83/12, individuando l'oggetto della responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore nelle “ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente” e nella “imposta sul valore aggiunto dovuta ... all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto”, da un canto ha esteso il contenuto della garanzia economica, non più limitata ai crediti maturati dal fisco in relazione alle attività di lavoro subordinato, e dall'altro, non menzionando più i contributi previdenziali e i contributi assicurativi per infortuni e malattie professionali, ha eliminato la già segnalata contraddizione derivante dal difettoso coordinamento, con riguardo appunto ai crediti tutelati, tra l'originario art. 35, co. 28, del d.l. n. 223/06 e l'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03<sup>9</sup>.

Delle innovazioni appena illustrate, tuttavia, solo l'ultima, la cui opportunità è risultata a tutti evidente, è rimasta in vigore dopo il d.l. 21 giugno 2013 n. 69 – c.d. decreto del fare – convertito con la l. 9 agosto 2013 n. 98: il cui art. 50, co. 1, ha invece espulso dal contenuto dell'obbligazione solidale l'Iva, al centro fin da subito di non irrisonanti problemi applicativi e, da ultimo, di un'articolata denuncia alla Commissione europea per violazione del diritto dell'Unione da parte del nostro paese<sup>10</sup>.

Come si spiegherà meglio più avanti, dunque, nonostante non siano

<sup>8</sup> Dalla l. 26 aprile 2012 n. 44, di conversione del d.l. 2 marzo 2012 n. 16 (e in particolare del suo art. 2, co. 5-*bis*), nei termini che saranno illustrati molto sinteticamente *infra*, § 3, dato il limitato interesse che presenta l'indagine su di un assetto normativo tramontato dopo un brevissimo periodo di vigenza.

<sup>9</sup> Entrambe le novità erano state in verità anticipate, in sede di conversione dell'art. 2, co. 5-*bis*, del d.l. n. 16/12, dalla l. n. 44/12, che ha quindi trovato conferma sotto questi aspetti nel d.l. n. 83/12.

<sup>10</sup> Si tratta del *complaint* contro la Repubblica italiana presentato da Confindustria il 12 marzo 2013, in relazione e limitatamente a questo specifico punto dell'art. 13-*ter* del d.l. n. 83/12.

mancati miglioramenti rispetto all'assetto originario del decreto Bersani, la disciplina oggi vigente ha determinato un sostanziale ritorno a quel mai sperimentato impianto: il che rende nuovamente attuali, accanto alle attese per un'articolazione più controllata e regolare dei processi imprenditoriali di frammentazione organizzativa, anche le principali riserve avanzate in precedenza con riferimento alla normativa rimasta virtuale.

2. *La responsabilità solidale per i crediti dei lavoratori e degli istituti previdenziali e assicurativi ex art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003*

Il regime delineato dall'art. 29, co. 2 del d.lgs. n. 276/03, pur attestandosi su un livello protettivo di minore intensità rispetto a quello stabilito in precedenza dall'art. 3 della l. 1369/60, ha rappresentato sin dall'origine per i lavoratori impiegati nell'esecuzione di appalti uno strumento di tutela più interessante, per molti versi, rispetto all'azione diretta di rivalsa contemplata dal vecchio art. 1676 cod. civ.<sup>11</sup>: azione che risulta comunque ancora preziosa in una serie di situazioni oggettive e soggettive, costituendo l'unica *chance* di tutela per i lavoratori impiegati da appaltatori esclusi dal raggio d'operatività dell'art. 29, co. 2 (v. *infra*, § 2.1.), nonché per i lavoratori che abbiano lasciato decorrere inutilmente il termine di decadenza biennale ivi stabilito. Le non trascurabili complicazioni derivanti dall'introduzione, solo in quello specifico contesto, della regola della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore costituiscono anzi oggi una valida ragione, per qualunque dipendente privato intenzionato a veder soddisfatti i propri crediti retributivi, per preferire la pur stretta strada stracciata dall'art. 1676 cod. civ.<sup>12</sup>: il che la dice lunga, in effetti, sulla direzione di marcia regressiva seguita dal legislatore del 2012. Senza anticipare qui valutazioni che potranno essere espresse a ragion veduta più avanti, ad ogni modo, è sull'analisi dell'attuale fisionomia del regime di solidarietà previsto dal d.lgs. n. 276/03 che occorre a questo punto soffermarsi.

<sup>11</sup> Tale azione è infatti assoggettata al limite del *quantum debeatur* e alla necessità di prova della persistenza del debito del committente verso l'appaltatore; essa non è inoltre esperibile al di fuori della relazione contrattuale che lega l'appaltante al datore di lavoro dei dipendenti creditori.

<sup>12</sup> L'accresciuta appetibilità dell'azione diretta ex art. 1676 cod. civ. è già stata sottolineata da MARCUCCI, GARIBOLDI, GHIDONI, *op. cit.*, p. 76 e da GAMBERINI, VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 210.

### 2.1. *Il campo d'applicazione del regime*

Cominciando l'esame del campo d'applicazione dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 con riguardo al piano soggettivo, e in particolare ai soggetti coinvolti nel 'giogo' della solidarietà, va segnalato come l'ampliamento più significativo che si è determinato nell'ultimo decennio sia stato quello realizzato con la "moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità" patrimoniale prodotta dalla l. n. 296/06 tramite il coinvolgimento nei debiti di appaltatori e subappaltatori di tutti gli appaltanti collocati nella filiera produttiva a monte dello specifico contratto di lavoro da cui trae origine la pretesa creditoria: con un numero di responsabili solidali che "aumenta dunque in modo direttamente proporzionale all'aumentare della lunghezza della catena contrattuale"<sup>13</sup>.

A questa conclusione, in verità, si era opposta in passato la pericolosa e non condivisibile interpretazione dottrinale<sup>14</sup> – rimasta peraltro del tutto minoritaria – che, facendo leva sulla specialità del contratto di subappalto rispetto al contratto d'appalto sottesa all'impianto dell'art. 35, co. 28-33, dell'originario testo del d.l. Bersani, escludeva che sull'appaltatore sub-committente gravasse, oltre alla responsabilità solidale per i versamenti fiscali e contributivi espressamente affermata da tale provvedimento, anche quella per la retribuzione prevista dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 con riguardo ad ogni appalto, e quindi anche in capo a chi è committente nell'ambito di un subappalto. Simile lettura, sulla cui fondatezza giuridica erano state avanzate convinte obiezioni già prima dell'abrogazione del meccanismo normativo previsto dalla versione iniziale dell'art. 35<sup>15</sup>, è stata peraltro di recente superata anche da chi l'aveva sostenuta, in considerazione dell'ordinata ripartizione dei crediti tutelati risultante dalle riformulate disposizioni del d.lgs. n. 276/03, da un lato, e del d.l. n. 223/06, dall'altro<sup>16</sup>: nessun dubbio può

<sup>13</sup> Per entrambe le citazioni v. CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Utet, 2010, rispettivamente pp. 117 e 118.

<sup>14</sup> V. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., p. 527; ma pure BIZZARRO, *op. cit.*, p. 520.

<sup>15</sup> Ci si permette di rinviare a IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti*, in *LD*, 2008, p. 455 s.

<sup>16</sup> V., anche per una più precisa spiegazione del ragionamento sviluppato dopo le modifiche legislative del 2012, ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, in PERSIANI, LIEBMAN (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Utet, 2013, p. 107.

quindi prospettarsi oggi sulla riferibilità del vincolo solidale a tutti i soggetti rientranti nella catena di appalti.

Soggetto passivo dell'obbligazione è il datore di lavoro imprenditore (come già prevedeva l'art. 3 della l. n. 1369) oppure non imprenditore: a condizione però, secondo quanto risulta dall'art. 29, co. 3-*ter* (aggiunto dal d.lgs. n. 251/04), che non si tratti di "persona fisica che non esercita attività d'impresa o professionale"<sup>17</sup>.

Un'altra ma ben più pesante esclusione dal regime di solidarietà in esame è quella concernente le pubbliche amministrazioni che assumano il ruolo di appaltanti, come ha stabilito di recente il già richiamato art. 9, co. 1, del d.l. n. 76/13, ponendo seccamente fine alle incertezze che regnavano in proposito. All'orientamento fatto proprio dal Ministero del lavoro, che seguiva senza indugi l'indicazione generale sull'inapplicabilità del d.lgs. n. 276/03 alle amministrazioni pubbliche e al loro personale contenuta nell'art. 1, co. 2, dello stesso, si contrapponeva infatti la prevalente giurisprudenza di merito<sup>18</sup>, comprensibilmente riluttante a far discendere da tale amplissima disposizione una restrizione così significativa del meccanismo di tutela dei crediti dei lavoratori: lavoratori nello specifico non dipendenti pubblici, ma dipendenti di privati appaltatori che eseguono opere o servizi commissionati da enti pubblici. Questa convincente lettura, alla quale non mancavano sostegni in dottrina<sup>19</sup>, è però resa ormai impraticabile dalla scelta filo-ministeriale compiuta dal c.d. pacchetto lavoro. Se a tale scelta normativa viene riconosciuta portata innovativa, come l'equivocità del precedente assetto autorizza a fare, anziché natura d'interpretazione autentica, per il principio *tempus regit actum* le pubbliche amministrazioni appaltanti resterebbero comunque responsabili ai sensi del-

<sup>17</sup> Sull'interpretazione dell'insieme di indicazioni fornite circa i soggetti obbligati dall'art. 29 cfr. i diversi approcci di CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 121 s. e di CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, 2004, pp. 170-172.

<sup>18</sup> V. tra le tante Trib. Milano 22 gennaio 2010, in *RIDL*, 2010, II, p. 888; Trib. Busto Arsizio 29 marzo 2010, in *RCDL*, 2010, p. 534; App. Genova, 5 ottobre 2011; Trib. Potenza, 12 ottobre 2011; Trib. Torino 8 marzo 2012, in banca dati *DeJure*.

<sup>19</sup> V., anche per l'illustrazione delle argomentazioni a sostegno della stessa, FERRANTE, BRICCHI, *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in *RGL*, 2012, II, p. 480 ss.; CAPURRO, *È ormai ius receptum la sussistenza della responsabilità solidale tra appaltatore e pubblica amministrazione committente in relazione ai crediti dei lavoratori impiegati nell'appalto*, in *RCDL*, 2010, p. 537 s. *Contra* v. invece CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti*, cit., p. 471; IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *LG*, 2008, p. 665 s.

l'art. 29, co. 2, per i crediti maturati nel contesto di appalti conclusi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 76/13<sup>20</sup>.

Allo stesso provvedimento si deve d'altro canto il rilevante allargamento che ha investito sia i soggetti destinatari della garanzia di solidarietà del d.lgs. n. 276/03 che l'oggetto della medesima. Rispetto ai soggetti beneficiari della responsabilità solidale la questione più calda postasi negli ultimi anni è stata quella concernente l'interpretazione restrittiva o estensiva da adottare rispetto al generico termine "lavoratori" adoperato, insieme peraltro all'esclusivo riferimento agli emolumenti "retributivi", dall'art. 29, co. 2. L'orientamento tradizionale che considerava tutelati solo i lavoratori subordinati, prevalente in dottrina nel passato ancora prossimo e seguito dalla giurisprudenza<sup>21</sup>, è divenuto infatti oggetto di una crescente insofferenza, da parte dottrinale oltre che del Ministero del lavoro, dell'Inps e dell'Inail<sup>22</sup>, per le conseguenze negative che ne derivavano a carico di una porzione non marginale dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione di appalti e subappalti. Rispondendo alle sollecitazioni avanzate per il superamento della disparità di trattamento fra lavoratori consentita dall'interpretazione più stringente ma anche più letterale dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276, l'art. 9, co. 1, del d.l. n. 76/13 ha stabilito l'applicazione di tale garanzia "anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo". L'apertura si è quindi realizzata con molta nettezza, per l'inclu-

<sup>20</sup> Così VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in AIMO, IZZI (a cura di), *Eternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in corso di stampa per i tipi della Utet, p. 229, secondo cui la responsabilità solidale potrebbe inoltre operare, rispetto ai contratti d'appalto in corso all'entrata in vigore del c.d. pacchetto lavoro, per i crediti maturati sino a quel momento. Per l'esclusione della natura interpretativa della disposizione in questione e la conseguente affermazione della responsabilità dell'amministrazione pubblica appaltante v. App.Torino, 8 ottobre 2013, al momento inedita.

<sup>21</sup> In dottrina v., fra gli altri, CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti*, cit., p. 474; CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 122 s. Quanto invece alla giurisprudenza, v. Trib. Nocera Inferiore, 20 ottobre 2011 e Trib. Milano 11 luglio 2012, entrambe in banca dati *Leggi D'Italia Professionale*.

<sup>22</sup> Si v., per il Ministero del lavoro, la circ. 11 febbraio 2011 n. 5 e il vademecum sulla l. n. 92/12 del 22 aprile 2013; la circ. Inps 10 agosto 2012 n. 106; la circ. Inail 11 ottobre 2012 n. 54: fonti amministrative nelle quali si afferma che la garanzia della responsabilità solidale interessa tutti i lavoratori, anche quelli impiegati nell'appalto con altre tipologie contrattuali (come i collaboratori a progetto o gli associati in partecipazione), nonché i lavoratori in nero. A favore dell'allargamento al di fuori dell'area del lavoro subordinato v., in dottrina, ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., p. 523, MIMMO, *Il regime di solidarietà nell'appalto*, in *MGL*, 2012, p. 533 e FERRANTE, BRICCHI, *op. cit.*, p. 486.

sione nella solidarietà non solo dei lavoratori c.d. parasubordinati (come i collaboratori a progetto) ma anche di quelli schiettamente autonomi (come gli artigiani e i professionisti reclutati tramite il contratto d'opera di cui all'art. 2222 cod. civ.). L'apprezzamento per la soluzione prescelta, sia nel merito sia per la valenza chiarificatrice assunta rispetto al confuso panorama preesistente, non può essere peraltro disgiunto dalla segnalazione delle incongruenze originarie dal riferimento dell'art. 9, co. 1, accanto ai "compensi" spettanti ai collaboratori autonomi dell'appaltatore, anche "agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa" legati all'avvenuta prestazione di lavoro in forma autonoma, come si spiegherà più avanti (nel § 2.2.).

Guardando ora al campo d'applicazione della responsabilità solidale prevista dal d.lgs. n. 276/03 dal punto di vista strettamente oggettivo, si può constatare con soddisfazione come dall'attuale formulazione dell'art. 29, co. 2, siano scomparse tutte le distinzioni tra tipi di appalti rinvenibili in precedenza: cioè tra appalti interni o esterni (come accadeva in base alla l. n. 1369/60), ma anche tra appalti di opere oppure di servizi, e tra appalti frutto di un'operazione di riacquisizione del servizio esternalizzato mediante il c.d. *transfer outsourcing* o meno (come nell'originaria versione del d.lgs. n. 276, prima delle correzioni opportunamente apportate agli artt. 29 e 32 dello stesso dal d.lgs. n. 251).

Tuttora aperta e assai delicata è invece la questione concernente l'inapplicabilità della responsabilità sancita dall'art. 29, co. 2, norma ritenuta tradizionalmente di carattere eccezionale e quindi non suscettibile d'interpretazione analogica, a tipologie contrattuali diverse dall'appalto, nelle quali emergono però esigenze di tutela del credito non dissimili da quelle ivi assecondate. Su tale questione, che non può essere liquidata in poche battute<sup>23</sup>, solo il legislatore potrebbe eventualmente determinare un netto cambiamento delle carte in tavola. Al di là delle prospettive che potrebbero dischiudersi per i lavoratori coinvolti in contratti oggettivamente distinti dall'appalto, ad ogni modo, vanno segnalate le aperture manifestatesi nella giurisprudenza degli ultimi anni, che ha ricondotto all'appalto fattispecie contrattuali di natura promiscua, senza lasciarsi fuorviare dal *nomen juris* attribuito dalle parti stipulanti, con la conseguente 'salvaguardia giuridica' dei crediti da lavoro maturati in tali ambiti<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Per un'approfondita analisi in proposito v. da ultimo ALVINO, *L'appalto e i suoi confini*, in AIMO, IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, cit., p. 42 ss.

<sup>24</sup> V. Trib. Milano 29 novembre 2007, in *RCDL*, 2008, p. 262 ss. (per cui costituisce un ap-

2.2. *L'oggetto della garanzia: retribuzione, compensi, contributi previdenziali e assicurativi*

Soffermando l'attenzione sull'oggetto della responsabilità solidale sancita dall'art. 29 del d.lgs. n. 276/03, vengono in risalto le numerose precisazioni effettuate in proposito dal legislatore nel passaggio dalla formulazione originaria a quella oggi vigente: precisazioni che però, fino alla novità recata dal d.l. n. 76/13 con l'apertura ai compensi spettanti ai lavoratori autonomi, hanno apportato un contributo apprezzabile sotto il profilo della chiarificazione, più che sotto quello dell'effettiva estensione del credito protetto.

Così è certamente per "le quote di trattamento di fine rapporto" dovute ai lavoratori "in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto", dato il consolidato orientamento giurisprudenziale che già prima dell'integrazione operata dal d.l. n. 5/12 includeva questa forma indiretta e differita di retribuzione nell'obbligazione solidale addossata all'appaltante, lasciando però aperto qualche contrasto in ordine alla ricomprensione nella garanzia dell'intero ammontare del t.f.r. accantonato nel corso del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltatore oppure, secondo la più equilibrata posizione convalidata ora in sede legislativa, solo della parte maturata durante il periodo di lavoro svolto a beneficio del committente<sup>25</sup>.

Così pare essere anche, nonostante le opinioni di segno opposto presenti in dottrina<sup>26</sup>, per "i premi assicurativi" menzionati ormai espressamente dall'art. 29, co. 2, accanto ai "contributi previdenziali", ma che già in precedenza potevano ritenersi compresi nella responsabilità solidale riferita genericamente ai "contributi previdenziali" per almeno due ragioni: *in primis* perché è pacifico che nella "previdenza" rientrino tutti i rischi considerati dall'art.

palto di servizi e non un noleggio il contratto per la fornitura di stoviglie con varie attività accessorie); Trib. Milano 27 ottobre 2009, *ivi*, 2009, p. 1019 ss. (che ha qualificato come appalto di servizi un sedicente contratto di compravendita), con l'interessante nota di CAPURRO, *Sulla vis espansiva della nozione di appalto a fini giuslavoristiche*, p. 1021 ss.; Trib. Milano 31 maggio 2011, *ivi*, 2011, p. 687 ss. (che ha ritenuto i servizi di *call center* oggetto di un appalto anziché di un contratto di somministrazione di cose *ex art.* 1559 cod. civ.).

<sup>25</sup> Nel primo senso v. Trib. Milano 9 marzo 2012 n. 1228, in *RIDL*, 2012, II, p. 601; nel secondo, invece, Trib. Milano 19 maggio 2011, in *RCDL*, 2011, p. 999 e Trib. Roma 6 marzo 2012 n. 4046, in *RIDL*, 2012, II, p. 600.

<sup>26</sup> V. CHIECO, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, in *DRI*, 2012, p. 999, che attribuisce carattere schiettamente innovativo all'inclusione dei contributi dovuti per l'assicurazione obbligatoria nei crediti oggetto del vincolo solidale.

38 Cost. (non solo la vecchiaia e l'invalidità dei lavoratori, quindi, ma anche le malattie e gli infortuni)<sup>27</sup>; inoltre per l'eloquente silenzio serbato, tanto sui "contributi previdenziali" quanto sui "contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali" considerati dall'art. 35, co. 28, del d.l. Bersani, dall'abrogato co. 34 dello stesso articolo, nella parte dedicata al tentato coordinamento della disciplina introdotta con tale manovra con quella preesistente recata dal d.lgs. n. 276. Nel puntualizzare che "resta fermo quanto previsto dall'articolo 29, comma 2" di tale decreto, "che deve intendersi esteso anche per la responsabilità solidale per l'effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente", tale disposizione tace infatti a proposito non solo dei contributi previdenziali già espressamente contemplati dal d.lgs. n. 276/03, ma anche a proposito dei contributi dovuti agli enti assicurativi, ivi apparentemente ignorati ma in verità già rientranti nella generica formula adoperata dal legislatore del 2003 e perciò non bisognosi di essere indicati come oggetto dell'ampliamento realizzato dal d.l. n. 223/06.

Di segno autenticamente innovativo<sup>28</sup>, dato che in senso contrario era orientata la prassi amministrativa formatasi sulla scorta delle indicazioni ministeriali<sup>29</sup>, nonché la scarsa giurisprudenza rinvenibile in proposito<sup>30</sup>, pare essere la puntualizzazione recata (a conferma del d.l. n. 5/12) dalla l. n. 35/12 con l'esclusione dall'oggetto della responsabilità solidale *ex art. 29, co. 2*, delle sanzioni civili previste a favore dell'Inps e dell'Inail in caso di mancato versamento dei contributi ad essi dovuti. Un margine di incertezza sembra permanere invece rispetto alle somme dovute a titolo di interesse moratorio sui

<sup>27</sup> Per questo rilievo v., già vari anni fa, IZZI, *op. cit.*, p. 446.

<sup>28</sup> Così BARRACO, *Appalti: l'aggravamento della responsabilità solidale, anche sul versante fiscale*, in *DRI*, 2012, p. 1169 s.; CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 999; PASQUARELLA, *La responsabilità solidale negli appalti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 804. Di svolta rispetto all'assetto precedente parlano apertamente anche la circ. Min. lav. 16 febbraio 2012 n. 2 e le già citate circ. Inps n. 106/2012 e circ. Inail n. 54/2012.

<sup>29</sup> Ci si riferisce all'interpretazione fatta propria dal Ministero del Lavoro nella risposta ad interpellò n. 3/2010, che comprendeva le sanzioni civili nell'alveo della solidarietà sul presupposto della loro natura risarcitoria; per critiche alla correttezza di quest'impostazione v. tuttavia FREDIANI, *Appalti irregolari: chi paga cosa?*, in *LG*, 2012, p. 672, e ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 113 s.

<sup>30</sup> V. Cass., 19 giugno 2009 n. 14475, in *GCMass.*, 2009, p. 952 e Trib. Parma 25 settembre 2012, in *RGL*, 2013, II, p. 123, la quale esclude anche la natura interpretativa della regola introdotta dal d.l. n. 5/2012 e quindi la possibilità di applicarla con effetto retroattivo.



debiti contributivi (sia previdenziali, in senso stretto, che assicurativi), potendo il silenzio serbato al riguardo dal d.l. n. 5/12 essere letto quale implicito riconoscimento della loro inclusione entro il raggio operativo della solidarietà, come è avvenuto in sede ministeriale<sup>31</sup>, oppure sostenersi la conclusione opposta sulla base di diversi, ma non facilmente condivisibili, argomenti<sup>32</sup>.

Ancora tutto da scrivere è poi il capitolo concernente la responsabilità solidale del committente per i compensi spettanti ai lavoratori autonomi che abbiano prestato la propria attività in esecuzione dell'opera o del servizio affidati contrattualmente all'appaltatore. È però facilmente prevedibile che l'elaborazione giurisprudenziale formatasi con riguardo ai crediti retributivi dei dipendenti degli appaltatori non resterà priva d'influenza sulla soluzione dei nodi problematici che si presenteranno nell'applicazione della disciplina riferita ai compensi dei prestatori di lavoro autonomo.

Sempre a proposito dell'art. 9, co. 1, del d.l. n. 76/13, è risultata fonte di marcate perplessità, come già rilevato (nel § 2.1.), la parte che estende l'applicabilità dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 "agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo", senza preoccuparsi di distinguere tra i lavoratori parasubordinati e quelli autonomi in senso stretto. Mentre l'allargamento della responsabilità solidale al fronte previdenziale può agevolmente comprendersi rispetto a figure come quelle dei collaboratori a progetto, non troppo distanti dalla posizione dei lavoratori subordinati, il contrario vale invece per i lavoratori autonomi in senso proprio, che sono tenuti a provvedere in via diretta e *a posteriori* al versamento dei contributi previdenziali e assicurativi, senza che l'appaltatore che si è avvalso della loro opera possa esercitare alcun controllo su tale adempimento e senza che sia chiamato a rispondere in caso d'ina-

<sup>31</sup> Nel parere Min. lav. del 21 marzo 2012 (prot. n. 37/0005826) si afferma che il regime di solidarietà continua ad applicarsi alle somme dovute a titolo di interessi moratori, nascenti sul debito contributivo "una volta raggiunta l'entità massima prevista della sanzione civile, considerata la portata generale dell'art. 1294 cod. civ. ed in mancanza, sul punto, di una previsione contraria della legge".

<sup>32</sup> Così fa ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., pp. 112-114, con una costruzione che non pare tuttavia convincente nella misura in cui fa discendere l'esclusione dal vincolo solidale di "obbligazioni accessorie come le sanzioni civili e gli interessi moratori", che "non hanno la funzione di contribuire alla composizione della riserva economica a vantaggio del lavoratore", dall'imprecisa formulazione, presumibilmente involontaria, con cui l'art. 29, co. 2, collega ai lavoratori, anziché ai competenti istituti pubblici, il credito per i contributi previdenziali e assicurativi.

dempimento: ragion per cui risulta difficile capire quali termini assumerebbe la corresponsabilità, in via solidale, dell'appaltante.

Accanto all'ipotesi interpretativa – pure problematica e avanzata infatti non senza riserve – che vede nella nuova disposizione una presa di posizione legislativa “a favore degli istituti previdenziali, per fare in modo che i medesimi possano rivalersi sui committenti nell'eventualità” d'inadempimento delle proprie obbligazioni da parte dei lavoratori autonomi, è stata prospettata e indicata come preferibile – e tale risulta essere certamente nel risultato, pur trattandosi di una soluzione giuridicamente non ortodossa – una lettura sostanzialmente abrogatrice, *in parte qua*, della recente normativa<sup>33</sup>. Proprio nel senso di intendere il riferimento legislativo ai titolari di un contratto di lavoro autonomo come “limitato sostanzialmente ai co.co.co./co.co.pro. impiegati nell'appalto e non anche a quei lavoratori autonomi che sono tenuti in via esclusiva all'assolvimento” degli obblighi previdenziali e assicurativi, del resto, vanno le indicazioni tempestivamente fornite dal Ministero del lavoro con la circolare 29 agosto 2013 n. 35, ove si spiega che l'interpretazione letterale del nuovo dettato normativo condurrebbe ad una singolare “coincidenza tra trasgressore e soggetto tutelato dalla solidarietà, ampliando ingiustificatamente le effettive responsabilità del committente, con evidenti distonie sul piano delle finalità proprie dell'istituto della solidarietà”.

In conclusione del discorso, vale la pena di tornare all'utile precisazione con cui il d.l. n. 5/12 ha chiarito, per i crediti tanto dei lavoratori quanto degli enti previdenziali e assicurativi, che il vincolo solidale dell'art. 29, co. 2, opera solo con riguardo a quelli “dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto”: col non trascurabile limite rappresentato però dalla mancata previsione di un meccanismo atto a consentire all'obbligato in via solidale di acquisire la “conoscenza di tutte le posizioni lavorative ... facenti capo alle imprese appaltatrici e subappaltatrici”, in modo tale da poter controllare la fondatezza delle pretese economiche avanzate nei suoi confronti ed assolvere correttamente al ruolo di garanzia affidatogli normativamente<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Per entrambe le interpretazioni v. GAMBERINI, *op. cit.*, pp. 243-246 (p. 244 s. per la citazione riportata nel testo).

<sup>34</sup> In questo senso CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1000 s., che denuncia la persistenza di “una oggettiva difficoltà al pieno dispiegarsi del ruolo di garanzia affidato dalla legge al committente, specie quando di tale ruolo debbano beneficiare soggetti terzi quali gli enti previdenziali e assicurativi, completamente estranei all'andamento e ai contenuti della filiera esecutiva dell'appalto e, specificamente, dei lavoratori a essa addetti”.

La questione della conoscibilità da parte dell'appaltante delle vicende lavorative dalle quali scaturiscono i crediti retributivi e previdenziali fatti valere in giudizio nei suoi riguardi è in effetti delicata, anche perché variamente articolata. Non si tratta infatti soltanto d'individuare il credito maturato dal lavoratore nello specifico periodo di esecuzione del contratto d'appalto da cui trae origine il vincolo solidale azionato in giudizio, ma anche – nella frequente ipotesi di lavoratori impiegati dall'appaltatore in diverse opere nello stesso arco temporale – di quantificare l'attività effettivamente prestata a favore del committente chiamato in causa; oltre che, in linea generale, di risolvere i problemi legati alle differenze retributive che il lavoratore può rivendicare per le più svariate ragioni (come l'inquadramento superiore a lui spettante o il lavoro straordinario svolto).

Rispetto alla scomoda posizione in cui può venire a trovarsi il committente in tutte queste situazioni, in cui non va comunque dimenticato che tocca sempre al lavoratore fornire la prova dei crediti rivendicati, un miglioramento pare destinato a realizzarsi con il coinvolgimento processuale e patrimoniale del datore di lavoro appaltatore o subappaltatore imposto dalla l. n. 92/12. È infatti presumibile che quest'ultimo, quale litisconsorte necessario dell'appaltante chiamato a rispondere dei crediti rivendicati in sede giudiziale in prima battuta col proprio patrimonio, qualora si costituisca in giudizio non venga meno all'onere di contestare la fondatezza delle pretese indebite eventualmente avanzate dai lavoratori creditori: l'interesse del debitore principale ad esercitare il proprio diritto di difesa potrebbe così finire per tutelare il patrimonio dell'obbligato solidale<sup>35</sup>. L'impostazione secondo cui l'intervenuta previsione del litisconsorzio necessario costituirebbe addirittura una scelta costituzionalmente necessitata, realizzandosi in sua assenza la violazione del diritto del committente all'esercizio della propria difesa garantito dall'art. 24 Cost.<sup>36</sup>, non pare peraltro condivisibile: a parte la circostanza che, in linea generale, il regime delle obbligazioni solidali non è accompagnato dal litisconsorzio necessario, va infatti considerato, nello specifico, il diritto di regresso stabilito in capo al committente proprio nell'ottica, rispondente all'esigenza di effettiva attuazione del diritto alla retribuzione tutelato dall'art.

<sup>35</sup> Sull'utilità per il committente della presenza in giudizio dell'appaltatore v. già PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 810 s.

<sup>36</sup> In questi termini MARESCA, *Relazione alla Tavola rotonda su Appalto, codatorialità, somministrazione: alla ricerca del datore di lavoro*, svoltasi presso la Corte d'Appello di Roma il 12 giugno 2013.

36 Cost., di porre a carico del soggetto economicamente meno debole il rischio dell'insolvenza del datore di lavoro appaltatore.

2.3. *Litisconsorzio necessario e beneficio di preventiva escussione a favore del committente: verso una responsabilità solidale puramente sussidiaria*

Se con le modifiche apportate dalla l. finanziaria 2007 all'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 il regime di responsabilità solidale per i crediti da lavoro era stato irrobustito come non mai, d'intensità non minore è l'indebolimento dello stesso realizzatosi dopo la sterzata di segno contrario impressa (dapprima e più timidamente) dalla l. n. 35/12 e (poco dopo, assai incisivamente) dalla l. n. 92/12: misure costruite dal legislatore adoperando ingredienti assenti dalle tradizionali ricette in materia, come il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore e il litisconsorzio necessario tra committente e appaltatore, miscelati però nelle due occasioni in dosi e modi diversi.

La disciplina delineata (*ex novo* in sede di conversione) dalla l. n. 35/12, che rimetteva al creditore la facoltà di agire in giudizio contro il committente "unitamente all'appaltatore" o meno, facendo discendere dalla scelta in ordine al litisconsorzio conseguenze differenti anche sul beneficio di escussione preventiva del debitore principale, era stata severamente censurata dalla dottrina come caotica, foriera d'incertezze sotto vari profili e produttiva di effetti irragionevolmente diversificati<sup>37</sup>. La rapida sostituzione della stessa ad opera della c.d. l. Fornero è avvenuta perciò senza rimpianti: da più parti, anzi, nonostante le discordanti valutazioni espresse sull'evidente obiettivo di alleggerimento della posizione del committente perseguito dal legislatore, sono stati evidenziati i passi avanti compiuti, in termini di chiarezza e razionalizzazione normativa, con il passaggio alla formulazione dell'art. 29, co. 2 (periodi dal secondo al quinto) oggi vigente<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Per questi rilievi critici v. TOSI, *Appalto di opere o di servizi e solidarietà*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in DPL, 2012, n. 33, *Supplemento*, p. 161 e CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1005, nota 13; per considerazioni piuttosto preoccupate in proposito v. anche MIMMO, *op. cit.*, p. 536.

<sup>38</sup> V. TOSI, *op. cit.*, p. 162; GAMBERINI, VENTURI, *La responsabilità solidale negli appalti*, cit., p. 209, che sottolineano l'armonizzazione intervenuta con l'allargamento della disciplina ai subappaltatori; PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 810; MUTARELLI, *La solidarietà negli appalti per i crediti dei lavoratori*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, p. 720, che si sofferma in particolare sul superamento dell'incertezza concernente i contributi previdenziali.

Vero è che attualmente il meccanismo istituito a tutela del patrimonio del committente è unitario e che non si può più metterne in dubbio l'applicabilità ai crediti previdenziali, accanto ai crediti retributivi, così come ai rapporti che s'instaurano nei subappalti, oltre che negli appalti in senso stretto. Il disposto normativo contenuto nella seconda parte dell'art. 29, co. 2, tuttavia, come si spiegherà fra breve, lascia a sua volta la strada aperta a divergenze interpretative su alcuni aspetti e pare, nel suo complesso, ancora più penalizzante per i lavoratori (e gli istituti previdenziali) di quanto non fosse quello precedente.

In base al regime oggi vigente, ogniqualvolta il creditore intenda far valere la responsabilità solidale del committente (o appaltatore sub-committente), deve convenirlo “in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori”<sup>39</sup>. Il committente convenuto, allora, pur non essendovi certo obbligato, “può eccepire, nella prima difesa”, senza più l'onere d'indicazione dei beni patrimoniali su cui indirizzare l'esecuzione forzata, “il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori”: nel qual caso “il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori”. Forse per compensare simili scossoni con un'affermazione rassicurante, perché già pacificamente desumibile dai principi civilistici in materia di obbligazioni solidali, l'art. 29, co. 2, conclude poi esplicitando la possibilità del “committente che ha eseguito il pagamento” di “esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali”<sup>40</sup>.

A fronte di questa nuova e articolata costruzione normativa sono stati avanzati dubbi sulla portata di alcuni snodi: in particolare, circa la natura della sentenza resa dal giudice investito dell'azione di responsabilità solidale, qua-

<sup>39</sup> Non vi sono dunque più alternative al litisconsorzio necessario, a parte l'assai improbabile caso di azione diretta esclusivamente nei confronti del datore di lavoro debitore principale: scelta che viene condivisibilmente letta come un'implicita rinuncia alla solidarietà da PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 810; in senso analogo anche MUTARELLI, *op. cit.*, 719.

<sup>40</sup> Il carattere pleonastico di tale affermazione, rimasta intonsa nel passaggio dalla l. n. 35/12 alla l. n. 92/12, è stato prontamente rilevato da GAMBERINI, VENTURI, *La responsabilità solidale*, cit., 209; mentre di TOSI, *op. cit.*, p. 162, è l'osservazione sulla natura “platonica” che l'azione di regresso verso il debitore principale è destinata ad assumere quando sia esercitata “a valle della infruttuosa escussione del patrimonio” dello stesso.

lificabile come di mero accertamento oppure di condanna c.d. condizionale, tale da non richiedere la formazione di un ulteriore titolo da porre in esecuzione nei confronti del committente<sup>41</sup>, nella condivisibile ottica di non rendere oltremodo complicata l'iniziativa giudiziale intrapresa dai creditori insoddisfatti; sul significato dell'espressione legislativa "prima difesa", per il dubbio che si pone circa l'operatività delle preclusioni in caso di costituzione del convenuto oltre il termine fissato per il deposito della memoria difensiva dall'art. 416 cod. proc. civ.<sup>42</sup>; infine, circa la portata da attribuire al cruciale concetto di "infruttuosa escussione" che, ove venisse inteso nel senso più radicale e rigoroso, comprometterebbe pesantemente la possibilità del creditore di giovare della garanzia, in cui trova ragione l'istituzione del regime di solidarietà, rappresentata dal patrimonio dell'obbligato solidale<sup>43</sup>.

Ma a parte ciò, fissando l'attenzione sul cuore di tale costruzione, è stato condivisibilmente sottolineato il carattere "sussidiario rispetto a quello del datore di lavoro" assunto ormai dal "vincolo solidale gravante sul committente", nonché la radicale alterazione subita dall'impostazione originaria della responsabilità con lo spostamento sul lavoratore dei costi connessi alla definizione della procedura esecutiva<sup>44</sup>: costi in precedenza posti interamente a carico del committente, tenuto a soddisfare i creditori dell'appaltatore prima di poter esercitare verso lo stesso l'azione di regresso e l'eventuale escussione del suo patrimonio. Al di là di stabilire se la seconda parte dell'art. 29, co. 2, contempra o meno un'eccezione al principio generale sulle obbligazioni solidali di cui all'art. 1292 cod. civ.<sup>45</sup>, o se addirittura siano lì venuti a mancare i presupposti civilistici di base della solidarietà<sup>46</sup>, è dunque inevitabile la presa

<sup>41</sup> V. nel primo senso dell'alternativa TOSI, *op. cit.*, p. 162, e ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 123; nel secondo, invece, MUTARELLI, *op. cit.*, p. 721.

<sup>42</sup> Secondo MUTARELLI, *op. cit.*, p. 720, parlando di "prima difesa" il legislatore intende riferirsi al "tempestivo deposito della memoria di costituzione nel giudizio di primo grado, con la conseguenza che la decadenza non va riferita al termine di costituzione ma al compimento dell'atto"; sul punto cfr. FERRANTE, BRICCHI, *op. cit.*, p. 479.

<sup>43</sup> Per interessanti considerazioni sul concreto significato del presupposto della "infruttuosa escussione" v. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 124, il quale non pare porsi tuttavia il problema indicato nel testo.

<sup>44</sup> Così ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 121 (da cui è tratta la citazione) e p. 139; analogamente PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 811.

<sup>45</sup> Il contrasto col principio che attribuisce al creditore la facoltà di pretendere l'intero da ogni obbligato in solido è rilevato da PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 809 e GAMBERINI, VENTURI, *La responsabilità solidale*, cit., p. 208; *contra* v. invece CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1007.

<sup>46</sup> Secondo quanto prospetta ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 121, proiet-

d'atto della torsione funzionale realizzata dalla l. n. 92/12 su un meccanismo nato e cresciuto con l'obiettivo di assicurare la tutela rafforzata dei crediti maturati dai lavoratori<sup>47</sup>.

Posto che le valutazioni formulate sull'inversione di rotta segnata dall'attuale art. 29, co. 2, sono tutt'altro che convergenti<sup>48</sup>, a difesa del nuovo assetto normativo si può osservare come venga con esso rimosso il perverso effetto di de-responsabilizzazione del debitore principale prodotto da quello previgente, oltre che il problema della 'ricattabilità' del committente da parte dell'appaltatore per l'ipotesi di mancato rinnovo della commessa a suo favore<sup>49</sup>. Oggi, infatti, data la necessità dei creditori di risalire passo a passo l'intera catena contrattuale, l'obbligato solidale è costretto a rispondere col proprio patrimonio solo quando ha commesso in prima persona l'errore di scelta dell'appaltatore, incaricando dell'opera o del servizio di cui necessita un soggetto rivelatosi inaffidabile, e non più invece – almeno non più in prima battuta – quando tale errore è stato commesso dall'appaltatore o da altro imprenditore o datore di lavoro collocato a valle della filiera produttiva.

Non può trascurarsi, d'altro canto, il fatto che la necessità del creditore di risalire l'intera catena dei subappalti prima di arrivare al patrimonio del committente che ne sta all'origine può “produrre effetti distorsivi”, spingendo a interminabili articolazioni dell'appalto finalizzate a “diluire le responsabilità degli imprenditori capofila”<sup>50</sup>. Né possono trascurarsi, soprattutto, le oggettive e pesanti difficoltà che costellano ormai il percorso diretto alla soddisfazione

tando sull'attuale disciplina dell'art. 29, co. 2, le considerazioni di ordine generale svolte molti anni fa da RUBINO, *Obbligazioni alternative, in solido, divisibili e indivisibili*, in SCIALOJA, BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli, 1968, p. 165.

<sup>47</sup> Parla senza mezzi termini di un'aperta e insanabile contraddizione con la funzione dell'istituto della responsabilità solidale SCARPELLI, *Relazione alla Tavola rotonda su Appalto, codatorialità, somministrazione: alla ricerca del datore di lavoro*, svoltasi presso la Corte d'Appello di Roma il 12 giugno 2013.

<sup>48</sup> Per critiche più o meno pesanti alle modifiche in esame v. MARCUCCI, GARIBOLDI, GHIDONI, *op. cit.*, p. 76, PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 811, FERRANTE, BRICCHI, *op. cit.*, p. 479 s.; positiva è invece la valutazione di TOSI, *op. cit.*, p. 162, e di MARESCA, *Relazione*, cit.

<sup>49</sup> Delle pratiche abusive che vedono l'appaltatore minacciare l'inadempimento dei propri obblighi retributivi e contributivi (destinati evidentemente a ripercuotersi sul responsabile in solido) in caso di sospetto di mancato rinnovo del contratto commerciale nell'imminenza della sua scadenza riferisce IMBERTI, *Il trattamento economico e normativo*, in CARINCI M.T., CESTER, MATTAROLO, SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, p. 91.

<sup>50</sup> Così ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 124.

dei crediti maturati dai lavoratori (e dagli istituti previdenziali): percorso più accidentato di quello previsto dalla l. n. 35/12, in base al quale il lavoratore avrebbe in concreto chiamato in causa come litisconsorte necessario il committente, a titolo cautelativo, solo ove avesse avuto motivo di confidare sulla solvibilità dell'appaltatore, e quindi sul fatto che sarebbe stata sufficiente l'escussione del patrimonio del debitore principale, mentre avrebbe agito solo contro il committente qualora avesse ritenuto probabile l'inadempimento dell'appaltatore, costringendo così l'obbligato solidale a indicarne i beni da escutere ed evitando quindi costose perdite di tempo quando tali beni non vi fossero.

Considerata la particolare attenzione riservata dall'ordinamento alla tempestiva soddisfazione dei crediti che derivano da attività lavorative, pare assolutamente singolare e di dubbia accettabilità giuridica un regime che scarica sui malcapitati dipendenti e collaboratori di un appaltatore inadempiente ai propri obblighi retributivi, anziché su chi governa economicamente dall'alto la filiera ed è dunque potenzialmente in grado d'incidere su ciò che accade a valle del primo appalto, anche inserendo nel relativo contratto specifiche limitazioni o condizioni concernenti gli eventuali subappalti, il costo della violazione delle regole commessa da chi richiede la prestazione di lavoro subordinato o autonomo.

Un sistema atto a consentire al committente che sta al vertice della catena contrattuale un efficace e capillare controllo preventivo sulla regolarità di quanto accade, sul fronte lavorativo, ai vari livelli del processo di decentramento produttivo è al momento inesistente, anche se da questa strada potrebbe probabilmente discendere una congrua soluzione ai problemi incontrati oggi dai titolari dei crediti da lavoro, oltre che, in qualche misura, dagli obbligati in via solidale, in difficoltà nel difendersi dalle eventuali pretese economiche infondate avanzate nei loro confronti dai creditori dell'appaltatore o del subappaltatore<sup>51</sup>.

In attesa dell'eventuale concretizzarsi di nuove prospettive, l'impatto negativo del regime procedurale vigente va comunque contenuto in via interpretativa il più possibile: sostenendo, come già suggerito da qualcuno, che siano quanto meno addebitate al committente le spese sostenute dal lavoratore per l'infruttuosa escussione del patrimonio del debitore principale e dei contraenti a questi più prossimi nella catena dei subappalti, nonché l'impossibilità dell'appaltante d'invocare il beneficio della preventiva escussione del-

<sup>51</sup> Sul punto si rimanda alle osservazioni svolte *supra*, in conclusione del § 2.2.



l'appaltatore nelle situazioni (ove peraltro è precluso *ex lege* il compimento di atti esecutivi) in cui quest'ultimo sia assoggettato a fallimento o ad altra procedura concorsuale<sup>52</sup>.

#### 2.4. La derogabilità in via collettiva del regime di solidarietà: passo avanti o salto nel vuoto?

La facoltà di derogare alla responsabilità solidale del committente attribuita ora alla contrattazione collettiva dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 non costituisce, com'è noto, una novità priva di precedenti. Tale facoltà, infatti, oltre ad essere stata fuggacemente contemplata da un inciso collocato dal d.lgs. n. 251/04 nella stessa sede di quello attuale, è stata di recente riproposta nel contesto della famigerata disciplina recata dall'art. 8 del d.l. n. 138/11, convertito dalla l. 14 settembre 2011 n. 148, che rimette ai "contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale" la possibilità di "realizzare specifiche intese, ... finalizzate" agli obiettivi d'incentivo all'occupazione e di rilancio economico legalmente indicati, incidenti su diverse materie, tra cui appunto il "regime della solidarietà negli appalti" (così nei co. 1 e 2)<sup>53</sup>.

Un elemento problematico, tra i tanti di ordine più generale che accompagnano la disciplina di "sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità", è rappresentato dall'individuazione dei soggetti interessati agli accordi in deroga alla responsabilità solidale, considerata la scissione che inevitabilmente si realizza tra le parti abilitate a negoziare l'esenzione (includenti necessariamente l'organo rappresentativo dei lavoratori che ne subiscono gli effetti ablativi, cioè i dipendenti dell'impresa appaltatrice) e quella che da

<sup>52</sup> Sono queste le condivisibili proposte di SCARPELLI, *Relazione*, cit., che riprende sul secondo, delicato punto quanto già sostenuto da MARCUCCI, GARIBOLDI, GHIDONI, *op. cit.*, p. 76, nota 2; *contra* v. però ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 126, secondo il quale "il lavoratore potrà agire nei confronti del committente obbligato solidale solo dopo essersi insinuato nel passivo" fallimentare "e aver dimostrato ... che il proprio credito non potrà trovare utile soddisfazione nella procedura concorsuale".

<sup>53</sup> La controversa disciplina di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/11 ha ricevuto grande attenzione in dottrina: tra le prime riflessioni in proposito v. CARINCI F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 133/2011; FERRARO, *Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in ADL, 2011, p. 1249 ss.; PERULLI, SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di agosto" del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 132/2011.

tale esenzione trae vantaggio, ottenendo *ex ante* la garanzia d'intangibilità del proprio patrimonio (l'impresa appaltante, terza rispetto all'accordo derogatorio)<sup>54</sup>. Divergenze e incertezze circondano inoltre l'oggetto della deroga: sebbene appaia giuridicamente assai azzardata la pretesa di far rientrare nell'intesa sottoscritta tra un datore di lavoro e i rappresentanti sindacali dei suoi dipendenti beni sottratti alla loro disponibilità come i contributi dovuti agli enti previdenziali e assicurativi e le ritenute fiscali sui salari dovute all'erario, non sono mancate infatti prese di posizione volte ad estendere in questi termini, e dunque ben al di là dei "trattamenti retributivi" considerati dall'art. 29, co. 2, le potenzialità derogatorie dei c.d. contratti di prossimità<sup>55</sup>.

Il seguito pressoché inesistente ricevuto nella pratica negoziale dalla possibilità di deviazione dal regime legale di responsabilità solidale aperta dall'art. 8 della l. n. 148/11<sup>56</sup> è stato forse all'origine della nuova previsione introdotta in tal senso, ma con profonde differenze nelle condizioni d'uso, almeno per quanto concerne la fonte collettiva chiamata in causa e i presupposti della derogabilità, dalla l. n. 92/12.

La duplicazione normativa venutasi a creare sul punto con l'attuale *incipit* dell'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276 è divenuta tuttavia causa di ulteriori discordanze dottrinali. Alla tesi che, ritenendo il rapporto tra l'art. 8 della l. n. 148 e l'art. 29, co. 2 "riconducibile a quello tra norma generale preesistente e norma speciale sopravvenuta", sostiene l'avvenuta abrogazione implicita, *in parte qua*, della prima, si contrappongono infatti convinzioni a favore della coesistenza delle discipline – a ben vedere pressoché scontate per chi attri-

<sup>54</sup> Tali difficoltà sono messe nitidamente in evidenza da MIMMO, *op. cit.*, p. 537 s.

<sup>55</sup> Secondo ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 131, le deroghe concordate ai sensi dell'art. 8 potrebbero infatti riguardare tutti i crediti (di natura retributiva, contributiva e fiscale) coperti dalla solidarietà; analogamente MUTARELLI, *op. cit.*, p. 724 (in nota 17), che comprende nella derogabilità pure l'art. 26, co. 4, del d.lg. n. 81/08 e l'art. 1676 cod. civ. Per la lettura più restrittiva adottata nel testo propendono invece, dandone congrua motivazione, GAMBERINI, VENTURI, *La facoltà derogatoria della contrattazione collettiva nella responsabilità solidale negli appalti*, in corso di pubblicazione in *DRI*, § 6; nonché FREDIANI, *op. cit.*, p. 673.

<sup>56</sup> L'unico accordo a tutt'oggi noto è il contratto collettivo aziendale stipulato presso l'ILVA s.p.a. di Paderno Dugnano il 27 settembre 2011, derogatorio rispetto al regime di solidarietà stabilito non dal d.lgs. n. 276/2003 ma dal d.l. n. 223/06 e stipulato oltretutto dalla stessa impresa committente destinata a beneficiare dell'esenzione: un accordo che, per la pretesa di produrre effetti a carico di soggetti terzi come l'Agenzia delle Entrate, l'Inps e l'Inail, è stato subito correttamente giudicato nullo per contrarietà a norme imperative (v. GAMBERINI, VENTURI, *Le dubbie deroghe ex art. 8 alla solidarietà negli appalti: brevi note sul contratto aziendale dell'ILVA di Paderno Dugnano*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), 15 aprile 2013).

buisca alla contrattazione di prossimità un raggio operativo più ampio di quello riservato ai contratti collettivi nazionali dalla disposizione sopravvenuta – o affermazioni dubitative<sup>57</sup>. La lettura più accreditata, considerata la distanza che oggettivamente intercorre tra le due previsioni, pare quella che fa discendere dall'incompatibilità delle stesse la prevalenza generalizzata di quella sopravvenuta.

Anche rispetto alla facoltà derogatoria contemplata dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03, ad ogni modo, sono sorti dubbi interpretativi di non poco conto. Oltre che sulla questione preliminare – di cui si dirà tra breve – della configurabilità o meno della procedura di controllo preventivo sulla regolarità degli appalti quale necessaria contropartita al 'taglio' della responsabilità solidale, ci si è infatti interrogati sull'identità del contratto nazionale abilitato ad operare detto taglio, posto che solo occasionalmente i settori produttivi di appartenenza dell'appaltatore (da cui dipendono i lavoratori che sarebbero toccati dall'esenzione) e del committente (beneficiario di quest'ultima) risultano coincidenti. La linea sinora più accreditata sembra quella che considera legittimato alla deroga il contratto collettivo del settore dell'impresa appaltatrice, dato che sono i lavoratori ivi impiegati a subire gli effetti dello scostamento dalla garanzia legale<sup>58</sup>; ma è stata anche sostenuta, non senza logica, l'operatività del meccanismo derogatorio "solo nell'ambito di filiere ... i cui soggetti operino nel medesimo settore produttivo e siano tutti tenuti, quindi, all'applicazione della medesima disciplina collettiva nazionale"<sup>59</sup>.

Pure sull'altro fronte dell'ineludibile nesso tra rappresentanti e (soggetti e interessi) rappresentati, cioè quello concernente l'oggetto della possibile deroga, è emersa qualche incertezza prima che il d.l. n. 76/13, con l'integrazione apportata dal suo art. 9, co. 1, rendesse evidente l'estraneità alla stessa di crediti, come quelli per contributi previdenziali e premi assicurativi, di cui non sono titolari i dipendenti rappresentati in sede di stipula dell'accordo.

<sup>57</sup> L'abrogazione sopravvenuta, *in parte qua*, dell'art. 8 è sostenuta da CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1003 s. e da BARRACO, *op. cit.*, p. 1168. Per la tesi della coesistenza tra le norme (e la prevalenza, in caso di divergenze tra le deroghe, del contratto collettivo di prossimità rispetto al contratto collettivo nazionale) v. invece MUTARELLI, *op. cit.*, p. 725; mentre GAMBERINI, VENTURI, *La facoltà derogatoria*, cit., § 5, ritengono difficile risolvere la controversa questione in assenza di un intervento legislativo d'interpretazione autentica.

<sup>58</sup> In questo senso GAMBERINI, VENTURI, *La facoltà derogatoria*, cit., § 2 e ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 132.

<sup>59</sup> Così, con una lettura evidentemente molto limitativa delle possibilità di deroga, CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1003.

L'introdotta precisazione per cui "le disposizioni dei contratti collettivi" ex art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03 "hanno effetto esclusivamente in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto", oltre a sciogliere il dubbio concernente i crediti degli istituti previdenziali, ha anzi reciso sul nascere pure quello che si sarebbe posto con riguardo "ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo", inclusi nel campo d'applicazione dell'art. 29, co. 2, dal medesimo d.l. n. 76/13.

Venendo ora al cruciale dilemma sulla qualificazione del sistema di controllo preventivo delineabile dalla contrattazione collettiva come presupposto legittimante il venir meno della responsabilità solidale, in senso affermativo è sicuramente orientata la prevalente e più convincente dottrina<sup>60</sup>.

L'interpretazione che legge nell'espressione debolmente assertiva per cui i "contratti collettivi nazionali ... possono individuare metodi e procedure di controllo" preventivo la previsione di uno scambio negoziale – quello tra l'accantonamento del regime legale di corresponsabilizzazione del committente e la predisposizione di misure di verifica dell'assolvimento degli obblighi economici da parte dell'appaltatore – risponde evidentemente all'esigenza di premiare con l'esonero dalla responsabilità solidale l'imprenditore diligente nel controllo della filiera dell'appalto: un'esigenza manifestata dalle stesse parti sociali<sup>61</sup>, assecondata in altri ordinamenti<sup>62</sup> e guardata con un certo interesse nelle proposte normative dell'Unione europea<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> V. CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., 1002; GAMBERINI, VENTURI, *La responsabilità solidale*, cit., 206; ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 132; PASQUARELLA, *op. cit.*, p. 9. *Contra* invece MUTARELLI, *op. cit.*, p. 723.

<sup>61</sup> V. in particolare quanto previsto dal CCNL del settore Assologistica del 27 gennaio 2011.

<sup>62</sup> Circa i modelli adottati dai diversi Stati dell'Unione europea v. HOUWERZIJL, PETERS, *Liability in subcontracting processes in the European construction sector*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2008.

<sup>63</sup> Si fa riferimento al principio, contenuto nella proposta di Direttiva concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, COM (2012) 131 def. del 21 marzo 2012 (in merito alla quale v. ALLAMPRESE, ORLANDINI, *La proposta di direttiva sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *LG*, 2012, p. 1028 ss.), per cui l'adempimento degli obblighi di diligenza da parte dell'appaltante vale ad escluderne la responsabilità verso i dipendenti dell'appaltatore (così all'art. 12.2). Tale principio dovrebbe peraltro venire meno, insieme all'obbligo degli Stati membri d'istituire la garanzia della responsabilità solidale del committente, a seguito degli emendamenti alla proposta di direttiva in questione presentati dal Comitato per l'occupazione e le politiche sociali

Di un “meccanismo premiale e di incentivazione legato all’effettività del controllo” si poteva anche avvertire la necessità, considerato come in sua assenza si riduce “drasticamente per il committente l’opportunità e l’utilità di effettuare il controllo stesso”<sup>64</sup>. La facoltà rimessa all’autonomia collettiva di puntare sull’accertamento preventivo degli adempimenti anziché sul rimedio *a posteriori* agli inadempimenti risulta inoltre, in qualche misura, in sintonia con la scelta compiuta dal legislatore col riportare in vita, sul fronte erariale, il meccanismo ideato dal d.l. Bersani<sup>65</sup>. Sul tentativo di rendere il ricorso alla responsabilità solidale un’*extrema ratio*, grazie al buon funzionamento di meccanismi di verifica *ex ante* dei regolari pagamenti, non vi sarebbe insomma, di per sé, nulla da obiettare, potendosi ritenere “preferibile ... un sistema di filtri che privilegi gli imprenditori più virtuosi piuttosto che ... un sistema ... che, oltre a gravare l’ordinamento giudiziario, finisca per responsabilizzare solo la parte committente”<sup>66</sup>.

I problemi tuttavia si pongono, e in modo molto serio, perché non esiste allo stato alcuna garanzia di accorta costruzione e di efficiente attivazione dei meccanismi di controllo alternativi alla responsabilità solidale. Con cautela, e alla luce dell’irrinunciabile obiettivo di assicurare comunque l’effettivo soddisfacimento dei crediti maturati col lavoro svolto nell’ambito dell’appalto, va letta quindi anche la proposta di valorizzare il comportamento diligente tenuto dal committente tramite lo strumento della certificazione, predisponendo in sede collettiva un sistema di qualificazione delle imprese modellato su quello previsto a tutela della salute dei lavoratori dall’art. 27 del d.lgs. n. 81/2008<sup>67</sup>: evidentemente, infatti, di un attestato di responsabilità che non trovi poi concreto riscontro nei puntuali adempimenti imprenditoriali lavoratori ed enti previdenziali non saprebbero che farsene.

del Parlamento europeo il 28 maggio 2013 con il rapporto Jazlowiecka, che ha suscitato immediate e risentite critiche da parte della Confederazione europea dei sindacati.

<sup>64</sup> Così IMBERTI, *Il trattamento economico e normativo*, cit., p. 97, che prima degli interventi legislativi del 2012 osservava come “l’attività di raccolta e valutazione di informazioni sull’appaltatore” rappresentasse per il committente “un costo certo ed immediato a fronte di un rischio incerto”.

<sup>65</sup> Analogamente TOSI, *op. cit.*, p. 63.

<sup>66</sup> Così GAMBERINI, VENTURI, *La facoltà derogatoria*, cit., § 7.

<sup>67</sup> La proposta è stata formulata da GAMBERINI, VENTURI, *La facoltà derogatoria*, cit., § 4, cui si rimanda per una più puntuale illustrazione della stessa.

3. *La responsabilità solidale e la responsabilità amministrativa nei confronti dell'erario ex art. 35, co. 28, 28-bis e 28-ter, del c.d. decreto Bersani*

Sul fronte dei crediti maturati dal fisco in relazione alle prestazioni di lavoro rese nell'ambito di appalti, dopo quattro anni di applicazione del regime minimalistico e relativo solo ai subappalti rimasto in vigore dopo la robusta spallata inferta all'art. 35 del d.l. Bersani all'inizio della sedicesima legislatura (con il già ricordato d.l. n. 97/08), si è concretizzata la volontà legislativa di ridare spazio ai motivi ispiratori dell'originaria manovra: reintroducendo, da un lato, un meccanismo di controllo a catena esteso all'intera filiera produttiva e, dall'altro, la possibilità per committenti e sub-committenti di mettersi al riparo dalla responsabilità per gli inadempimenti di appaltatori e subappaltatori esercitando in merito una diligente vigilanza preventiva.

Fermi restando questi punti, così come l'apprezzabile determinazione del legislatore nell'espungere i contributi sia previdenziali che assicurativi dall'oggetto della responsabilità sancita nello specifico contesto in esame, nel 2012 si è assistito tuttavia, nel giro di poche settimane, a profondi cambiamenti. Mentre infatti l'art. 2, co. 5-*bis*, della l. n. 44/12 (di conversione, proprio con l'aggiunta della disposizione in esame, del d.l. n. 16/12) ha riproposto sul fronte fiscale il modello di responsabilità solidale temporalmente limitata, riguardante sia committenti che sub-committenti, delineato dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. 276, l'art. 13-*ter* del d.l. n. 83/12 ha assunto a modello l'originario art. 35, co. 28-34, del d.l. Bersani, con la discussa distinzione tra la responsabilità solidale dell'appaltatore sub-committente e la responsabilità amministrativa del committente, pur tentando di rendere più snella la prevista procedura di controllo documentale<sup>68</sup>.

Il regime di responsabilità gravante sull'appaltatore, più precisamente, è definito dall'attuale art. 35, co. 28, del d.l. n. 223/06, che lo chiama a rispondere "in solido con il subappaltatore, nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto, del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente dovute dal subappaltatore ... in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito del rapporto di subappalto". Viene così effettuata una scelta a favore della solidarietà che, pur replicando quella già compiuta in tal

<sup>68</sup> Apprezzamento del d.l. n. 83/2012 sotto questo profilo è espresso da TOSI, *op. cit.*, p. 164.

senso dal d.lgs. n. 276/03, presenta vistosi elementi di divergenza da tale *corpus* normativo: *in primis* perché il vincolo solidale oggi vigente in materia fiscale non soggiace ad alcun termine di decadenza, risultando invece contenuto entro il *quantum* del debito ancora esistente a carico dell'appaltatore sub-committente al momento della richiesta di versamento delle ritenute avanzata nei suoi confronti dall'erario<sup>69</sup>; in secondo luogo, perché la responsabilità solidale per i crediti erariali può essere fatta valere dal fisco senza i gravami procedurali e sostanziali rappresentati dal litisconsorzio necessario con il debitore principale e dal beneficio di preventiva escussione del patrimonio di quest'ultimo; infine perché solo nell'art. 35, co. 28, viene istituito *ex lege*, invece che affidato alla valutazione discrezionale delle parti sociali, un meccanismo di esonero dalla responsabilità solidale.

A questo fine, in particolare, è previsto che l'appaltatore verifichi, “prima del versamento del corrispettivo” e rifiutandosi eventualmente di procedere al pagamento fino a quando non intervengano idonee rassicurazioni di carattere documentale, che gli adempimenti fiscali a carico del subappaltatore, “scaduti alla data del versamento, sono stati correttamente eseguiti” dallo stesso. L'accertamento dell'avvenuto assolvimento degli obblighi erariali gravanti sul datore di lavoro può essere effettuato dall'appaltatore acquisendo dal subappaltatore la documentazione che lo comprova o, in alternativa, ottenendo l'asseverazione che può essere rilasciata in merito dai centri di assistenza fiscale nonché dai professionisti iscritti negli albi dei dottori commercialisti, ragionieri e periti commerciali e in quelli dei consulenti del lavoro: in questo secondo caso con un effetto liberatorio dell'appaltatore automatico e definitivo, anziché condizionato all'autenticità e veridicità della documentazione fornita dal subappaltatore<sup>70</sup>.

Alle due possibili modalità di controllo preventivo indicate dall'art. 35, co. 28, del d.l. Bersani la circolare dell'Agenzia delle Entrate 8 ottobre 2012 n. 40/E, ne ha poi aggiunto a fini semplificatori una terza, consentendo all'appaltatore sub-committente anche l'acquisizione di una dichiarazione sostitutiva (resa ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445) con cui il subappaltatore attesti l'avvenuto adempimento degli obblighi fiscali a suo carico. In questo modo, però, il sistema di verifica predisposto dal legislatore

<sup>69</sup> In questo senso sono orientati già ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà*, cit., p. 119 e CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1010. Per la prospettazione di tre diverse interpretazioni del tetto legislativo del “corrispettivo dovuto” v. comunque BARRACO, *op. cit.*, p. 1171.

<sup>70</sup> In tal senso CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1012.

viene esposto al rischio di un complessivo depotenziamento, potendo la dichiarazione sostitutiva costituire una “scappatoia” grazie alla quale finirà per “essere lo stesso subappaltatore ad attestare di avere adempiuto ai propri obblighi fiscali, con l’effetto di svincolare i pagamenti dei corrispettivi in proprio favore da parte dell’appaltatore, a sua volta beneficiario dagli effetti liberatori dell’autodichiarazione del subappaltatore”<sup>71</sup>.

Solo una parte delle regole dettate per il subappalto nell’art. 35, co. 28, del decreto Bersani, come si è detto, vengono tuttavia estese dal co. 28-*bis* all’appalto principale. L’assimilazione che si realizza tra le posizioni del committente e dell’appaltatore sub-committente sotto il profilo sia dell’accertamento preventivo, in via documentale, degli adempimenti fiscali posti a carico dei datori di lavoro appaltatori e subappaltatori, sia della facoltà di sospendere il pagamento del corrispettivo fino all’esibizione della necessaria documentazione, si arresta infatti sulla soglia delle conseguenze che scaturiscono dalla “inosservanza delle modalità di pagamento previste a carico del committente”: inosservanza che “è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 200.000 se gli adempimenti di cui al comma 28 non sono stati correttamente eseguiti dall’appaltatore e dal subappaltatore”. Viene così configurato a carico del primo committente un illecito amministrativo, peraltro sanzionabile solo quando risulti *a posteriori* che al mancato controllo preliminare è corrisposto il mancato assolvimento degli obblighi fiscali da parte dell’appaltatore e degli eventuali subappaltatori e, dunque, un danno per l’erario.

La rinnovata opzione per la responsabilità amministrativa del committente, pur difficile da comprendere, potrebbe comunque anche condurre all’applicazione di un rimedio consistente ed efficace. L’ampia variabilità quantitativa della sanzione pecuniaria, oltretutto non accompagnata dall’indicazione di criteri da seguire per la graduazione della stessa, potrebbe infatti determinare la comminazione di sanzioni d’entità corrispondente in concreto, pur senza eccedere l’importo massimo legalmente stabilito, alle ritenute fiscali non versate: ne conseguirebbe così un sistema protettivo non meno rigido di quello derivante dalla responsabilità solidale dell’appaltatore<sup>72</sup>; e la stessa impostazione asimmetrica seguita dal legislatore per l’appalto e il subappalto risulterebbe di fatto ridimensionata.

<sup>71</sup> Così CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1013.

<sup>72</sup> Per quest’interpretazione ‘correttiva’ v. ancora CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1017 s.



Quanto, infine, al campo d'applicazione dell'illustrata disciplina, l'art. 35, co. 28-*ter*, del d.l. n. 223/06 ripropone l'originario riferimento "ai contratti di appalto e subappalto di opere, forniture e servizi conclusi da soggetti" che li stipulano "nell'ambito di attività rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto e, in ogni caso, dai soggetti" passivi dell'imposta sul reddito delle società, aggiungendo però la precisazione di segno negativo che esclude dal raggio d'operatività delle regole in esame, per diverse ineccepibili ragioni<sup>73</sup>, le stazioni appaltanti di cui all'art. 3, co. 33, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. codice degli appalti pubblici). Sull'ambito applicativo del meccanismo delineato dall'art. 35, co. 28 e 28-*bis*, si sono resi tuttavia necessari ulteriori chiarimenti, data la tendenza a sospendere i pagamenti dovuti ad appaltatori e subappaltatori manifestata, dopo l'art. 13-*ter* del d.l. n. 83/12 e in attesa del dissolversi dei numerosi dubbi emersi in proposito, da committenti e sub-committenti. L'Agenzia delle Entrate ha tentato perciò di correre ai ripari, precisando<sup>74</sup> che sono soggetti alla nuova disciplina sulla responsabilità per le ritenute fiscali solo i contratti di appalto o subappalto (e non anche altri tipi di contratti) stipulati o rinnovati in qualunque settore (e non esclusivamente nel settore edilizio) a partire dalla data di entrata in vigore del citato art. 13-*ter* (il 12 agosto 2013).

#### 4. *Tirando le fila del discorso: tra asimmetrie regolative, tentato approccio preventivo e concreti rischi di arretramento*

Come evidenziato dall'analisi appena compiuta, la disciplina a tutela dei crediti erariali risultante ora dall'art. 35, co. 28, 28-*bis* e 28-*ter*, del decreto Bersani ha replicato la differenziazione, già contestata in precedenza, tra le posizioni del committente e dell'appaltatore sub-committente<sup>75</sup>, ponendo a carico di figure giuridicamente assimilabili (dato che il subappalto, in sostanza, altro non è che un contratto di appalto) forme di responsabilità diverse.

<sup>73</sup> Prima tra cui l'esistenza della normativa speciale relativa ai pagamenti delle stazioni appaltanti dettata dall'art. 4, del d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

<sup>74</sup> Con la già cit. circ. 8 ottobre 2012 n. 40/E, e con la successiva circ. 1 marzo 2013 n. 2/E.

<sup>75</sup> In senso critico rispetto alla riproposizione della differenziazione v. CHIECO, *Appalti e solidarietà*, cit., p. 1009. Per il dissenso manifestato in dottrina con riguardo all'identica scelta compiuta dal legislatore del 2006 si rimanda alla nota 6.

L'asimmetria regolativa praticata rispetto all'appaltante e al subappaltante risulta tuttavia oggi meno vistosa rispetto a quella delineata dall'originario art. 35 del d.l. n. 223/06, considerata la facoltà ormai riconosciuta al committente di sospendere il pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore fino all'esibizione da parte dello stesso della documentazione attestante l'avvenuto adempimento degli obblighi fiscali propri e dei subappaltatori: almeno per quest'aspetto, quindi, il committente e l'appaltatore sub-committente non vengono ora assoggettati a un diverso trattamento normativo.

L'asimmetria regolativa ad ogni modo resta e suscita più di una perplessità. Oltre alle difficoltà d'individuazione della *ratio* ad essa sottesa, infatti, la scelta differenziatrice compiuta dal d.l. n. 83/12 per stimolare il puntuale assolvimento dei debiti erariali nelle filiere produttive articolate in subappalti si pone in singolare distonia rispetto a quella uniformante comprensibilmente effettuata, per garantire nello stesso contesto la regolarità dei versamenti retributivi e contributivi, dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/03: il quale tuttavia, come si è detto, delinea ormai un modello di responsabilità solidale lontano per molti aspetti da quello riguardante gli obblighi fiscali dei subappaltatori.

Quanto alla norma appena richiamata e agli interessi da essa salvaguardati, è difficile non cogliere il rischio che viene concretamente a profilarsi, a seguito delle rilevanti modifiche apportate dalla l. n. 92/12, di un arretramento del livello di tutela dei crediti maturati da quanti hanno prestato la propria attività lavorativa nell'ambito di un appalto o di un subappalto.

Tale rischio si annida, almeno in parte, nella possibilità di deroga al regime di responsabilità solidale rimessa dalla c.d. legge Fornero ai contratti collettivi di categoria sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, soprattutto laddove si ritenesse che l'individuazione delle "procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti" di cui parla l'attuale *incipit* dell'art. 29, co. 2, costituisca un sovrappiù facoltativo per le parti sociali anziché – in linea con l'orientamento più convincente e al momento nettamente prevalente<sup>76</sup> – il presupposto che legittima il venir meno della solidarietà: marcando così le distanze sia dalla derogabilità 'in bianco' prevista nello stesso art. 29, co. 2, prima dell'amputazione effettuata sul testo originario dal d.lgs. n. 251/04, sia dalla derogabilità contemplata, a favore dei c.d. contratti collettivi di prossimità e nel contesto

<sup>76</sup> In proposito si rimanda alla dottrina citata in nota 60.

di una ben più ampia operazione d'incentivo alla flessibilità regolativa, dal controverso art. 8 del d.l. n. 138/11.

Anche dando per scontata la lettura interpretativa che vede nella previsione negoziale di verifiche *ex ante* una *conditio sine qua non* per l'esonero dal vincolo di solidarietà, ad ogni modo, i motivi di preoccupazione non mancano.

La disposizione che autorizza le deroghe al regime di responsabilità presenta infatti numerose criticità, collegate sia (come si è spiegato nel § 2.4.) alla genericità della formulazione normativa e ai dubbi interpretativi che ne conseguono, sia alle “perplexità circa la capacità della contrattazione collettiva di assolvere il compito affidatole dal legislatore” e comunque alla possibilità che la congruità delle procedure di controllo stabilite in via negoziale venga contestata in sede contenziosa<sup>77</sup>. Infine, ma soprattutto, a fronte della difficoltà del nostro ordinamento di assicurare la regolarità del mercato del lavoro mediante adeguati controlli, non può affatto escludersi il pericolo che un rituale inefficace, basato sulla produzione di documenti non necessariamente attendibili e non esaurienti, finisca per sostituire la solida garanzia della responsabilità solidale<sup>78</sup>. Insomma, il rischio che la via alternativa abbracciata dalle parti sociali conduca in concreto al risultato della mancata soddisfazione dei crediti maturati dai lavoratori pare al momento tutt'altro che fugato.

La soddisfazione di tali crediti è divenuta d'altronde estremamente più complicata dopo l'introduzione (nei termini illustrati nel § 2.3.) del litisconsorzio necessario tra appaltatore e committente e del beneficio, a favore del secondo, di preventiva escussione del patrimonio del primo.

L'innovazione, nel tentativo di arginare il trasferimento sul committente dei debiti non onorati dai datori di lavoro appaltatori, persegue un obiettivo oggettivamente ben lontano da quello di protezione rafforzata dei crediti da lavoro che sta alla base dell'istituto giuridico della responsabilità solidale. La necessità dei creditori di seguire un preciso percorso procedurale prima di poter chiamare in causa il patrimonio del committente “scarica sul lavoratore

<sup>77</sup> In tal senso v. TOSI, *op. cit.*, p. 164. Sulle “inevitabili incertezze” della costruzione di un meccanismo di esonero dalla responsabilità “affidata all'incerto lessico delle parti sociali” richiamano l'attenzione FERRANTE, BRICCHI, *op. cit.*, p. 479.

<sup>78</sup> Di tale pericolo mostrano piena consapevolezza GAMBERINI, VENTURI, *La facoltà derogatoria*, cit., § 4, ipotizzando un “passaggio di documenti” che finisca per costituire “l'ennesimo appesantimento burocratico privo di efficacia sostanziale”.

tutte le difficoltà di esecuzione forzosa del debito del datore di lavoro<sup>79</sup>, contraddicendo in qualche misura, come si è già rilevato, la funzione cui è preordinato il vincolo di solidarietà.

A fronte delle criticità connesse a quest'ultima trasformazione, evidentemente non indolore dal punto di vista dei lavoratori, ma anche delle incertezze sollevate dalla possibile cancellazione in via collettiva della garanzia giuridica in questione, si ha l'impressione che la fortuna conosciuta dalla responsabilità solidale nella legislazione lavoristica dello scorso decennio, dove è parsa assurgere a "paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo"<sup>80</sup>, conosca ora una brusca e inaspettata battuta d'arresto. I segnali desumibili dal diritto vigente sono molteplici e non tutti univocamente convergenti verso questa conclusione<sup>81</sup>, che pure sembra sostenibile con fondati argomenti.

L'evoluzione nelle tecniche normative adoperate non rappresenta di per sé, naturalmente, un dato negativo. Sono però i diversi e insidiosi ostacoli che si frappongono oggi alla soddisfazione dei diritti economici dei lavoratori a generare serie preoccupazioni in chi continua a concepire le regole del lavoro, prima di tutto il resto, come strumenti di protezione del contraente più debole.

### Abstract

Il saggio ripercorre l'intensa e caotica evoluzione intervenuta nell'ultimo decennio nei regimi di responsabilità solidale per i crediti maturati in relazione al lavoro prestato nell'ambito di appalti, illustrando i punti di forza ma soprattutto le criticità delle discipline vigenti a seguito delle recenti modifiche. Con riguardo al meccanismo delineato dall'art. 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003 a tutela dei crediti dei lavoratori e degli enti previdenziali e assicurativi, in particolare, vengono evidenziati i seri rischi di svuotamento della garanzia della solidarietà derivanti dalla facoltà di deroga accordata ai contratti collettivi nazionali e, ancor più, dall'introduzione del litisconsorzio necessario tra appaltatore e committente e del beneficio di preventiva escussione del patrimonio del primo. Del regime posto a presidio dei crediti erariali dall'art. 35, co. 28 e seguenti, del d.l. n. 223/2006, viene invece criticata l'impostazione asimmetrica, in forza della quale la responsabilità solidale coinvolge i sub-committenti ma non i

<sup>79</sup> In questo senso v. ALVINO, *La nuova disciplina della solidarietà negli appalti*, cit., p. 122.

<sup>80</sup> Secondo l'efficace espressione di CORAZZA, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 93/2009, p. 13.

<sup>81</sup> In senso contrario depone ad esempio l'intervenuta estensione ai lavoratori autonomi del regime *ex art.* 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003.

committenti ed è costruita comunque in termini profondamente diversi da quelli validi per le retribuzioni e i compensi dei lavoratori.

Joint and several liability in contracting out: a protection on the wane?

The essay analyzes the chaotic evolution that in the last decade affected the regulation on joint and several liability for credits deriving from work in contracting out, underlining strengths and critical aspects of the legal regimes coming out from recent innovations. More in detail, as for the mechanism of protection for workers' wages and social security contributions outlined by art. 29, paragraph 2, of the legislative decree n. 276/2003, the author points out the serious risks of emptying joint and several liability following the possibility of exceptions allowed to national collective agreements, and even more the introduction of the compulsory joinder of contractor and contracting and of a special economic guarantee for the second one. Regarding the protection for tax credits stated by art. 35, paragraph 28 and following, of the decree law n. 223/2006, the author criticizes the asymmetry of rules whereby joint and several liability concerns subcontracts, but not contracts, and is completely different from the one provided for workers' credits.

### **Key words**

Lavoro negli appalti, Retribuzioni, Crediti fiscali, Responsabilità solidale, Nuove regole.

Work in contracting out, Wages, Tax credits, Joint and several liability, New rules.

**Paolo Pascucci**

**La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva".  
Diritto alla salute vs. diritto al lavoro?\***

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Occupazione e produzione. **3.** Il bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla occupazione (e alla produzione). **4.** La strategicità dell'Ilva. **5.** Chi minaccia la produzione e l'occupazione dell'Ilva? **6.** Ragionevole bilanciamento e assolutezza dei diritti fondamentali? **7.** Il nucleo essenziale del diritto alla produzione ed all'occupazione: il rilievo dell'organizzazione. **8.** L'importanza della prevenzione nella politica ambientale europea. Per una visione sistemica di tutte le questioni ambientali. **9.** Quale diritto alla salute?

**I. Premessa**

Apparentemente, nella vicenda del cosiddetto decreto "salva Ilva"<sup>1</sup> e della sentenza con cui la Corte costituzionale ne ha valutato la legittimità<sup>2</sup>

\* Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno su "Taranto è in Europa! La sentenza della Corte costituzionale sul decreto "salva-Ilva" e la politica ambientale dell'Unione europea", svoltosi il 16 luglio 2013 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo.

<sup>1</sup> D.l. 3 dicembre 2012 n. 207, convertito con modificazioni nella l. 24 dicembre 2012 n. 231, su cui v. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 1/2013, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 5 ss.; MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, ivi, p. 7 ss.; SPERTI, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva*, ivi, p. 12 ss.; ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, ivi, p. 16 ss.; ID., *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, ivi, p. 28 ss.; PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, ivi, p. 44 ss.; CUNIBERTI, *Il D.L. sull'Ilva, tra conflitti di attribuzione e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Ambiente & sviluppo*, 2013, n. 3, p. 205 ss.; SISTO, MONTARULI, *Prime riflessioni sulla compatibilità delle misure a tutela della salute e della sicurezza pubblica di cui al Decreto salva Ilva - 2 con i principi della Costituzione Italiana e con la Normativa Comunitaria*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 3 luglio 2013. Più in generale, sulla vicenda dell'Ilva v. COLOMBO e COMITO, *L'Ilva di Taranto e cosa farne. L'ambiente, la salute, il lavoro*, edizioni dell'asino, 2013.

<sup>2</sup> C. cost. 9 maggio 2013 n. 85, su cui v. GENINATTI SATÈ, "Caso Ilva": la tutela dell'ambiente

il diritto del lavoro sembrerebbe restare sullo sfondo. Infatti, dalla pronuncia della Corte emergono, a tutto tondo, essenzialmente profili di diritto penale e di diritto processuale, di diritto amministrativo e dell'ambiente, di diritto costituzionale e di diritto comunitario.

Il diritto del lavoro, tradizionalmente inteso come diritto del rapporto di lavoro, non risulta direttamente chiamato in causa. In particolare, i classici profili del diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori – attinenti al rapporto tra salute e sicurezza sul lavoro e diritto all'iniziativa economica privata – sembrerebbero posti al margine della vicenda e della decisione della Corte.

Tuttavia, lungi dal non sussistere, quei profili restano in qualche modo avvolti nel cono d'ombra proiettato dalla particolare rilevanza, nella vicenda in esame, dell'“assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione”, per dirla con le testuali parole dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 207/2012.

Senonché, se uno dei fondamentali obiettivi di quel decreto è asseritamente la salvaguardia dell'occupazione, è difficile pensare che il diritto del lavoro non venga in qualche modo in gioco. In verità, nel d.l. n. 207/2012, l'*occupazione* viene in luce accanto alla *produzione*. Occupazione e produzione, quindi, ovvero *diritto al lavoro* e *diritto all'intrapresa economica*: utilizzando i riferimenti costituzionali, l'art. 4 e l'art. 41 Cost.

Anzi, nella motivazione della sentenza n. 85/2013 con cui dichiara infondate le censure di costituzionalità del d.l. n. 207/2013, la Corte costituzionale effettua il bilanciamento tra i diritti fondamentali in gioco assumendo come termine di confronto con il diritto alla salute (art. 32 Cost.) proprio il diritto al lavoro o all'occupazione (art. 4 Cost.).

Scopo di queste brevi osservazioni è essenzialmente quello di verificare se sia stato corretto istituire questo confronto e quali implicazioni ne siano derivate. Il che induce a prendere le mosse proprio dalla previsione con cui il legislatore ha attribuito decisiva importanza al diritto all'occupazione con riferimento alla vicenda in esame.

*attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013), in [www.fonumcostituzionale.it](http://www.fonumcostituzionale.it), 16 maggio 2013; MASSA, Il diritto del disastro. Appunti sul caso ILVA, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), fasc. 2/2013; CAVANNA, Ilva: criterio di ragionevolezza e bilanciamento dei diritti (nota a Corte cost. n. 85/2013), in *Ambiente & sviluppo*, 2013, n. 7, p. 631 ss.*

## 2. Occupazione e produzione

Nell'art. 1 del d.l. n. 207/2012 *occupazione e produzione* risultano così intimamente connesse da sembrare quasi dar corpo ad un'endiadi. Eppure, nonostante gli indubbi collegamenti, tali concetti sono e restano pur sempre tra loro distinti. L'occupazione, infatti, è comunque solo uno strumento della produzione e, per certi versi, ne costituisce un effetto.

Si tratta del resto di concetti o, meglio, di diritti, che, oltre a promanare da fonti costituzionali diverse (appunto gli artt. 4 e 41), normalmente sono tutt'altro che convergenti, dovendo anzi già tra loro bilanciarsi, rappresentando entrambi, a ben guardare, l'uno il limite dell'altro.

Per un verso, il diritto all'occupazione o al lavoro si deve necessariamente bilanciare con il diritto all'iniziativa economica privata, il quale ultimo, ancorché implicitamente, costituisce sovente un limite assai penetrante per la piena realizzazione del primo<sup>3</sup>. Per un altro verso, invece, è la stessa libertà di intrapresa a doversi bilanciare con il diritto al lavoro, risultandone variamente limitata essenzialmente al fine di contemperare l'impatto sociale delle scelte imprenditoriali<sup>4</sup>.

Va peraltro osservato che il lavoro o l'occupazione che costituisce oggetto della pretesa evocata nell'art. 4 Cost. e nell'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali della U.E. non è un lavoro od un'occupazione qualsiasi, bensì, specialmente se inteso come subordinato (ma ormai non più solo in tal caso)<sup>5</sup>, un lavoro necessariamente rispettoso delle regole poste dall'ordina-

<sup>3</sup> Basti pensare, a tale proposito, all'assenza di un obbligo dell'imprenditore di assunzione, fatte salve tuttavia le ipotesi in cui ciò sia richiesto da ragioni di solidarietà sociale (lavoro dei disabili). O ancora al fatto che, sebbene la Carta dei diritti fondamentali della U.E. riconosca il diritto di ogni individuo di lavorare (art. 15) e la libertà di impresa (art. 16), la stessa Carta ammette indirettamente la prevalenza di quest'ultima sul diritto alla conservazione del posto di lavoro: infatti, attribuendosi ad ogni lavoratore il diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato (art. 30), indirettamente si ammette il diritto di licenziare giustificatamente sia a fronte di comportamenti illeciti del lavoratore, sia in presenza di ragioni *lato sensu* economiche *sub specie* di licenziamento individuale o collettivo.

<sup>4</sup> È quanto accade, per citare alcuni esempi, nel caso delle già menzionate assunzioni obbligatorie dei disabili, oppure con riferimento all'onere probatorio di *repechage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, o ancora rispetto alla procedimentalizzazione sindacale dei licenziamenti collettivi.

<sup>5</sup> Sulla tendenza "universalistica" della più recente disciplina legislativa in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro cfr. PASCUCCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in WP C.S.D.L.E.



mento a sua tutela, tra cui, *in primis*, quelle relative alla salute ed alla sicurezza dei lavoratori.

Parlare di diritto al lavoro<sup>6</sup> significa necessariamente parlare di diritto al *lavoro sicuro*<sup>7</sup>. Soltanto questo è il lavoro evocato dalle fonti costituzionali nazionali e sovranazionali e ciò perché, essendo il lavoro un'attività della persona umana e non una semplice merce, su di esso non possono non riflettersi le garanzie fondamentali delle persone (dignità, libertà, salute e sicurezza). Ne consegue che il *diritto al lavoro* (inteso come il diritto a cercare, a trovare ed a conservare un'occupazione) è il diritto ad un lavoro legale e sicuro, vale a dire esattamente ... quello di cui si occupa il *diritto del lavoro* (inteso come il diritto del rapporto di lavoro che si sia costituito).

Proprio l'esigenza di legalità e di sicurezza del lavoro a cui si aspira o che si vuole conservare condiziona in modo penetrante la libertà di intrapresa economica privata. E se, per un verso, per tutelare la dignità personale del lavoratore, sono previsti limiti procedurali all'esercizio degli stessi poteri gerarchici dell'imprenditore<sup>8</sup>, per un altro verso, al fine di salvaguardare l'integrità fisica e morale dei suoi lavoratori (art. 2087 c.c.), risulta addirittura sensibilmente condizionata la stessa capacità organizzativa dell'imprenditore<sup>9</sup> – vale a dire la sua stessa libertà di “fare impresa” – la quale non può esplicitarsi se non nel quadro di regole a cui, a partire dalla direttiva quadro n. 89/391/CEE, ogni Stato membro dell'Unione europea si è dovuto conformare<sup>10</sup>.

“Massimo D'Antona”. *IT* - 73/2008, p. 31 ss. Per un'analisi sistematica del d.lgs. n. 81/2008 cfr. ZOPPOLI L., PASCUCCI, NATULLO (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Commentario al D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81 aggiornato al D.Lgs. 3 agosto 2009, n. 106*, Ipsoa, 2010.

<sup>6</sup> Sul significato di tale espressione v. il classico contributo di MANCINI, *Art. 4*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli-Il Foro italiano, 1975, p. 199 ss.

<sup>7</sup> Cfr. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi di lavoro*, Giappichelli, 1997, pp. 166, 181, 183.

<sup>8</sup> Si pensi a quelli che incidono sul potere di controllo o su quello disciplinare.

<sup>9</sup> Cfr. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, 3<sup>a</sup> ed., FrancoAngeli, 1986.

<sup>10</sup> In questo quadro, si può “fare impresa” solo rispettando le misure di prevenzione finalizzate a tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori, le quali si basano sui seguenti principi fondamentali: a) evitare i rischi; b) valutare i rischi che non possono essere evitati; c) combattere i rischi alla fonte; d) adeguare il lavoro alla persona; e) tener conto del grado di evoluzione della tecnica; f) sostituire ciò che è pericoloso con ciò che non lo è o lo è meno; g) programmare la prevenzione in chiave sistemica, integrando in essa la tecnica, l'organizzazione del lavoro, le condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro; h) dare

Parafrasando l'art. 41, co. 2, Cost. combinato con l'art. 32 Cost., risulta così legittima soltanto l'attività imprenditoriale che garantisca un *lavoro sicuro* per i propri lavoratori.

3. *Il bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla occupazione (e alla produzione)*

Questa premessa intendeva semplicemente fornire qualche preliminare ragguaglio sui due concetti – l'occupazione e la produzione – che, accanto alla salute, rientrano tra i *beni protetti* del decreto-legge in esame.

Sebbene, come poc'anzi precisato, siano tra loro concettualmente distinte, produzione e occupazione appaiono in verità inscindibili sia nel d.l. n. 207/2012 sia nella vicenda che vi è connessa. L'occupazione – intesa come *diritto alla conservazione del posto di lavoro* – dei lavoratori dell'Ilva dipende strettamente dalla prosecuzione della produzione aziendale, di cui rappresenta quindi un imprescindibile effetto<sup>11</sup>.

La connessione tra occupazione e produzione si rivela d'altronde quanto mai importante nel momento in cui si tratta di valutare la costituzionalità del decreto e la ragionevolezza del bilanciamento che esso propone. La stretta relazione tra produzione e occupazione fa sì che la stessa Corte costituzionale tenda a semplificarne l'immagine limitando il bilanciamento con il diritto alla salute soltanto al diritto al lavoro.

Sarebbe tuttavia fuorviante pensare che, così facendo, nel processo di bilanciamento la Corte non tenga in considerazione anche la produzione. Per quanto sembri "oscurata" dall'occupazione, in realtà la produzione è ben presente sulla scena anche perché, come in un singolare gioco di specchi, se è indubbio che l'occupazione costituisce uno strumento indefettibile della produzione, quest'ultima a sua volta rappresenta lo strumento altrettanto insostituibile per l'effettiva salvaguardia dell'occupazione, stante oltretutto l'assenza di credibili alternative.

la priorità alle misure di protezione collettiva; i) impartire adeguate istruzioni ai lavoratori (art. 6 della dir. n. 89/391/CEE).

<sup>11</sup> D'altronde, sia per l'ingente numero di lavoratori coinvolti direttamente ed indirettamente (si pensi all'indotto), sia per la difficile situazione economica generale, non paiono emergere alternative credibili in termini di opportunità occupazionali, a meno di non pensare ad un colossale e radicale ma anche difficilmente realizzabile intervento pubblico, comprensivo degli strumenti di sostegno al reddito (CIGS).

Per la verità, nell'ordinanza di rimessione alla Corte, si era rilevato come fosse ontologicamente errato contrapporre il diritto al lavoro al diritto alla salute, essendo quello al lavoro un diritto che "anzitutto si svolge nel pieno rispetto di tutti i diritti fondamentali della persona (salute, sicurezza, libertà, dignità umana, ecc.), i quali valgono, dunque, a permearne l'essenza, cosicché nessuna contrapposizione dovrebbe profilarsi tra i due diritti, la tutela del lavoro presupponendo imprescindibilmente quella della salute".

Se dunque, nonostante l'incontestabilità di queste affermazioni, la Corte costituzionale pone tuttavia in bilanciamento<sup>12</sup> il diritto alla salute con il diritto al lavoro ciò sembrerebbe allora significare che ad entrare in conflitto con il diritto alla salute non è un astratto diritto al lavoro in quanto tale, bensì è il diritto al lavoro nella sua dimensione di effetto riflesso o di necessario corollario (o strumento) del diritto alla produzione. Il che è come dire che, in determinate situazioni caratterizzate da eccezionalità (che qui il legislatore definisce "strategicità"), il bilanciamento tra diritto alla salute e diritto alla produzione non potrebbe essere effettuato trascurando le ricadute sociali delle limitazioni che tale bilanciamento inevitabilmente produrrebbe sul diritto alla occupazione.

Forse, però, il bilanciamento – o ciò che così viene chiamato<sup>13</sup> – tra diritto alla salute e diritto all'occupazione emerge come l'unico bilanciamento praticabile. Infatti, poiché la previsione costituzionale sull'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) nel suo comma 2 stabilisce già "un ordine tra diritti o interessi potenzialmente in conflitto" che, combinandosi con l'art. 32 Cost., si estende anche al diritto alla salute (come più volte sottolineato dalla stessa Corte costituzionale), potrebbe dubitarsi che tra diritto alla produzione e diritto alla salute sia possibile un vero e proprio bilanciamento.

Insomma, citando parole della letteratura costituzionalistica, il particolare contesto che ha dato luogo alla controversia parrebbe esigere un allargamento

<sup>12</sup> Sulla tecnica del bilanciamento v., tra i tanti, MORRONE, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *ED*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, 2008, p. 185 ss.; FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Laterza, 2001; PINO GIOR., *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Rag. prat.*, 2007, p. 219 ss.

<sup>13</sup> Cfr. per alcuni spunti critici MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, 2006, p. 471 ss.

dell'oggetto del giudizio di costituzionalità ad interessi che sembrerebbero giustificare decisioni non "a rime obbligate"<sup>14</sup>.

In effetti, se si ignora il peculiare contesto della vicenda, eccezionale quanto triste e disperante, difficilmente possono comprendersi i termini delle sue possibili soluzioni.

#### 4. *La strategicità dell'Ilva*

L'eccezionalità – anzi la straordinaria eccezionalità – della situazione emerge del resto nello stesso d.l. n. 207/2012 il quale appresta una speciale disciplina per le ipotesi in cui, "in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale" (così la rubrica dell'art. 1 del d.l. n. 207/2012) con non meno di 200 lavoratori "vi sia una assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione" (art. 1, co. 1, del d.l. n. 207/2012).

Da un lato si evidenzia un parametro sostanzialmente qualitativo, là dove si richiede che lo stabilimento industriale rivesta "interesse strategico nazionale". Dall'altro, emerge un parametro di tipo quantitativo, esigendosi che presso tale stabilimento sia occupato "un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli ammessi al trattamento di integrazione dei guadagni, non inferiore a duecento da almeno un anno" (art. 1 del d.l. n. 207/2012).

Quanto alla *crisi* a cui il legislatore fa riferimento, non si tratta di una qualsiasi *crisi economica o strutturale* dell'impresa, bensì di una peculiare situazione di criticità connessa al rischio che l'attività dell'impresa arrechi grave nocumento alla salute ed all'ambiente.

Ciò emerge non tanto – come sarebbe stato opportuno – dalla pudica formulazione del già richiamato art. 1, bensì dalle premesse del provvedimento là dove si parla di "condizioni di criticità esistenti che possono incidere sulla salute", nonché dove si richiama l'esigenza di "assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili". Una situazione, dunque, di *rilevante criticità ambientale* che, nel caso di specie, è peraltro formalmente emersa in seguito all'intervento dell'autorità giudiziaria: aspetto, questo, tra i più discussi del provvedimento, su cui non è tuttavia mio compito soffermarmi.

Sempre nella premessa del provvedimento emergono gli elementi atti

<sup>14</sup> Cfr. MORRONE, *op. cit.*, p. 194.

a suffragare il carattere di interesse strategico nazionale dell'Ilva. Anzi, per la precisione, vi si afferma che è “la continuità del funzionamento produttivo dello stabilimento siderurgico Ilva S.p.A.” che “costituisce una priorità strategica di interesse nazionale, in considerazione dei prevalenti profili di protezione dell'ambiente e della salute, di ordine pubblico, di salvaguardia dei livelli occupazionali”.

Per come è letteralmente formulata, quest'espressione sembra dunque accreditare la strategicità dell'Ilva non tanto per il suo profilo produttivo (si tratta pur sempre del principale produttore dell'acciaio necessario alle industrie meccaniche del nostro Paese), quanto per la sua situazione di crisi da cui emergono rilevanti rischi, tra loro connessi, per la tutela dell'ambiente e della salute, per l'ordine pubblico e per la salvaguardia dei livelli occupazionali.

Forse, invece che di *strategicità*, sarebbe stato più opportuno parlare di *emergenza*, come peraltro riconosce la stessa Corte costituzionale (punto 12.2). Ma, a guardar bene, anche in provvedimenti legislativi precedenti (quelli relativi all'emergenza dei rifiuti in Campania o al cantiere dell'alta velocità in Val di Susa), il connotato dell'interesse strategico nazionale viene assunto dal legislatore più in una prospettiva *difensiva-protezionistica* che in un'ottica di sviluppo strategico. Se quindi lo stabilimento tarantino è indubbiamente strategico (sebbene non lo si dica esplicitamente) per quanto attiene alla sua tipologia produttiva, lo è ancor di più per i livelli occupazionali che riesce a garantire in un'area del Paese in cui il lavoro è sempre più un miraggio, come traspare esplicitamente dallo stesso decreto. È quindi strategico soprattutto per i rischi che la sua eventuale chiusura comporterebbe sul piano sociale.

La rilevanza di questi ultimi rischi si evidenzia del resto anche considerando l'ulteriore requisito posto dal decreto-legge affinché l'impresa possa usufruire della sua speciale disciplina, vale a dire il consistente organico occupazionale.

Si tratta di un elemento ricorrente in vari provvedimenti legislativi di politica industriale, citati dalla stessa Corte costituzionale, nonché in varie disposizioni che disciplinano la sicurezza sul lavoro<sup>15</sup>: previsioni che ricon-

<sup>15</sup> In particolare, nel d.lgs. n. 81/2008, si riferiscono ad aziende con più di 200 lavoratori: l'art. 31, co. 6, lett. e, che impone il servizio di prevenzione e protezione interno; l'art. 47, co. 7, lett. b, che eleva da uno a tre il numero dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; l'Al-

nettono alla dimensione *macro* dell'impresa un rafforzamento dei presidi di tutela per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

##### 5. *Chi minaccia la produzione e l'occupazione dell'Ilva?*

Da che cosa sono minacciate quell'occupazione e quella produzione che si intendono salvaguardare?

Non già da una crisi di mercato, come sempre più spesso accade oggi. Vero è che, sebbene lo stabilimento tarantino sia il più grande impianto siderurgico d'Europa, esso deve comunque fare i conti con le economie emergenti del pianeta la cui concorrenza diviene ogni giorno più pressante per i minori costi di produzione ivi praticati. Cionondimeno, almeno per il momento, non è una crisi di mercato a minacciare l'Ilva.

A minacciare l'Ilva o, meglio, la produzione e l'occupazione dell'Ilva, sono piuttosto i frutti avvelenati di una dissennata politica industriale ed urbanistica che, per decenni, facendo leva sul ricatto occupazionale, particolarmente fertile in molte aree del Mezzogiorno, ha fatto sì che l'equilibrio fra i tanti diritti in gioco (quello alla salute dei cittadini e dei lavoratori, quello all'intrapresa economica e quello all'occupazione) risultasse decisamente sbilanciato a favore di questi ultimi. A minacciare l'Ilva è quindi ... l'Ilva stessa, con le sue tecnologie ed i suoi presidi di sicurezza obsoleti, distante dalle moderne e ben più sicure acciaierie di altri paesi europei.

Sembra un paradosso, ma a minacciare l'occupazione e la produzione dell'Ilva è ... l'esigenza di ridare il necessario spazio al diritto alla salute dei cittadini (ma anche degli stessi lavoratori). Un'esigenza che può essere soddisfatta essenzialmente attraverso due strade.

La prima, più radicale, è quella che, attribuendo assoluta prevalenza alla tutela della salute, tende a ridurre sempre più gli spazi di operatività di quel processo produttivo che, per come si è svolto, è responsabile della lesione al diritto alla salute. Su questo versante si colloca l'intervento della magistratura tarantina, il quale, riguardato sotto altra ottica, non è che l'inevitabile conseguenza dell'assenza della politica, nazionale e locale, come del resto è avvenuto già altre volte nella storia più e meno recente di questo Paese.

La seconda strada è quella che, riaffermando, ancorché tardivamente, il ruolo della politica – intesa come governo della cosa pubblica – e dei suoi strumenti istituzionali (*in primis* la legge), tende invece, in una visione di si-

stema che operi una mediazione tra i vari valori ed interessi in gioco, a ristabilire un equilibrio tra gli stessi individuando un percorso finalizzato a realizzarne un ragionevole bilanciamento. Ed è quanto si è tentato di fare con il decreto-legge in esame, che la Corte costituzionale ha reputato idoneo a quel fine.

Il problema – del quale non posso occuparmi – è che, nella vicenda dell’Ilva, la seconda strada è stata imboccata quando era già stata intrapresa la prima, così ingenerandosi quel conflitto approdato poi più volte sul tavolo della Consulta.

Ma, al di là di ciò, un aspetto è chiaro. La lesione del diritto alla salute non era direttamente imputabile all’esercizio del diritto all’occupazione, giacché responsabile di tale lesione era ed è unicamente l’esercizio anormale, o non rispettoso delle regole, del diritto alla produzione.

Ciò non significa ignorare che l’esigenza in tutti questi anni di garantire occupazione “ad ogni costo” possa aver funzionato da volano di una produzione spregiudicata e disinvolta, la quale resta tuttavia la principale responsabile della vicenda tarantina. Il che, per altro verso, induce tuttavia a riflettere sulle tante responsabilità anche omissive del passato, alle quali probabilmente ben pochi possono dirsi estranei.

D’altro canto, pur non potendosi qui diffondere sugli aspetti del decreto legati alla possibile lesione della funzione giurisdizionale<sup>16</sup>, non bisogna dimenticare che se il legislatore ha assunto l’assoluta salvaguardia del diritto all’occupazione come una priorità del proprio intervento ciò ha fatto dopo che la magistratura aveva contestato ai responsabili dell’Ilva una serie di reati tra i quali anche quello di rimozione e/o omissione dolosa di cautele a salvaguardia della salute dei lavoratori sul posto di lavoro.

Non essendo ammissibile che l’assoluta salvaguardia dell’occupazione potesse comportare la salvaguardia del lavoro insicuro, l’art. 1, comma 2, dell’autorizzazione integrata ambientale (AIA) riesaminata ha così previsto che l’esercizio dell’impianto debba “avvenire nell’integrale rispetto della vigente normativa, in particolare in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”. Sebbene tale obbligo discenda già *per tabulas* dalle direttive comunitarie e dalla legislazione nazionale, la previsione appena menzionata è solo appa-

legato II che preclude al datore di lavoro di svolgere direttamente i compiti di responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

<sup>16</sup> Sui cui v. gli scritti citati in nota 1.

rentemente tautologica giacché pare tendere a scongiurare possibili sospetti su come debba ora intendersi la salvaguardia dell'occupazione.

#### 6. *Ragionevole bilanciamento e assolutezza dei diritti fondamentali?*

A questo punto sorge però un altro interrogativo. Prima di porlo, è tuttavia necessario richiamare le testuali parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85/2013.

La *ratio* della disciplina del d.l. n. 207/2012 – afferma la Corte – “consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all’ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l’interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso. Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione” – sottolinea la Corte – “si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre “sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro” (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona”.

Da qui – rileva ancora la Corte – discende l’infondatezza dell’assunto del giudice rimettente “secondo cui l’aggettivo “fondamentale”, contenuto nell’art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell’ambiente e della salute come “valori primari” (sentenza n. 365 del 1993) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio



perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”.

E qui, appunto, sta il nocciolo della questione. Se, come afferma la Corte, nessuno dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione ha la prevalenza *assoluta* sugli altri e, quindi, neppure lo stesso diritto primario alla salute può considerarsi *assoluto*, e se tutto si risolve nella ricerca di un *punto di equilibrio dinamico secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza che non consentano un sacrificio del nucleo essenziale dei diritti in gioco*, nel caso di specie potrebbe aversi l'impressione che ben più del nucleo essenziale del diritto alla produzione e, conseguentemente, di quello all'occupazione sia stato salvaguardato, mentre altrettanto non sia avvenuto per quanto attiene al diritto alla salute.

Come afferma la stessa Corte, il d.l. n. 207/2012 traccia un *percorso di risanamento ambientale* ispirato al bilanciamento tra la tutela dell'ambiente e della salute e quella dell'occupazione, cioè tra beni tutti corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti.

Senonché, trattandosi di un processo di risanamento destinato a protrarsi nel tempo (fino a 36 mesi), che coesiste con lo svolgimento dell'attività produttiva e da quest'ultima è finanziato, mentre il diritto alla produzione e conseguentemente all'occupazione verrebbero salvaguardati pressoché integralmente, quello alla salute dovrebbe invece fare i conti appunto con la parzialità e la lentezza degli interventi di risanamento con ciò che potrebbe conseguirne in ordine alla sua effettiva tutela.

D'altronde, quando richiama esplicitamente l'"assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione", l'art. 1, d.l. n. 207/2012 non vuol forse dire che la produzione e l'occupazione debbono essere *assolutamente preservate*, e cioè preservate *in toto*? E non è perlomeno lecito invece dubitare che il diritto alla salute dei cittadini di Taranto sia posto *assolutamente* al riparo dai rischi che promanano dallo svolgimento del processo produttivo dell'Ilva quand'anche sia rispettoso delle prescrizioni dell'AIA riesaminata?

Se è indiscutibile che per l'*assoluta* tutela di tale diritto occorrerebbe ben altro, la presunta considerazione asimmetrica dell'assolutezza dei diritti in gioco potrebbe ingenerare più di un dubbio sulla realizzazione del *ragionevole punto di equilibrio* evocato dalla Corte.

7. *Il nucleo essenziale del diritto alla produzione ed all'occupazione: il rilievo dell'organizzazione*

Ma è proprio vero che, nella vicenda in esame, il diritto alla produzione e quello all'occupazione risultano tutelati oltre la soglia del loro nucleo essenziale a scapito di quello alla salute? È vero cioè che – emergendo qui quello che è stato definito “il lato oscuro del bilanciamento”<sup>17</sup> – occupazione e produzione finiscono per prevalere sulla salute?

Per sciogliere questo dilemma occorre considerare che il diritto alla produzione non si risolve esclusivamente nella capacità di erogare un determinato quantitativo di prodotto, ma riguarda anche tutto quanto sia necessario per giungere ad un simile risultato.

Detto altrimenti, a venire in gioco non è solo il *quantum* della produzione, ma anche e soprattutto il *quomodo* della stessa: in una parola, la sua *organizzazione*. Ed è essenzialmente sul *quomodo* della produzione, sulla sua organizzazione che incide l'AIA riesaminata, ponendo vincoli di vario genere al fine di contenere il più possibile l'impatto ambientale.

D'altro canto, non è forse in questo stesso senso che va inteso l'art. 41 Cost. quando, sancita al comma 1 la libertà di iniziativa economica privata, richiede al comma 2 che il suo *esercizio* sia compatibile con l'utilità sociale e che non rechi danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità? Dove l'*esercizio* di quella libertà non solo non corrisponde esclusivamente allo scopo finale di quest'ultima, ma riguarda soprattutto le modalità mediante cui tale libertà appunto si “svolge”, il suo *quomodo*, la sua organizzazione.

Potrebbe quindi non essere del tutto azzardato ipotizzare che, in quanto finalizzata al risanamento dell'impianto – e, quindi, in senso lato, alla tutela della salute e dell'ambiente – la salvaguardia della produzione e dell'occupazione si iscriva in un disegno di funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata ad un interesse pubblico. D'altronde, in tal senso potrebbe essere letto lo stesso recente decreto-legge di commissariamento dell'Ilva<sup>18</sup>.

In ogni caso, l'applicazione dell'AIA riesaminata dovrebbe valere a bonificare quell'organizzazione della produzione che sino ad ora è stata responsabile dei danni all'ambiente ed alla salute, la cui tutela viene concretamente

<sup>17</sup> Così CANTARO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, Giappichelli, 2011, p. 20.

<sup>18</sup> D.l. 4 giugno 2013 n. 61, convertito con modificazioni nella l. 3 agosto 2013 n. 89.

ritenuta praticabile solo mediante un percorso di risanamento che non può prescindere dalla continuità della produzione svolta peraltro nel rispetto dell'AIA.

In questo quadro, la salvaguardia dell'occupazione funge ad un tempo sia da strumento servente per la garanzia della produzione funzionalizzata al risanamento, sia quale bene collaterale protetto e da proteggere.

La salvaguardia del diritto all'occupazione è un riflesso, per quanto importante, di come l'organizzazione della produzione dell'impresa deve atteggiarsi per risultare in ragionevole equilibrio con la tutela del diritto alla salute. Cosicché, come del resto è sempre accaduto, l'occupazione potrà essere salvaguardata in subordine alle scelte imprenditoriali, nel caso di specie tuttavia fortemente conformate dalla legge e dall'AIA riesaminata.

Non può quindi escludersi che, ove le prescrizioni di quest'ultima impongano particolari adattamenti dell'organizzazione produttiva in vista del perseguimento del ragionevole equilibrio più volte richiamato, possano verificarsi alterazioni dei livelli occupazionali, fermi restando in questi casi i sostegni previsti dall'ordinamento lavoristico e previdenziale (cassa integrazione guadagni, mobilità ecc.).

Cosicché, almeno in astratto, pare di poter dire che la salvaguardia dei diritti all'occupazione ed alla produzione non risultano eccedenti il loro nucleo essenziale.

Quanto al confronto tra i diritti in gioco, oggetto del bilanciamento con il diritto alla salute è, come si è anticipato, non il diritto al lavoro in quanto tale, bensì il diritto al lavoro nella sua dimensione di corollario del diritto dell'impresa alla produzione dal quale risulta inevitabilmente mediato.

L'ipotizzata funzionalizzazione della produzione potrebbe fra l'altro scongiurare il rischio che il bilanciamento istituito dalla Corte direttamente tra diritto al lavoro e diritto alla salute induca il diritto all'intrapresa o alla produzione a celarsi semplicemente dietro al diritto al lavoro, tenendo quest'ultimo "in ostaggio" per difendersi dalla minaccia per l'impresa derivante dall'esigenza della tutela della salute.

In tal senso, non sarebbe stato tuttavia inopportuno un chiarimento interpretativo da parte della Corte in ordine al significato dell'art. 1 del d.l. n. 207/2012, così come un maggior approfondimento del rapporto tra salute, produzione e lavoro.

8. *L'importanza della prevenzione nella politica ambientale europea. Per una visione sistemica di tutte le questioni ambientali*

Sullo sfondo della vicenda resta comunque ... il titolo del convegno da cui hanno tratto spunto queste osservazioni: Taranto è in Europa! E, a ben guardare, tutta la vicenda risulta condizionata dal modo con cui in Europa si affronta la questione dell'impatto ambientale degli impianti industriali.

Se si considera che le regole ambientali europee sono le regole di una comunità che si fonda sul principio della libera concorrenza e della libertà di impresa, sarebbe ingenuo pretendere che quelle regole annichilissero totalmente ogni possibile rischio per l'ambiente derivante da insediamenti produttivi.

La strada seguita dalle direttive europee è piuttosto quella della prevenzione e della riduzione integrate dell'inquinamento che, come afferma il 5° considerando della direttiva 2010/75/UE, possono essere garantite dal fatto che le singole installazioni operino esclusivamente se in possesso di un'autorizzazione.

Tale autorizzazione, come stabilisce espressamente in Italia l'art. 4, comma 4, lett. c, del d.lgs. n. 152/2006, "ha per oggetto la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento proveniente dalle attività... e prevede misure intese a evitare, ove possibile, o a ridurre le emissioni nell'aria, nell'acqua e nel suolo, comprese le misure relative ai rifiuti, per conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente salve le disposizioni sulla valutazione di impatto ambientale".

Il vero nodo è comprendere che cosa significhi "prevenzione". Un utile ausilio per comprendere questo concetto può essere fornito dalla disciplina della sicurezza sul lavoro. L'art. 3, lett. d, della direttiva quadro n. 89/391/CEE definisce la prevenzione come "il complesso delle disposizioni o misure prese o previste in tutte le fasi dell'attività nell'impresa per evitare o diminuire i rischi professionali".

È quindi nell'attività di prevenzione che si realizza il punto di equilibrio tra l'attività di impresa, in tutte le sue fasi, e la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Una prevenzione – si badi bene – finalizzata innanzitutto ad evitare o ad eliminare i rischi insiti nell'organizzazione dell'impresa ed a ridurli soltanto ove essi siano effettivamente inevitabili o ineliminabili: non vi sarà stata quindi adeguata prevenzione ove l'impresa non abbia fatto tutto quanto sia tecnicamente possibile per organizzare il lavoro senza rischi o con

i minori rischi possibili. La prevenzione dunque deve essere inglobata nelle stesse scelte organizzative imprenditoriali assumendo così la dimensione di prevenzione “primaria”<sup>19</sup>.

Tutto ciò, nel campo della sicurezza sul lavoro, presuppone la valutazione dei rischi, che costituisce l’obbligo primario ed indelegabile del datore di lavoro. Una “valutazione globale e documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell’ambito dell’organizzazione in cui essi prestano la propria attività, finalizzata ad individuare le adeguate misure di prevenzione e di protezione e ad elaborare il programma delle misure atte a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di salute e sicurezza” (art. 2, lett. q, d.lgs. n. 81/2008).

Anche qui emerge quel *dinamismo* dell’equilibrio tra diritti di cui parla la Corte costituzionale. La garanzia della sicurezza sul lavoro costituisce un *work in progress* inarrestabile, il che tuttavia non significa che la sua proiezione nel tempo ne attenui precettività ed effettività in corso d’opera.

Se mi sono permesso di sottolineare tutto ciò è perché i principi su cui si fondano la disciplina della sicurezza sul lavoro e la disciplina della tutela dell’ambiente sono sostanzialmente analoghi e convergenti.

Eppure, fino ad oggi, sicurezza lavoristica e sicurezza ambientale hanno spesso rappresentato due mondi scarsamente comunicanti. Nel dibattito italiano non mancano talora tentativi di desumere da interpretazioni giurisprudenziali del diritto ambientale indicazioni per il versante lavoristico. È tuttavia mancata una considerazione sistemica ed integrata di tutte le questioni ambientali, che potrebbe iniziare a delinearci grazie ad alcuni segnali.

Uno di questi è nell’art. 2, lett. n, d.lgs. n. 81/2008, il quale, sviluppando il concetto di prevenzione accolto dalla citata direttiva comunitaria, la intende come “il complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l’esperienza e la tecnica, per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell’integrità dell’ambiente esterno”.

Un altro segnale emerge proprio dall’art. 1, comma 2, dell’AIA riesaminata dell’Ilva, là dove prescrive che “l’esercizio dell’impianto dovrà avve-

<sup>19</sup> Sul concetto di “prevenzione primaria” cfr. MAGGI, *Analisi e progettazione del lavoro per la tutela della salute. L’orientamento innovativo del d.lgs. n. 626 del 1994*, in MONTUSCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 323 ss.; PASCUCCHI, *La prevenzione primaria nel decreto legislativo 81/2008, tra ombre e luci*, in MAGGI, RULLI (a cura di), *Decreto Legislativo 81/2008. Quale prevenzione nei luoghi di lavoro?*, in <http://amsacta.cib.unibo.it>, TAO Digital Library, 2011, p. 32.

nire nell'integrale rispetto della vigente normativa, in particolare in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, tutela ambientale e sanitaria".

Si tratta di primi indizi dell'esigenza di una riconsiderazione sistemica delle questioni ambientali, tanto più necessaria nel momento in cui nelle moderne società complesse ed integrate ha sempre meno senso distinguere rigidamente gli ambienti di vita e gli ambienti di lavoro, così come la salute dei lavoratori da quella dei cittadini.

Era stata, questa, una delle intuizioni della legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (l. n. 833/1978), più tardi cancellata con un referendum del 1993. Oggi, tuttavia, ci si potrebbe ragionevolmente chiedere se fosse più lungimirante la previsione originaria o la sua modifica referendaria.

### 9. *Quale diritto alla salute?*

Per chi da qualche anno si cimenta con l'analisi del diritto della salute e della sicurezza dei lavoratori la sentenza n. 85/2013 della Corte costituzionale dischiude non pochi interrogativi che vanno oltre la specifica vicenda dell'Ilva incombendo anche sul tema della sicurezza sul lavoro.

Tra questi, due più degli altri meritano qui di essere perlomeno segnalati, dovendosene rinviare l'analisi ad altre sedi. Si tratta, a ben guardare, di due interrogativi tra loro intimamente connessi, l'uno relativo ai riflessi che potrà produrre in futuro la sottolineatura della Corte sulla non assoluta preminenza del diritto alla salute e l'altro attinente all'interpretazione del nucleo essenziale del medesimo diritto alla salute.

Per quanto attiene alla non assolutezza, se la posizione della Corte pare in linea con gli orientamenti della Corte di giustizia europea tesi a far sì che nel bilanciamento tra i diritti fondamentali nessuno di essi venga vanificato, occorrerebbe poi verificare se davvero la non assolutezza dei diritti costituzionali implichi che essi "possano essere sempre bilanciati".

Quanto all'individuazione del nucleo essenziale del diritto alla salute, nella necessaria analisi caso per caso di tale questione si dovrebbe prestare attenzione alla definizione di "salute" accolta dall'Organizzazione mondiale della sanità e recepita nell'art. 2, lett. o, del d.lgs. n. 81/2008, secondo cui la salute è uno "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità".

Un concetto che se, probabilmente, nella triste vicenda dell'Ilva rischia

di apparire fin troppo astratto, andrebbe tuttavia valorizzato anche per arginare pericolose operazioni riduzionistiche.

**Key words**

Salute, Occupazione, Produzione, Bilanciamento, Diritti fondamentali, Prevenzione.

Health, Employment, Production, Balance, Fundamental rights, Prevention.





## **Marco Esposito**

### Opinioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013: “sentieri” e “cantieri” per una nuova stagione sindacale

1. Con tanti occhi puntati addosso, e tante aspettative su di essa riposte, la Corte costituzionale è riuscita a ristabilire un clima più disteso all'interno delle relazioni industriali italiane, avviando a conclusione la lunga controversia “Fiom vs. Fiat” con il riconoscimento del diritto a costituire rappresentanze sindacali aziendali in capo anche alle associazioni sindacali che: *“pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*.

Appare però chiaro a tutti che la soluzione dello spinoso caso giudiziario è un esito non destinato a consolidarsi in una regola generale e univoca. La sentenza, al contrario, traccia “sentieri” di riflessione per una rimeditazione complessiva degli stessi cardini del sistema italiano di relazioni industriali. E non solo: l'impressione di molti è che dopo la sentenza si debbano aprire “cantieri”, per finalmente regolamentare in modo definito i criteri della rappresentatività sindacale; per disegnare la cornice minima, ma certa, della legittimazione giuridica degli attori sociali che partecipano al governo delle relazioni economico-sociali, specie a livello aziendale.

E l'art. 19 dello Statuto riletto oggi – ancora una volta – dalla Corte costituzionale appare un nastro ideale da tagliare per inaugurare questi possibili cantieri, dal momento che tale disposizione ha sempre, esattamente svolto – tra le altre – un'indubbia funzione di compensazione dell'assenza di una legge sulla rappresentanza sindacale. Ciò attraverso un'originale forma di contaminazione tra legislazione statale (il riconoscimento dei diritti sindacali del titolo terzo) e ordinamento sindacale (con i rinvii alla rappresen-

tatività e alla contrattazione collettiva, quali indici per riconoscere l'effettiva capacità dei sindacati di sostenere e regolare gli interessi del lavoro).

2. Di sicuro tutti vediamo e conosciamo il carattere complesso di tale contaminazione; un'interrelazione di sistema, che segna modi e metodi di scrittura delle regole e dei diritti sindacali.

Non stupisce, dunque, che, nell'ampia varietà delle opinioni espresse e ospitate in queste pagine della nostra Rivista, una percezione condivisa si colga nella segnalazione della parzialità dell'attraversamento del guado operato dal Giudice costituzionale nel luglio scorso. Il *leitmotiv* delle riflessioni che seguono è, dunque, nella constatazione che – al di là di alcune indubbe positività ma anche di molte criticità – il massimo senso dell'intervento della Corte costituzionale non può che essere suggellato da una paziente opera di risistemazione successiva; stante il fatto che la sentenza n. 231 lascia troppe porte aperte; troppi “sospesi” su temi cruciali.

Le aperture a un possibile “dopo” prevalgono, tuttavia e fortunatamente, sui *deja vu* e sugli “sguardi all'indietro”, mostrandosi in effetti quasi rituale lo sforzo della Corte di fornire quest'ennesimo intervento sull'art. 19 di una certa continuità – si direbbe più storiografica che storica – con i suoi stessi precedenti. Del resto, tutte le opinioni raccolte in queste pagine evidenziano la portata dirompente e, per i più, propositiva della pronuncia nonché il suo carattere aperto: nel bene e nel male.

3. Serve, allora, un'opera di risistemazione; la quale non è ormai operabile dai soli giudici, in ragione dei rischi di un ennesimo ritorno a un clima di insostenibile incertezza interpretativa. I giudici devono e possono giocare un ruolo di raccordo interpretativo fondamentale, ma le regole del gioco da applicare – per lo meno quelle per accedere al gioco – devono essere generali e prescrittive: non sono possibili deleghe se la trama regolativa è così impalpabile.

Per questo, il dibattito si deve aprire su “chi” sia chiamato a raccogliere lo sgusciante testimone lasciato dalla Corte costituzionale. La libera autoterminazione delle parti sociali; il legislatore; i giuristi teorici; i giudici; la politica: ma è davvero possibile oggi immaginare un intervento sulla rappresentanza e la rappresentatività sindacale che assuma tratti solipsistici? Che

escluda anche uno solo tra i soggetti sopra richiamati? Certo, c'è da riempire una lacuna; e il c.d. Testo unico sulla rappresentanza – allestito con tempismo lodevole (ma non si comprende quanto convinto) da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014 – sembra proprio una netta affermazione di prerogativa.

In fondo, pur nelle traversie che a posteriori la sua storia ha rivelato, il valore dell'art. 19 dello Statuto, il suo spirito (*"the spirit of 19"*, per parafrasare il titolo di un bel film del 2013) poggiano proprio sul reale dialogo tra tutti gli attori del sistema sindacale, ai vari livelli istituzionali e nei diversi contesti operativi. La chiarezza e la tenuta dei gangli comunicanti di questo sistema sono l'unico modo per rendere più salda la presa del difficile testimone lasciato dalla Corte costituzionale: si tratta di un'evidente esigenza di certezza e non a caso essa appare sposata – con sfumature diverse – in tutte le opinioni che seguono, alla cui lettura, a questo punto, possiamo lasciarvi.



**Antonio Baylos**

## Dialogando dalla Spagna sulla rappresentatività sindacale e la costituzionalità democratica in Italia\*

**Sommario:** **1.** La rappresentatività sindacale dalla prospettiva del sistema spagnolo dei rapporti di lavoro. **2.** Rappresentanza e rappresentatività sindacale. Il lungo dibattito italiano. **3.** Il “modello Fiat” e la rappresentatività sindacale. **4.** La prospettiva costituzionale della rappresentatività nell’impresa: una legge sulla rappresentanza sindacale e la partecipazione?

### *1. La rappresentatività sindacale dalla prospettiva del sistema spagnolo dei rapporti di lavoro*

La rappresentatività sindacale si dispiega come necessità del sistema dei rapporti di lavoro sulla base della constatazione del pluralismo sindacale e della concorrenza tra sindacati per rappresentare l’insieme dei lavoratori in un determinato ambito geografico e funzionale. Si pone come un’esigenza di gestione dei processi di contrattazione collettiva e di regolazione della presenza sindacale nei luoghi di lavoro. È, pertanto, un dato imprescindibile nella definizione del procedimento di formazione delle regole sull’identità e sulla presenza del soggetto sindacale. Nell’ambito culturale europeo<sup>1</sup> l’affermazione dell’autonomia collettiva quale principio di organizzazione dei rapporti di lavoro è molto diffusa, e specificata dall’intervento statale, ed è in tale contesto che si introduce l’opportunità di misurare l’incidenza della rappresentanza sindacale come modalità per differenziare e selezionare interlocutori collettivi nell’impresa e nella negoziazione delle condizioni di lavoro. Questa problematica si pose anche in Spagna nella transizione verso un sistema democratico.

\* La traduzione è di Carmen Galizia.

<sup>1</sup> LA MACCHIA, *Comparazione tra sistemi nazionali di rappresentanza dei lavoratori*, in LA MACCHIA (a cura di), *Sistemi nazionali di rappresentanza sindacale*, Bomarzo, 2013, p. 37 ss.

La nozione di rappresentatività si riassume in un criterio di selezione di interlocutori il quale, com'è noto, può basarsi su differenti modelli, ancorché, nell'ambito dei possibili, riveste un'importanza crescente quello fondato sull'esito elettorale, ossia sul voto dei lavoratori – iscritti e non iscritti – presenti nelle unità produttive, frequentemente associato al processo di elezione degli organismi di rappresentanza unitaria nelle imprese.

In Spagna, come sa il lettore italiano, si optò per un criterio di verifica dell'effettivo radicamento del sindacato tra i suoi rappresentati, come speciale e specifica capacità di riunire e sintetizzare i differenti interessi individuali dei lavoratori che lo rende unico e diverso dagli altri, presupposto della legittimazione ad ergersi a rappresentante generale del mondo del lavoro. La rappresentatività si conforma quindi, in primo luogo, come un criterio di selezione che consente la concentrazione delle opzioni di rappresentanza intorno a soggetti realmente rappresentativi, preservando, nel contempo, il pluralismo del sistema<sup>2</sup>.

L'attribuzione della speciale posizione giuridica derivante dalla considerazione di sindacato rappresentativo si fa dipendere dai risultati conseguiti da ciascuna organizzazione sindacale nelle elezioni degli organi unitari di rappresentanza dei lavoratori in azienda, la c.d. *audiencia electoral*. Strutturandosi sulla base del consenso ottenuto tra i lavoratori (iscritti e non iscritti), manifestato attraverso il voto alle elezioni sindacali, questo criterio di misurazione della rappresentatività sindacale – oggettivo, quantificabile e verificabile da parte di chiunque, mediante un registro pubblico – afferma un principio democratico che non interferisce con il principio del pluralismo,

<sup>2</sup> La selezione dei sindacati in base alla loro rappresentatività è stata avallata dalla Corte Costituzionale spagnola fin dalla sentenza n. 65/1982, del 10 novembre, con cui l'Alta Corte ha chiarito che “l'esistenza di un sistema di pluralismo sindacale, che ha origine nella libertà sindacale di cui all'art. 28.1 Cost. e risponde, nella sua concreta configurazione, a un processo elettorale di tipo proporzionale, comporta l'esistenza di una molteplicità di sindacati e pone il problema di determinare a quali di questi debba spettare la rappresentanza degli interessi dei lavoratori, che sarebbe notevolmente ridotta nella sua efficacia se attribuita allo stesso modo a tutti i sindacati esistenti”. In tal senso, se è vero che sia l'art. 28.1, sia l'art. 14 Cost. definiscono i limiti e le condizioni a cui devono attenersi i criteri di rappresentatività per il riconoscimento costituzionale, “la promozione del sindacato e l'efficace ed effettiva difesa e promozione degli interessi dei lavoratori [art. 7 Cost.] (...) possono mal conseguirsi con un'eccessiva atomizzazione sindacale e l'attribuzione di un carattere assoluto al principio di parità di trattamento (...) e del libero ed uguale godimento del diritto riconosciuto dall'art. 28.1 Cost.” (Corte Cost. n. 188/1985, del 18 dicembre).

entrambi principi fondamentali dell'ordine costituzionale stabilito (art. 1.1 Cost.). A ciò si aggiunge il suo carattere dinamico che consente di misurare periodicamente – e, quindi, di aggiornare costantemente – il reale radicamento di ogni sindacato tra la generalità dei lavoratori<sup>3</sup>.

Si tratta di una visione “istituzionalizzata” della rappresentatività sindacale che si allontana dal modello negoziale privato<sup>4</sup> e che si connette alle facoltà di azione e di contrattazione con la parte imprenditoriale e i poteri pubblici. Questo sistema ha goduto di una buona fortuna nel tempo ed ha consolidato l'effettivo sostegno che il sindacato trova nei suoi rappresentati, intendendo per tali i lavoratori in generale e non soltanto gli iscritti. Ancorché criticato da vari punti di vista, in particolare per quel che concerne la relativa indifferenza in cui situa il piano associativo volontario dell'iscrizione nonché per l'introduzione di un elemento di continua concorrenza tra sindacati, è rimasto un fattore chiave nella determinazione del sistema sindacale spagnolo e nello sviluppo della negoziazione collettiva *erga omnes*, anticipata dalla Costituzione e disciplinata dalla legge con lo Statuto dei lavoratori. La sua relativa semplicità è risultata, in ultima analisi, un dato positivo ai fini della permanente instaurazione nel sistema legale, che ha apportato piccoli elementi di correzione e di affermazione dello stesso, essenzialmente per la negoziazione collettiva<sup>5</sup>. Ha avuto, inoltre, una qualche capacità di ispirare altre riforme dei sistemi della rappresentatività in Paesi di pluralismo sindacale. In effetti, la recente riforma del 2008, in Francia, ha introdotto il criterio elettorale come asse portante nella misurazione della rappresentatività per la contrattazione collettiva<sup>6</sup>. Malgrado non sia concepito come unico criterio di misurazione, diversamente da quanto accade nel caso spagnolo, l'esito elettorale, la soglia di una data percentuale di voti conseguiti alle elezioni nei luoghi di lavoro, costituisce il criterio base per l'assegnazione della condizione di sindacato rappresentativo<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> BAYLOS, CASTELLI *La rappresentanza sindacale in Spagna*, in LA MACCHIA (a cura di), *op. cit.*, p. 276 ss.

<sup>4</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, BRAVO FERRER, *Sobre la representatividad sindical*, in *RL*, 1988, n. 14/15, p. 1.

<sup>5</sup> CRUZ VILLALÓN J., *Acordes y desacordes de dos reformas de la negociación colectiva: España e Italia*, in *RDS*, 2011, n. 56, p. 17 ss.

<sup>6</sup> BORENFREUND, *Le vote et la représentation syndicale. Quelques interrogations à partir de la loi du 20 août 2008*, in LECLERC, LYON CAEN A. (a cura di), *L'essor du vote dans les relations professionnelles. Actualités françaises et expériences européennes*, Dalloz, 2011, p. 9 ss.

<sup>7</sup> LOKIEC, *La rappresentatività sindacale in Francia*, in LA MACCHIA (a cura di), *op. cit.*, p. 146.

Nello spazio del lavoro si sviluppa, in tal modo, un meccanismo di rappresentanza estesa a tutti i lavoratori – che si differenzia dalle articolazioni civilistiche o privatistiche della rappresentanza, basate sul fatto associativo volontario – il quale, naturalmente, assume un'importanza centrale nei diversi Paesi europei. Nel caso anglosassone, il sindacato nasce o è istituito grazie al voto dei lavoratori dell'impresa, ma così non succede nell'Europa continentale, dove il sindacato si crea nell'ambito della volontà collettiva degli individui come un fenomeno di adesione volontaria associativa e pluralista. Tuttavia, la *audiencia electoral* serve per determinare, nei sistemi sindacali in cui il pluralismo è la regola, l'attribuzione di una serie di facoltà di azione *generali* ai sindacati ai quali i lavoratori hanno espresso le proprie preferenze mediante il voto, che in questo modo diventano maggiormente rappresentativi. Lo spazio tipico della rappresentatività sindacale è quello della negoziazione collettiva e del dialogo sociale, il che evidenzia che essa, oltre a riferirsi alla costruzione di un soggetto sindacale con un forte potere contrattuale, si risolve sempre in un rapporto bilaterale sia con il potere pubblico, sia, principalmente, con il potere privato economico<sup>8</sup>.

Poiché la rappresentatività è inserita nel processo bilaterale del dialogo sociale o della negoziazione collettiva – motivo per cui non può estendersi alle facoltà di autotutela, dall'ottica della costruzione autonoma e pluralista della libertà sindacale e della titolarità non sindacale del diritto di sciopero<sup>9</sup> – essa deve servire, funzionalmente, a promuovere questo procedimento di formazione di regole collettive, attenuando o razionalizzando i possibili conflitti derivanti dal processo di selezione dei soggetti ammessi alla negoziazione e con potere contrattuale sufficiente ad ottenere la forza vincolante dei contratti.

Per questa ragione i criteri della rappresentatività possono essere delimitati dal potere pubblico o concordati dagli interlocutori sociali, ma non stabiliti dalla parte datoriale attraverso la libera selezione degli interlocutori negoziali, così come neppure possono sfociare in una *conventio ad excludendum*

<sup>8</sup> CASAS BAAMONDE, *La mayor representatividad sindical, y su moderación, en la jurisprudencia constitucional española. Algunas claves para su comprensión*, in *RL*, 1988, n. 14/15, p. 73.

<sup>9</sup> PALOMEQUE, *Ámbito subjetivo y titularidad del derecho de huelga*, in BAYLOS (a cura di), *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, 2005, p. 15 ss.; più in generale ORLANDINI *Qualche contro-argomento alla tesi della titolarità collettiva del diritto di sciopero*, in LOFFREDO (a cura di) *La titolarità del diritto di sciopero*, Cacucci, 2008, p. 117 ss. e LOFFREDO, *Sull'inscindibilità di 'individuale' e 'collettivo' nella titolarità del diritto di sciopero*, in LOFFREDO (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.



di una determinata opzione sindacale, per quanto essa presenti un profilo di attività non funzionale o antagonistico con la visione maggioritaria sui contenuti e sulle procedure di creazione delle regole collettive e negoziate in materia di lavoro<sup>10</sup>. In tal modo, i criteri che modificano l'esigenza di rappresentatività del soggetto sindacale nell'esigenza che questa rappresentatività sia effettiva – attraverso l'effettività della negoziazione, per esempio – spostano il piano del problema ed agiscono contro la stessa funzione che svolge la nozione di rappresentatività sindacale.

C'è un qualche nesso tra la crisi della rappresentanza del sindacato e la relativa certezza che alla figura della rappresentanza conferiscono le regole della rappresentatività sindacale? Si tratta di domandarsi, come sembra risultare dalla prassi di differenti ordinamenti, se si può parlare di una specie di “immunizzazione” delle regole che stabiliscono la rappresentatività sindacale e del loro “riversamento” sulla negoziazione collettiva rispetto alla doppia crisi che soffre, già da tempo, la forma-sindacato. Vale a dire, la crisi che deriva dalle trasformazioni del lavoro fordista e post-fordista che hanno decentrato, frammentato e precarizzato il rapporto salariale, in un contesto di implosione di differenti identità del lavoro<sup>11</sup>, da una parte, e dall'altra, quella che produce la deviazione delle funzioni tipiche dell'azione sindacale, su impulso legale, ma anche del contesto socio-economico, verso il sostegno delle esigenze di flessibilità e flessibilizzazione nell'impresa e nel settore produttivo, in un approccio prioritariamente concessivo che scambia diritti individuali e collettivi con una peraltro incerta salvaguardia dell'occupazione.

L'esperienza spagnola insegna che la crisi della rappresentanza, mediante lo spopolamento e la frammentazione del collettivo rappresentato, non sembra incidere in maniera decisiva sul criterio di selezione dei sindacati che tendono ad assumere e gestire l'interesse generale dei lavoratori, né altera il peso specifico di ciascuna delle opzioni sindacali in lizza. La mappa della presenza sindacale si giustappone alla rappresentatività di queste organizzazioni misurata in termini di seguito elettorale, anche se si proietta, in modo

<sup>10</sup> BAYLOS, *Notas sobre libertad sindical y negociación colectiva*, in *RDS*, 2010, n. 50, pp. 28-29. Si tratta di “regole particolarmente rigorose per quanto concerne la determinazione dei soggetti negoziali” e sottratte alla disponibilità dei negoziatori del contratto attraverso il “mutuo riconoscimento” delle parti dello stesso, come ha evidenziato, già da molti anni, la sentenza della Corte Cost. n. 73/1984, del 27 giugno.

<sup>11</sup> RODRIGUEZ PIÑERO, BRAVO FERRER, *op. cit.*; ROMAGNOLI, *Quién representa a quién*, in *RL*, 1988, n. 14/15, p. 9 ss.

molto marcato, sulla negoziazione collettiva nella sua duplice dimensione, di regolazione delle condizioni di lavoro e di impiego e di adeguamento o ristrutturazione dell'organizzazione aziendale e dell'occupazione della stessa in situazioni di crisi. Il che permette di concludere che la rappresentatività sindacale è una nozione co-estesa alla reale dinamica della contrattazione collettiva, ai settori ove esistono realmente contratti collettivi e accordi di ristrutturazione produttiva.

Questa relazione biunivoca tra rappresentatività e negoziazione collettiva può entrare in crisi se cambia l'orizzonte in cui si colloca il rapporto tra Stato e autonomia collettiva quanto ai processi di produzione delle norme sui rapporti di lavoro. Come in altri ordinamenti, ma in maniera molto più intensa, in Spagna, a partire dalla riforma del lavoro permanente che ha inizio nel 2010, continua nel 2011 e si esaspera nel 2012, lo spazio del dialogo sociale e della contrattazione collettiva, quale luogo tipico per lo svolgimento della rappresentatività sindacale, è stato sottoposto all'"intervento" della norma legale che ha proceduto a riorientare le funzioni della negoziazione collettiva e il suo centro di gravità verso l'impresa, disapplicando e facendo decadere la disciplina delle condizioni di lavoro e di occupazione stabilita dal contratto di settore<sup>12</sup>.

Tale intervento, inoltre, implica il trasferimento della capacità convenzionale ai soggetti che operano nell'impresa – non solo collettivi, i delegati del personale e il comitato di azienda, ma anche la rappresentanza di "designati" dalla maggioranza dei lavoratori, pertanto non necessariamente rappresentanti unitari permanenti – rispetto alla centralità del sindacato e delle sezioni sindacali, ripiegate nelle grandi e medie imprese. Il risultato non è stato, per il momento, un cambiamento di paradigma, bensì la pura paralizzazione dei processi di negoziazione collettiva, forse perché risulta molto complicato riorientare o escludere il forte nesso sussistente tra la rappresentatività sindacale e la sua conseguenza – un soggetto con un forte potere contrattuale – ed alcune funzioni della negoziazione collettiva estranee agli usi e alle prassi del sistema di negoziazione collettiva, così come era stato autonomamente disegnato dal sindacalismo confederale e dall'associazionismo imprenditoriale.

Più lontani risultano, per l'azione sindacale, i condizionamenti che pro-

<sup>12</sup> CASAS BAAMONDE, RODRIGUEZ PIÑERO M., VALDÉS DAL-RE, *La nueva reforma laboral*, in *RL*, 2012, n. 5, p. I ss.; BAYLOS, *El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario en la Ley 3/2012*, in BAYLOS (a cura di), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Bomarzo, 2012, p. II ss.

vengono dall'introduzione di meccanismi di partecipazione estesi alla totalità dei lavoratori, principalmente gli strumenti del referendum e dell'assemblea, e che pure si inseriscono nel discorso sulla crisi reale di rappresentanza dei sindacati, ma che, di fatto, servono a correggere le deficienze del sistema della rappresentatività sindacale, nell'impresa o nel settore della produzione. Sono modalità che permettono il controllo dell'azione dei sindacati tendenzialmente – o istituzionalmente – rappresentativi e che talvolta possono condizionarne la condotta o opporsi alla stessa. Nel sistema francese, ad esempio, la normativa prevede la conformazione di un diritto di opposizione per le organizzazioni sindacali non firmatarie dell'accordo collettivo concluso da altri sindacati, rappresentativi ma non maggioritari – che hanno ottenuto il 30% dei suffragi nelle elezioni dei consigli e dei delegati –, e talora si ricorre perfino al referendum tra i lavoratori per “revocare” l'accordo collettivo stipulato da un blocco sindacale che non riunisce la maggioranza dei lavoratori<sup>13</sup>. In Spagna, al contrario, questo tipo di riferimento a meccanismi referendari o assembleari si può assumere come linea guida dell'azione sindacale, ma il sistema legale che definisce la rappresentanza e la rappresentatività dei sindacati nella contrattazione collettiva impedisce di tenerne conto non soltanto quando il contratto è concluso dalle maggioranze previste dallo Statuto dei lavoratori, ma anche nell'ipotesi di patto extrastatutario “separato”, sulla cui validità e vigenza non influisce la volontà maggioritaria dei lavoratori dell'impresa espressa nell'assemblea o nella consultazione referendaria.

Ad ogni modo, i fondamenti del sistema della rappresentatività sindacale restano stabili, senz'altro perché, come nel film di Woody Allen, solamente *basta che funzioni*.

## 2. *Rappresentanza e rappresentatività sindacale. Il lungo dibattito italiano*

Per lo studioso spagnolo, il caso italiano è stato un referente decisivo in contrasto con la soluzione “istituzionalista” adottata dall'ordinamento giuslavoristico. La mancata attuazione (l'inattività) del precetto costituzionale che legava rappresentatività sindacale e contratto collettivo *erga omnes* e la costruzione alternativa di un sistema autonomo dei rapporti di lavoro intorno

<sup>13</sup> BORENFREUND, *op. cit.*, p. 17 ss.

all'ordinamento intersindacale si interpretavano come un'espressione di forza collettiva di un sindacato in piena unità d'azione, dopo il patto federativo del 1972, che non aveva bisogno di essere assistito dal sistema giuridico statale per ottenere il risultato più efficace di tutti i suoi mezzi d'azione. L'intervento promozionale della legge, nel 1970, corroborò questa percezione unanime. La norma statale completava e favoriva il dispiegarsi degli effetti dell'azione sindacale, ma la determinazione dei soggetti che rappresentavano la classe lavoratrice italiana era amministrata in modo autonomo, attraverso un meccanismo di autoaffermazione avallato dalla concreta presenza nei luoghi di lavoro e nei settori della produzione.

Pertanto, senza riflettere molto su ciò che implicava la nozione teorica e politica dell'ordinamento intersindacale, quello che si percepiva del dibattito italiano era fondamentalmente la forza dell'organizzazione sindacale e delle sue capacità di azione, espressa nelle categorie del conflitto e nella presenza nei luoghi di lavoro, dove peraltro si riscattava la dialettica dell'unità nella produzione quale corretta espressione della rappresentanza sindacale. A partire da lì, la rappresentatività sindacale autoassegnata dalle grandi confederazioni si interpretava come completa espressione della extrastatalità delle figure della rappresentanza collettiva del lavoro e della loro diretta capacità di produrre regole di disciplina dei rapporti di lavoro, senza la necessità della mediazione normativa di origine statale.

È indubbio il fascino che generava questa immagine e che spiega l'importante ascendenza della teorizzazione dottrinale e sindacale relativa a tale situazione nel sistema spagnolo, anche se, in quest'ultimo, la positivizzazione del modello si allontanava consapevolmente dalla soluzione a cui si era giunti in Italia. La ragione di tale scelta legislativa risiedeva nella mancanza di una cultura sindacale "in libertà", dopo i quarant'anni di franchismo, in una certa tendenza all'atomizzazione sindacale come effetto non voluto di un sistema pluralista e, pertanto, nella necessità di un'"assistenza" normativa che favorisse la formazione di rappresentanti forti, con effettivo radicamento nei luoghi di lavoro. La rappresentatività sindacale quale forma di accesso alla contrattazione collettiva con forza vincolante – il modello di efficacia normativa e generale del contratto collettivo – costituiva, dunque, un modo per assicurare la garanzia istituzionale della negoziazione collettiva<sup>14</sup> attraverso la promo-

<sup>14</sup> RODRIGUEZ-PINERO, BRAVO FERRER, *La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional*, in *RL*, 1992, Tomo I, p. 47 ss.

zione della rappresentanza generale dei lavoratori realizzata mediante l'esito elettorale.

A partire dalla metà degli ottanta del secolo scorso, si verifica un incremento qualitativo nello scambio culturale tra la dottrina accademica spagnola e la produzione teorica italiana. Da parte spagnola, si tratta di una conoscenza più attenta al dibattito italiano sulle "nuove regole" in materia sindacale, e sulla loro contestualizzazione politica e organizzativa, che interagisce con la discussione, molto vivace, sulla rappresentatività sindacale come riconosciuta dalla *Ley Orgánica de Libertad Sindical* del 1984-1985<sup>15</sup> e dalla successiva giurisprudenza costituzionale, che sviluppa e modera la nozione di maggiore rappresentatività<sup>16</sup>. Quanto alla dottrina italiana, la più elevata frequenza degli scambi culturali permette di valutare l'esperienza regolativa della rappresentatività come un dato comparato di un certo interesse<sup>17</sup>, che apporta perfino alcune ben fondate riflessioni su una possibile riforma<sup>18</sup>.

Il progressivo attuarsi del sistema delle relazioni collettive nel pubblico impiego ed il rapporto tra rappresentatività e contrattazione collettiva definiscono un problematico spazio di analisi che si sviluppa in modo eccezionale<sup>19</sup>

<sup>15</sup> ESCUDERO RODRIGUEZ, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos, 1990.

<sup>16</sup> CASAS BAAMONDE, *op. cit.*

<sup>17</sup> Per la dottrina giuslavoristica spagnola più dinamica, l'universo culturale dei giuristi del lavoro italiani manteneva intatto, negli anni '80, il prestigio immenso di una produzione teorica eccezionale. Esisteva, quindi, un vero processo di ricezione culturale che si traduceva in una specie di tutela dottrinale, progressivamente trasformata in uno scambio asimmetrico con l'intensificarsi degli incontri bilaterali. Il punto di svolta si colloca tra il 1986 e il 1988 (incontri della UCM di Madrid, seminario di Pontignano a Navacerrada, incontri a Napoli del gruppo italo-spagnolo guidato da Casas e Romagnoli e a Madrid, nelle giornate della rivista *Relaciones Laborales*, congresso mondiale del Diritto del lavoro a Madrid nel 1988, ecc.), allorché entrambi i gruppi hanno potuto familiarizzare con le rispettive problematiche comparate, anche se l'esito più interessante è il maggior contatto – e discussione – con la produzione accademica del Diritto del lavoro spagnolo, del gruppo dirigente della rivista *Relaciones Laborales* in particolare, ma pure di altri esponenti della dottrina ad esso vicini. L'esperienza normativa spagnola sulla rappresentatività sindacale è analizzata da BIAGI, *Rappresentatività e democrazia sindacale in Spagna*, in *RIDL*, 1987, n. 4, p. 360 ss. e questo testo rivela molto circa lo sguardo della dottrina italiana sul sistema spagnolo in quegli anni.

<sup>18</sup> D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello Statuto dei lavoratori rivisitato*, in *LD*, 1990, n. 2, p. 247 ss.

<sup>19</sup> ZOPPOLI L., *Delegificazione e contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, Jovene, 1986; RUCSIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del Lavoro*, il Mulino, 1993.

e rispetto al quale la capacità analitica e propositiva della dottrina italiana provoca un certo effetto sconcertante sulla dottrina spagnola, che segue le sue evoluzioni con interesse, anche metabolizzando il “compromesso” tra il sindacato come associazione e come istituzione, rintracciabile, in questo settore, nei criteri legali che stabiliscono la rappresentatività e nella forza normativa del contratto collettivo<sup>20</sup>. Questa permeabilità rispetto al dibattito italiano si mantiene ed aumenta nel processo di costruzione dell'intervento normativo in materia di sciopero nei servizi essenziali, nel 1990, sia riguardo al modello di inquadramento delle facoltà di autotutela, sia per quanto attiene al metodo di partecipazione del sindacalismo confederale nel disegno del testo legale.

In linea di massima, tuttavia, alla stretta conformazione della nozione di rappresentatività va unita quella della ricerca del consenso nella rappresentanza generale dei lavoratori, per questo non si consente di misurare tale consenso mediante un intervento esterno proveniente dalla legge. Ciò conduceva ad una sola conclusione possibile, quella per cui lo spazio che poteva occupare la rappresentatività riconosciuta dalla legge era quello dell'effettiva plasmazione della stessa, ossia quello della realizzazione di questa posizione sociale preminente nella contrattazione collettiva o nell'organizzazione del conflitto. In tal senso veniva interpretato il processo legislativo che era stato intrapreso con successo nel pubblico impiego<sup>21</sup>.

Come accade nei fenomeni culturali, senza troppe spiegazioni, le successive vicissitudini che il tema della rappresentatività attraversò nell'ordinamento italiano, ed in particolare le rilevanti vicende scaturite dal referendum sull'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori e quanto esso significava<sup>22</sup>, non meritavano un'attenzione speciale; da questo momento, tale punto non fu percepito come un problema che potesse esplicitarsi in un approccio comparato di interesse, forse perché la nuova situazione legale faceva riposare gli indici della rappresentatività sulla c.d. “rappresentatività tecnica” a detrimento della rappresentatività “storica”<sup>23</sup>. Sarebbe dovuto passare più di un decennio per

<sup>20</sup> ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche Amministrazioni*, Utet, 2007, p. 110.

<sup>21</sup> SCARPONI, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam, 2005.

<sup>22</sup> GHEZZI, *Dopo l'XI Legislatura: la rappresentatività sindacale tra iniziativa legislativa e referendum*, in *LD*, 1994, n. 3, nonché in GHEZZI, *Dinamiche sociali, riforma delle istituzioni e diritto sindacale*, Giappichelli, 1996, p. 143 ss.

<sup>23</sup> In merito alla comprensione di entrambi i termini, ROMAGNOLI, (voce) *Associazioni sindacali*, in *EGT*, 1988, p.10.

tornare a contemplare questa materia come un crocevia a partire dal quale si poteva fornire una risposta democratica a uno stato di cose che, dalla politica all'economia, si ostinava a negare i fondamenti della costituzione democratica del lavoro.

### 3. *Il “modello Fiat” e la rappresentatività sindacale*

L'articolarsi di misure determinate durante la crisi che si scatena in Europa, con speciale incidenza nell'area dell'euro, dal 2009, ha un'importante ricaduta nei Paesi mediterranei, in particolare in Spagna e Italia. Il quadro europeo delle misure adottate nei rispettivi ordinamenti propizia uno sguardo comparato.

Il punto di partenza per l'Italia non è soltanto costituito dal quadro politico generale e dagli orientamenti di governo, ma anche dall'affermazione ostentata di un potere economico privato d'impresa il quale esige un importante cambiamento nelle regole che disciplinano i rapporti di lavoro. A fronte del modello che erige una corporazione come esplicito segnale dell'inizio di un nuovo “stadio civilizzatore” nei rapporti di lavoro, si produce una profonda divisione tra i soggetti sindacali. Gli accadimenti sono noti, ma il risultato di questa operazione è la consentita alterazione delle regole essenziali della rappresentanza sindacale, che si spiegano sulla base della presenza nei luoghi di lavoro, ove si esplica l'azione sindacale. Non si può parlare, a rigore, di un sindacalismo nell'impresa, bensì di un sindacalismo di impresa, nella misura in cui condivide le linee generali del programma e del progetto della corporazione. È, pertanto, uno schema fondato sull'adesiva partecipazione delle organizzazioni sindacali ad una linea decisionale offerta dal potere organizzativo generale della direzione dell'impresa. L'organizzazione sindacale che si contrappone a questo processo è, di conseguenza, un “corpo estraneo” che non trova spazio d'azione. Si situa al di fuori di quello che costituisce il processo decisionale delle politiche d'impresa, separata, a sua volta, dalla maggioranza dei lavoratori che aspira a rappresentare, i quali sono stati obbligati a scegliere tra restare in una posizione esterna alla decisione imprenditoriale – senza alcuna possibilità di condizionarla – o accettarne le conseguenze quanto al sacrificio dei loro diritti presenti e futuri.

L'operazione consiste prima nel sottrarre elettoralmente la maggioranza al sindacato conflittuale, mediante l'organizzazione di un referendum in cui

si scambia la garanzia dell'impiego con la privazione di una parte dei diritti fondamentali, e successivamente nel considerare questo sindacato fuori gioco, un *outsider* nel tessuto istituzionale dei rapporti tra impresa e lavoratori dell'Impresa. È una posizione di alienazione che si accentua dinanzi all'acquiescente comparsa degli altri due grandi sindacati confederali, quali soggetti complementari della politica imprenditoriale delle relazioni collettive nell'impresa. Il fulcro degli accordi stipulati si incentra su onerose regolamentazioni basate sul massimo utilizzo degli impianti aziendali e su una severa disciplina delle condizioni di lavoro, insieme alla previsione di una serie di meccanismi di "esigibilità" del contratto dotata di sanzioni collettive, in caso di inosservanza dello stesso, che si spingono fino alla disponibilità della titolarità individuale del diritto di sciopero dei lavoratori dell'impresa, com'è stato sottolineato criticamente dalla dottrina<sup>24</sup>, definendo illegittimo tanto lo sciopero di gruppi spontanei di lavoratori, quanto quello convocato dai sindacati che non hanno firmato l'accordo, il che contrasterebbe con la configurazione del diritto di sciopero di cui all'art. 40 della Costituzione italiana<sup>25</sup>.

Questo disegno si proietta sulla negoziazione collettiva e giunge a sostituire il contratto di categoria con il contratto aziendale. Con l'aggravante dell'esistenza di due contratti collettivi nazionali, l'unitario, la cui vigenza spirò alla fine del 2011, e l'altro contratto "separato", senza la firma della FIOM-CGIL, a partire dal 2009<sup>26</sup>, tra i quali sembra inserirsi un modello di imprenditorializzazione "all'americana"<sup>27</sup>. A cominciare da questo momento si pone il problema della rappresentanza sindacale aziendale. Negli accordi realizzati si prescinde dalla rappresentanza unitaria elettiva e i diritti sindacali sono fruiti in modo paritario dai sindacati firmatari del contratto aziendale. Il sindacato non firmatario dell'accordo – né del contratto aziendale, né del contratto nazionale – sarà pertanto considerato un'organizzazione sindacale *extra ordinem*, non riconosciuta e privata della titolarità di qualsivoglia diritto sindacale in azienda<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> MARIUCCI, "Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato, in *LD*, 2011, n. 2, p. 245 ss.; BALLESTRERO, *Astuzie e ingenuità di una clausola singolare*, in *LD*, 2011, n. 2, p. 269 ss.

<sup>25</sup> BALLESTRERO, *op. cit.*, pp. 279-281.

<sup>26</sup> LASSANDARI, *La contrattazione collettiva: prove di de-costruzione di un sistema*, in *LD*, 2011, n. 2, p. 321 ss.

<sup>27</sup> MARIUCCI, *Back to the future*, cit., p. 252.

<sup>28</sup> MARIUCCI, *Back to the future*, cit., p. 258.



Il risultato è un modello di governo dei rapporti di lavoro che si presenta come separato e immune rispetto a quello che si considerava consolidato in Italia. Il nuovo è basato sulla preminenza del contratto aziendale, separato dal (e alternativo al) contratto collettivo nazionale di categoria, con la “restaurazione” delle rappresentanze sindacali aziendali, quali “terminali” dei sindacati stipulanti, e l’abolizione della rappresentanza elettiva unitaria<sup>29</sup>, così forgiando un sistema sindacale d’impresa direttamente dipendente dal consenso sindacale intorno all’accordo collettivo vigente nella stessa.

Da questo nuovo disegno derivano due importanti conseguenze. Da una parte, il modello Fiat si rapportava alla pressione che le istituzioni monetarie e politiche dell’Unione europea stavano realizzando, nel quadro della crisi del debito nei Paesi mediterranei della zona euro, in concreto a partire dal c.d. Patto per l’Euro (2011), affinché si procedesse a riforme strutturali della contrattazione collettiva, promuovendo il c.d. “decentramento della contrattazione collettiva”. In tale linea, l’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 – firmato dalle tre grandi confederazioni nazionali – si propose di inserire questa tendenza nell’ambito della stessa negoziazione collettiva, di modo che la capacità del contratto aziendale di modificare il contenuto del contratto nazionale di categoria fosse definita e controllata da questo, vale a dire, si effettuasse “nei limiti e con le procedure” fissati dal contratto nazionale<sup>30</sup>. Tuttavia, questa funzione di contenimento delle tendenze al decentramento, che destrutturavano il sistema di negoziazione collettiva, fu smentita dall’introduzione di una norma, l’art. 8 della legge n. 148 del 14 settembre 2011, che stabilisce una regola di generalizzata derogabilità delle previsioni dei contratti nazionali e delle norme statali secondo quanto dispone il contratto aziendale. La legge applica meccanicamente l’istruzione delle autorità monetarie europee sulla centralità dell’impresa e della disciplina dei rapporti di lavoro definita in base ad essa, quale elemento chiave per la ripresa della produttività e della crescita economica, ma, nel farlo in modo così rozzo, introduce una regola che sovverte gli equilibri del sistema della negoziazione e delle relazioni sindacali, negando, nel contempo, principi centrali del Diritto del lavoro e della Costituzione<sup>31</sup>. Il “modello Fiat” si estende e si gene-

<sup>29</sup> MARIUCCI, *Un accordo e una legge contro l’accordo*, in *LD*, 2011, n. 3, p. 452.

<sup>30</sup> BARBIERI, *Il rapporto tra l’art. 8 e l’accordo interconfederale del 28 giugno 2011*, in *RGL*, 2012, n. 3, p. 461 ss.; MARIUCCI, *Un accordo e una legge*, cit.

<sup>31</sup> ROMAGNOLI, *La deriva del diritto del lavoro (perché il presente obbliga a fare i conti col passato)*,

ralizza come soluzione normativa, mostrando la capacità di irruzione della nuova istituzionalità “tecnica” della *governance* monetaria europea nei sistemi democratici dei rapporti di lavoro nazionali e la sua resistenza al cambiamento politico dei successivi governi, i quali non hanno abrogato questa norma malgrado la critica politica e dottrinale<sup>32</sup>.

Inoltre, la riformulazione delle regole sulla rappresentanza in azienda si basa su una considerazione che contraddice la prassi delle relazioni collettive italiane, alterando il processo di privatizzazione delle regole che si applicavano, mediante un loro utilizzo deviato<sup>33</sup>, fino a conformare un quadro tale da far dipendere la rappresentatività sindacale dal consenso dell’organizzazione espresso con la firma del contratto collettivo applicato nell’impresa. È evidente che ridurre i criteri per cui un sindacato si considerava rappresentativo in azienda secondo l’art. 19 dello Statuto dei Lavoratori, dopo il referendum del 1995, alla circostanza di aver firmato il contratto collettivo aziendale di riferimento è un’operazione che diminuisce e svaluta la funzione selettiva e il suo significato politico-democratico, perché sposta l’asse della scelta – che deve fondarsi su criteri oggettivi e misurabili – sulla selezione dell’interlocutore negoziale e sul suo consenso sul risultato del processo di negoziazione. Il centro di gravità della rappresentatività si trasferisce dall’area dei lavoratori e della loro capacità di decisione, sulla base di criteri di fiducia ed identificazione con i soggetti sindacali radicati in azienda, al dominio della direzione dell’impresa – in quanto essa liberamente sceglie le parti della negoziazione – e a quello dell’organizzazione sindacale che accetta di essere scelta per giungere ad un accordo, fonte della legittimazione escludente, a fronte di altre opzioni critiche o ostili allo stesso.

La rappresentatività privatizzata attraverso il consenso espresso nel contratto collettivo non è inclusiva, ma si chiude ai soggetti esterni al campo degli obblighi derivanti dall’insieme delle relazioni contrattuali. Si definisce, piuttosto, per la sua disposizione restrittiva, che esclude quei soggetti dotati di un’importante forza contrattuale e di pressione, direttamente connessa al loro radicamento tra i lavoratori dell’impresa esplicitato con l’adesione individuale al sindacato ovvero la fiducia espressa collettivamente nelle assemblee

in *LD*, 2013, n. 1, p. 3 ss.; RUSCIANO, *L’articolo 8 è contro la Costituzione*, in *Eguaglianza e Libertà*, [www.eguaglianzaeliberta.it](http://www.eguaglianzaeliberta.it), 2011.

<sup>32</sup> MARIUCCI, *L’agenda desiderabile: idee per una nuova fase del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, n. 2, p. 173; ROMAGNOLI, *La deriva*, cit., p. 3 ss.

<sup>33</sup> ROMAGNOLI, *Il Diritto del lavoro davanti alla crisi*, in *LD*, 2012, n. 3-4, p. 407.

o elettoralmente nel referendum. Si dispiega come un atto di ritorsione nei confronti dei soggetti sindacali i quali non si sono inseriti in una dinamica di adesiva partecipazione al progetto imprenditoriale e alla relativa disciplina dei rapporti di lavoro nell'impresa. In tal senso rompe l'effetto più importante dei diritti di cittadinanza nel lavoro, quello di preservare la volontà collettiva dei lavoratori come fonte della legittimazione del sindacato nei luoghi di lavoro.

4. *La prospettiva costituzionale della rappresentatività nell'impresa: una legge sulla rappresentanza sindacale e la partecipazione?*

Com'era prevedibile, questa seconda variante del “nuovo modello” delle relazioni collettive in Italia originò un vasto contenzioso, dando luogo ad alcune pronunce giudiziali di interesse che adottavano un'interpretazione di adeguamento costituzionale o integratrice, esigendo, ai fini della rappresentatività sindacale, la partecipazione al negoziato, ancorché non fosse stato firmato l'accordo. Tuttavia, in questo ricorso alla tutela giudiziale del diritto di libertà sindacale, rilevante è la questione di incostituzionalità sollevata in relazione all'art. 19 dello Statuto dei Lavoratori, nella formulazione seguita al referendum del 1995, giacché quest'ultima manifesta un'“intrinseca irragionevolezza” la cui applicazione conduce a conclusioni del tutto opposte a quelle in base alle quali era stato elaborato il criterio della rappresentatività sindacale. La sentenza della Corte Costituzionale n. 231/2013, del 3 luglio, decide la questione e, com'è noto, dichiara l'incostituzionalità del precetto statutario in seguito all'esclusione della FIOM, come sindacato rappresentativo in FIAT, per non aver sottoscritto il contratto collettivo applicato nella stessa.

La sentenza è ricca di considerazioni sul significato e sulla funzione della rappresentatività sindacale in un sistema democratico delle relazioni industriali, che contrappone al sistema contrattuale “autosufficiente e autogovernato” delle società del Gruppo FIAT. La promozione e l'incentivo al sindacato quale portatore dell'interesse del maggior numero di lavoratori – che costituiscono la finalità della maggiore rappresentatività – non si confanno ad un criterio che incide negativamente sulla libertà d'azione del sindacato, la cui decisione di sottoscrivere o meno un contratto collettivo non è condizionata dalla finalità di tutela degli interessi dei lavoratori, ma dalla

possibilità di ottenere o meno, in ragione del proprio consenso rispetto a quanto pattuito, i diritti di rappresentanza e la stessa presenza nei luoghi di lavoro come sindacato rappresentativo.

La sentenza ripercorre la dottrina costituzionale sulla libertà sindacale e sulla maggiore rappresentatività negli anni ottanta e novanta del secolo scorso, soprattutto in relazione alle valutazioni formulate nel contesto del referendum del 1995. In tal senso la Corte ricorda che la rappresentatività del sindacato conseguente alla sottoscrizione del contratto collettivo applicato in azienda “non deriva da un riconoscimento del datore di lavoro espresso in forma pattizia”, bensì dalla “capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale”. Per questo non basta un’adesione formale, ma è richiesta una “partecipazione attiva al processo di formazione del contratto”, un contratto normativo “che regoli in modo organico i rapporti di lavoro”. La rappresentatività che si presume dalla sottoscrizione di contratti collettivi è giustificata storicamente e sociologicamente nonché sulla scorta di considerazioni pratiche, perché è un criterio che consente di misurare la forza di un sindacato e la sua rappresentatività, come un fatto tipico dell’ordinamento sindacale.

Nella nuova fase delle relazioni sindacali, di rottura dell’unità di azione e di accordi separati, il rifiuto di sottoscrivere il contratto comporta la rimozione di una rappresentatività che esiste nei fatti e nei consensi dell’unità produttiva. Di modo che, nel momento in cui muta la propria funzione, e da criterio di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività si trasforma in meccanismo di esclusione di un soggetto significativamente rappresentativo in azienda, la norma statutaria risulta manifestamente irragionevole ed induce ad una ingiustificata disparità di trattamento tra sindacati, i quali sarebbero privilegiati o discriminati non sulla base del rapporto con i lavoratori, che è un dato oggettivo sul quale si fonda la rappresentatività degli stessi e la partecipazione alle trattative, ma del rapporto con l’impresa, per il rilievo attribuito al “dato contingente di avere prestato il proprio consenso alla conclusione di un contratto con la stessa”. Subordinare il godimento dei diritti sindacali esclusivamente ad un atteggiamento accomodante nei confronti dell’impresa viola, inoltre, il riconoscimento costituzionale del pluralismo e della libertà di azione dell’organizzazione sindacale. L’effetto esclusivo del criterio accolto dall’art. 19 Stat. lav. si traduce in una forma impropria di sanzione del dissenso che incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato riguardo alle modalità ritenute più appropriate per difendere gli

interessi dei lavoratori e, d'altro canto, alimenta la possibilità di raggiungere “un punto di equilibrio” mediante un’illegittima “*conventio ad excludendum*”.

La Corte Costituzionale, pertanto, dichiara l’incostituzionalità della lettera b) del primo comma dell’art. 19 Stat. Lav., in quanto non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita nell’ambito di associazioni sindacali che, pur non essendo firmatarie dei contratti collettivi applicati nell’unità produttiva, abbiano partecipato alla trattativa relativa a tali contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’impresa. Ma, come esattamente aggiunge la Corte, questa sentenza non indica – né potrebbe farlo – qual è il criterio selettivo della rappresentatività sindacale se manca un contratto collettivo applicato nell’unità produttiva per carenza di attività negoziale o per impossibilità di giungere ad un accordo aziendale. La decisione offre una rosa di soluzioni, peraltro molto classiche. Quelle di tener conto del numero degli iscritti, o introdurre un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di voti, o intendere il rinvio del testo statutario al sistema contrattuale in generale e non al contratto collettivo applicato nell’unità produttiva di riferimento, o ancora riconoscere il diritto dei lavoratori, individualmente considerati, ad eleggere le rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro.

Compete al legislatore la scelta tra queste o altre soluzioni, afferma la sentenza. Pertanto, si pone nuovamente la necessità di un intervento legislativo che affronti in modo perentorio questo problema dibattuto da lungo tempo. Esistono già alcune proposte molto complete, che si ispirano alle linee tracciate nell’Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011<sup>34</sup>, ma il problema è un altro, ossia la compatibilità di queste prospettive costituzionali con quelle di un modello di governo delle relazioni industriali nelle quali non si accetta la consistenza – organizzativa e istituzionale – del dissenso, e che ritiene, al contrario, che l’affermazione del progetto di direzione della loro dimensione istituzionale–collettiva richieda più autorità che consenso, dovendo tale modello fondarsi sull’emarginazione di chi si opponga a questo processo. La lesione che detto modello sta forse generando nel tessuto democratico non si limita ai diritti di cittadinanza del lavoro, riguarda, più in generale, la democrazia rappresentativa e le coordinate di partecipazione e di pluralismo in cui essa si muove. È un processo, d’altra parte, che si estende nei Paesi del mediterraneo, nell’idea di riformulare i loro punti di riferimento politico-

<sup>34</sup> MARIUCCI, *L’agenda desiderabile*, cit., p. 173.

costituzionali. Per questo, alla fine, parlare di rappresentatività sindacale è situarsi sul terreno della costituzionalità democratica.

## **Franco Carinci**

### **Se il legislatore latita, la Corte costituzionale ne approfitta per fare il bello e il cattivo tempo**

1. L'esclusione della Fiom dalle aziende del gruppo Fiat è stata sì riasorbita a seguito di Corte cost. 23 luglio 2013 n. 231, con una loro riammissione all'interno del nuovo "ordine contrattuale", peraltro rimasto com'era stato pensato e realizzato, auto-concluso ed auto-sufficiente; ma non senza lasciare dietro di sé un'eredità pesante destinata a condizionare il già precario equilibrio del nostro sistema di relazioni collettive.

È già significativo che la Fiom – il sindacato per antonomasia fino a apparire mitico, radicato nella categoria metalmeccanica rimasta decisiva, tanto forte e combattivo da poter sfidare la stessa Cgil – abbia perso i referendum di Pomigliano e di Mirafiori e abbia dovuto chiamare in suo aiuto il giudice nello stesso centro del suo passato potere. Ma è ancor più significativo, se pur meno appariscente, che la Confindustria – la confederazione datoriale per eccellenza fino a risultare quasi unica, insediata nel settore industriale restato strategico, tanto rilevante e autorevole da essere assunta come interlocutrice privilegiata se non sostanzialmente esclusiva nella dialettica interconfederale e nella concertazione – abbia dovuto subire l'abbandono da parte della sua affiliata numero uno.

Questa è solo l'espressione più emblematica di una mutazione profonda ed irreversibile, maturata lentamente ma esplosa improvvisamente, dovuta alla pressione combinata e cumulativa di forze che hanno agito sulla nostra struttura economica e struttura istituzionale. Forze, queste, tanto note e dibattute da poter essere qui semplicemente evocate nella loro versione corrente: la globalizzazione, con la sua ricaduta sui costi diretti ed indiretti del lavoro, e la partecipazione alla Ue, con la sua stretta sui margini del deficit e del debito pubblico.

Quel che qui interessa è sottolineare come una tale mutazione sia stata accompagnata da una progressiva obsolescenza del diritto statutario, costruito e raffinato nel corso di un ventennio, con un mercato ancora relativamente protetto ed uno Stato ancora sufficientemente autonomo; per poi deperire e svanire, sì da esserci restituito oggi privo di quelli che costituivano i supporti delle sue due anime, promozionale e costituzionale: l'art. 19 St., amputato dal referendum del 1995 al punto di renderlo del tutto irriconoscibile, e l'art. 18 St., sopravvissuto a fatica al passaggio del secolo per essere poi snaturato dalla l.n. 92/2012.

Era ben evidente fin dal varo dello Statuto, nel passaggio dal decennio '60 al '70 segnato dall'intreccio fra conflitto sociale e terrorismo, il nesso esistente fra un art. 19 che permetteva la costituzione di rappresentanze sindacali aziendali ed un art. 18 che garantiva la c.d. tutela reale ai lavoratori, dato dall'ambito applicativo, cioè dalla fatidica soglia di più di quindici dipendenti per unità produttiva.

L'opzione di politica del diritto era quella implicita di privilegiare le grandi confederazioni come protagoniste di una svolta radicale nella stessa visione costituzionale, cioè di interlocutrici privilegiate nella determinazione della politica economico-sociale del Paese; e quella esplicita di insediare le loro federazioni nelle grandi e medie realtà produttive, in funzione di canalizzazione e razionalizzazione della pressione esercitata da una base particolarmente motivata e combattiva cui assicurare una tutela non solo collettiva ma anche individuale rafforzata.

A voler rendere questa politica con alcune parole chiave, espressive se pur generiche, si potrebbe ben dire essere tutte all'insegna di una pronunciata centralizzazione sistemica, come prova, nell'art. 19 St., non solo la prevalenza della lett. a), ma la esclusione dalla lett. b) della contrattazione aziendale; nonché di una accentuata rigidità in uscita, come testimonia, nell'art. 18 St., la unificazione ed omogeneizzazione delle cause formali e sostanziali di illegittimità del licenziamento sotto una unica ed esclusiva sanzione, data dalla continuazione del rapporto, se pur senza assicurazione di una reintegra effettiva.

Sono state proprio queste parole chiave a venir meno. Per quanto il risultato del referendum del 1995 possa essere sembrato al momento come un mero accidente riconducibile ad un clima contrario ad ogni tipo di potere vissuto come verticistico e burocratico, tanto più se investito del ruolo di rappresentante dei lavoratori; tuttavia, esso anticipava quella deriva verso



l'aziendalizzazione destinata a caratterizzare il successivo quindicennio, se pur in maniera occulta. Non fu facile leggerla allora nella contestuale cancellazione della lett. a) ed estensione della lett. b) alla contrattazione aziendale, dato che di fatto poco o niente sembrava essere cambiato proprio per quelle confederazioni destinate nelle intenzioni comuni ai promotori dei due quesiti ad essere estromesse, essendo le loro federazioni firmatarie di tutti i contratti nazionali applicati ancor prima di quelli aziendali nei luoghi di lavoro.

E, a sua volta, per quanto il contenuto dell'art. 18 St. possa essere apparso inattaccabile all'indomani del fallimento del Patto per l'Italia siglato nel luglio 2002 fra il secondo Governo Berlusconi e Cisl ed Uil per il varo di una timida attenuazione sperimentale, la stessa evoluzione legislativa a favore di una flessibilità in entrata manifestatasi dal "pacchetto Treu" del 1997 alla "legge Biagi" del 2003, rendeva sempre più problematica la difesa ad oltranza di una assoluta rigidità in uscita.

2. Guardandolo con l'occhio del passato, pare non essere solo un caso che nell'arco di un paio d'anni i nostri due articoli siano arrivati al loro *redde rationem*: l'art. 18 St., programmato dalla Fornero come merce di scambio fra una minore flessibilità in entrata ed una maggiore flessibilità in uscita; e l'art. 19, lett. b) St. riformulato dalla Corte costituzionale come risposta alla espulsione della Fiom dalle imprese del gruppo Fiat.

Sia chiaro: il carattere strumentale e congiunturale di entrambe le scelte appare ben evidente, con una pesante ricaduta negativa sulla loro stessa comprensione, ancor prima della loro riconduzione a sistema, tanto da produrre una scia di incertezza poco o nulla conciliabile con la rilevanza delle questioni in gioco. Come è stato notato e sottolineato a iosa, la formazione stratiforme dell'art. 18 St. da parte del Governo, secondo una linea di progressiva ritirata dalla posizione iniziale di una limitazione della reintegra alla sola ipotesi di licenziamento nullo perché effettuato per un motivo discriminatorio o illecito oppure non per iscritto, ha partorito un testo privo di un coerente indirizzo e di un sufficiente affinamento tecnico. E, a sua volta, la manipolazione dell'art. 19 lett. b) da parte del Giudice delle leggi, sulla base di ordinanze di rimessione fatte a ricalco della vicenda Fiat, ha dato vita ad una motivazione carente di un unico criterio ispiratore, con un intreccio quasi inestricabile fra fattispecie concreta e regola astratta.

Non è mia intenzione ritornare su una rivisitazione analitica di Corte cost. 23 luglio 2013 n. 231, ma solo richiamare alcune conclusioni già tratte altrove, destinate a far qui da premessa a considerazioni relative al futuro prossimo venturo. Per quanto sia stata e rimanga questione aperta in dottrina, non sembra proprio che la Corte abbia voluto andare oltre quanto risulta dal dispositivo, cioè di una sentenza di accoglimento parziale, certo manipolativa, additiva o meno che dir si voglia, ai sensi della quale “*Va ... dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 19, primo comma, lettera b) ... nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell’ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell’unità produttiva abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’azienda*”.

Emerge dalla stessa motivazione la consapevolezza che così si poteva presumere di risolvere il problema concreto dell’estromissione della Fiom, sul presupposto fattuale, dato per scontato in sede di remissione, di una partecipazione della stessa Fiom al negoziato poi concluso con il contratto Fiat di I livello; ma non il problema astratto di un riconoscimento esente da qualsiasi condizionamento datoriale, perché a conti fatti tale condizionamento risultava solo trasferito da una rappresentatività “coatta” a valle, quale data dalla sottoscrizione”, ad una “*octroyée*” a monte, quale costituita dalla partecipazione.

Ma questa consapevolezza non porta la Corte a tralignare oltre “*il petitum dei giudici a quibus*” ed ai “*limiti della questione sollevata*”, sì da affrontare “*il più generale problema della mancata attuazione complessiva dell’art. 39 Cost.*” oppure individuare “*– e non potrebbe farlo – un criterio selettivo della rappresentatività sindacale ai fini del riconoscimento della tutela privilegiata di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori in azienda nel caso di mancanza del contratto collettivo applicabile nell’unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale*”, sì da giungere addirittura a riconoscere un diritto di ammissione alla trattativa.

Per comprenderne appieno il senso, occorre tener presente che la Corte ha in passato letto l’art. 19 St. come portatore di un duplice criterio di rappresentatività, “presunta” quella della lett. a) ed “effettiva” quella della lett. b). Ora essa dichiara che la rappresentanza “effettiva” della lett. b) è data dalla sola partecipazione alla trattativa, senza necessità alcuna di una sottoscrizione della successiva intesa; e precisa che non le è stato richiesto e comunque non le è concesso individuare altro criterio selettivo della rappresentatività uti-

lizzabile in difetto, per non esser stata raggiunta l'intesa o per non essere praticata alcuna contrattazione collettiva.

Dal che è facile dedurre che la Corte non ritiene di poter individuare alcun ulteriore criterio di rappresentatività tale da permettere di selezionare i destinatari di un diritto di partecipazione alla trattativa laddove si svolge. Non lo ritiene, per una ragione logica ancor prima che giuridica, perché la partecipazione di cui ora alla lett. b) deve essere conquistata in forza di una mobilitazione e pressione la quale coarti il datore ad ammettere alla trattativa l'organizzazione sindacale che ne è promotrice ed interprete, in quanto così prova di essere dotata di una rappresentatività "effettiva"; non può essere ottenuta in ragione di una pretesa giuridica la quale obblighi il datore a far prendere parte alla trattativa l'organizzazione sindacale che ne sia titolare, in quanto possa provare di essere fornita di una rappresentatività "presunta" deducibile *aliunde*.

Ne costituisce una precisa conferma la eterogenea elencazione finale delle possibili soluzioni legislative prefigurate da una Corte che sembra avvertita d'aver solo spostato da valle a monte la questione della rappresentatività necessaria per godere della tutela privilegiata di cui al Tit. III, sì da dover chiamare in causa il Parlamento per risolverla con prime misure suggerite la "*valorizzazione dell'indice di rappresentatività costituito dal numero degli iscritti o ancora l'introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento*".

Quindi ci vuole una legge che riconosca la possibilità di costituire proprie rsa ad organizzazioni sindacali dotate della rappresentatività "effettiva" derivante da una certa consistenza numerica, peraltro secondo una soluzione alternativa: quella data "*dal numero degli iscritti*", con una riedizione corretta e riveduta della lett. a), da cui deriva in maniera diretta l'accesso al Tit. III; e quella costituita dal superamento di "*una determinata soglia di sbarramento*", con un'integrazione alla attuale lett. b), da cui deriva, in maniera diretta, la ammissione obbligatoria alla trattativa ed, indiretta, l'accesso al Tit. III.

Se tutto ciò è fornito di un qualche senso, ci dice che oggi come oggi non esiste un tale obbligo *ex lege*; ma neppure *ex contractu*, se pur prefigurato dagli accordi interconfederali del giugno 2011 e del maggio 2013 certo tenuti ben presenti in sede di giudizio

3. Non ci si può nascondere, però, che la stessa Corte costituzionale sembra offrire materia alla giurisprudenza, per ravvisare un diritto di partecipazione azionabile in giudizio. Lo fa in un passaggio dove lascia trasparire la vera ragione dell'incostituzionalità dell'art. 19, lett. b): *“Infatti, nel momento in cui viene meno alla sua funzione di selezione dei soggetti in ragione della loro rappresentatività e, per una sorta di eterogenesi dei fini, si trasforma invece in meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, si da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative, il criterio della sottoscrizione dell'accordo applicativo in azienda viene inevitabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39 Cost.”*. E lo fa ancora in un passaggio successivo, laddove lascia trapelare la possibilità di una tutela *ex art. 28 St.* in forza del *“vulnus all'art. 39, primo e quarto comma, Cost.”* che, altrimenti, *“per il contrasto che, sul piano negoziale”* ne deriverebbe *“ai valori del pluralismo e della libertà di azione di organizzazione sindacale”*: quest'ultima, *“se trova, a monte, in ragione di una sua acquisita rappresentatività, la tutela dell'art. 28 dello Statuto, nell'ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative, si scontra poi, a valle, con l'effetto legale di estromissione dalle prerogative sindacali che la disposizione denunciata automaticamente collega alla sua decisione di non sottoscrivere il contratto. Ciò che si traduce, per un verso, in una forma impropria di sanzione del dissenso, che innegabilmente incide, condizionandola, sulla libertà del sindacato in ordine alla scelta delle forme di tutela ritenute più appropriate per i suoi rappresentati; mentre, per l'altro verso, sconta il rischio di raggiungere un punto di equilibrio attraverso un illegittimo accordo ad excludendum”*.

Se si scorpora dal testo la prima frase riportata in neretto, sembra che qualsiasi regola selettiva, tale da potersi trasformare in *“meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo”*, vada considerato in contrasto con la carta fondamentale: sia questa data dalla partecipazione, perché tale soggetto collettivo non venga convocato al tavolo delle trattative; oppure dalla sottoscrizione, perché un tale soggetto, debitamente convocato, non sottoscriva l'accordo. Se, a sua volta, si scorpora dal testo la seconda frase riportata in neretto, pare che qualsiasi organizzazione sindacale, tale da potersi vantare di una *“sua acquisita rappresentatività”*, sia titolata a far valere come comportamento anti-sindacale un *“eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative”*.

Sicché se ne dovrebbe dedurre, in forza delle prima frase, che esista un diritto ad accedere al tavolo negoziale per un sindacato qualificabile come

“*maggiormente rappresentativo a livello aziendale o significativamente rappresentativo*”; ed, in ragione della seconda, che tale diritto sia tutelabile tramite ricorso ex art. 28 St. per un sindacato dotato di una “*sua acquisita rappresentatività*”.

Si è sostenuto che la Corte avrebbe così recepito una nozione sociologica di rappresentatività, che poi non si sa bene quale sia. Nella prima frase, parla, in maniera confusa, di un sindacato maggiormente o significativamente rappresentativo con riguardo al livello aziendale. E lo fa tramite un accoppiamento fra “*maggiormente rappresentativo*” utilizzato a suo tempo dallo Statuto per il livello confederale e mutuato in seguito dal filone legislativo post-statutario per il livello nazionale, per poi essere sostituito da “*comparativamente più rappresentativo*”; e, rispettivamente, “*significativamente rappresentativo*” inventato da lei stessa. Nella seconda frase, parla, in maniera generica, di un sindacato fornito di una “*sua acquisita rappresentatività*”, destinata a restare una sorta di araba fenice, che, come suona la nota popolare “chiunque sa che c’è, ma nessuno sa dov’è”.

Ma basta rileggere le frasi in questione nel testo da cui sono state estrapolate per capire come la Corte si serva di queste premesse potenzialmente aperte a tutto campo per poi concludere con riguardo alla sola ipotesi portata alla sua attenzione, che la partecipazione alla trattativa è condizione necessaria e sufficiente per l’accesso al Tit. III dello Statuto. Così, a voler ritornare sui passaggi della motivazione già citati, finisce, nel primo, per sostenere che “*il criterio della sottoscrizione dell’accordo applicato in azienda viene inevitabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39 Cost.*”; e, nel secondo, che la “*decisione di non sottoscrivere il contratto ... si traduce, per un verso, in una forma impropria di sanzione del dissenso ...; mentre, per l’altro verso, sconta il rischio di raggiungere un punto di equilibrio attraverso un illegittimo accordo ad excludendum*”.

D’altronde a contare è il dispositivo, completo ed autosufficiente, senza alcun esplicito rinvio ad una motivazione che, peraltro, esplicita chiaramente la volontà della Corte di rimanere nei limiti del *petitum*. Ci sarebbe voluto ben altro rispetto ad un qualche ambiguo passaggio nella motivazione, per bandire lo stesso principio fondante non tanto di un teorico ordinamento intersindacale, quanto del concreto funzionamento del nostro sistema di relazioni collettive, cioè quello del reciproco riconoscimento. Ma, poi, con quale risultato, se non di far rivivere surrettiziamente la lett. a) dello stesso art. 19, cioè di una rappresentatività “presunta”, predicata a favore di organizzazioni sindacali assai meno qualificate, perché non aderenti a Confederazioni maggiormente rappresentative, ma maggiormente o significativamente rappre-

sentative a livello aziendale o addirittura dotate di una loro generica rappresentatività, così da sottoscrivere una vera e propria cambiale in bianco a favore della giurisprudenza, con conseguente completa vanificazione della pressante chiamata in causa del legislatore.

4. Proprio il rischio di una supplenza giudiziale cui la Corte potrebbe aver aperto la strada pur senza averla formalmente chiamata in causa, ha indotto ad accelerare la predisposizione di una legge sindacale, peraltro già in cantiere presso la Commissione lavoro della Camera dei Deputati. Niente a che fare con la messa a regime di una contrattazione di categoria dotata di efficacia *erga omnes*, la quale come tale richiederebbe l'impresa, rivelatasi impossibile nel corso dell'intera vita repubblicana, di confrontarsi con l'art. 39 Cost.; ma qualcosa limitato alla rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro.

Qui la sentenza n. 231/2013 è intervenuta a certificare in maniera compiuta e definitiva la morte dell'anima promozionale dello Statuto così come concepita e prefigurata dal legislatore del 1970, cioè di una presenza *ex lege* nei luoghi di lavoro delle federazioni aderenti alle grandi confederazioni, non per nulla attuata tramite loro rappresentanze, le rsa, nella prospettiva di politiche contrattuali decise e governate dall'alto. Senza dubbio questa morte era già nella risultanza stessa del referendum abrogativo del 1995, con quella cancellazione della lett. a) e l'amputazione della lett. b), che la Corte aveva difeso ad oltranza nella sua giurisprudenza, valorizzando quella che ai suoi occhi costituiva la conseguenza più importante dell'amputazione referendaria della lettera b), cioè l'apertura ad una contrattazione aziendale condotta da istanze espresse dagli stessi lavoratori, in vista di piattaforme rivendicative determinate e controllate dal basso. Ma la sentenza in parola, proprio nel ritornare sulla sua giurisprudenza per riadattarla ad una vicenda di sostanziale contrattazione aziendale come quella Fiat, col riscrivere l'art. 19 lett. b) sì da ritenere sufficiente la partecipazione alla trattativa, rende la cosa ancor più esplicita ed inequivoca.

Così la Corte si fa protagonista di quella deriva verso un'aziendalizzazione della presenza e dialettica sindacale, che si ritrova negli accordi interconfederali del 2011/ 2013 e negli stessi atti della Commissione lavoro della Camera dei deputati: se ne enfatizza a iosa la portata democratica; ma se ne sottovaluta o addirittura se ne ignora la ricaduta destabilizzante su un sistema

contrattuale a tutt'oggi articolato su un livello egemone nazionale, gestito da federazioni a base associativa. In effetti, sembra essere divenuta una scelta quasi obbligata quella della rsu, elettiva al 100%, con soppressione del terzo garantito, unica ed esclusiva rappresentanza a livello aziendale, con la pienezza dei diritti negoziali, informativi, consultivi garantiti dalla contrattazione e dalla legge a tale livello, da esercitarsi a maggioranza.

Ma, dopotutto, resta ferma una contrattazione nazionale gestita dalle federazioni, con la competenza loro riconosciuta di dettare le condizioni normative ed economiche, integrabili o anche modificabili da quella aziendale solo in base a clausole di rinvio o di delega che dir si voglia. Sicché l'effettiva conduzione della contrattazione aziendale secondo tali clausole, risulta così affidata a istanze di base che, per essere totalmente elettive, non sono almeno formalmente raccordate alle federazioni parti di quella nazionale.

Se è indubbia l'influenza esercitata dalla formula fatta propria dalla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, non è possibile dimenticarsi che essa contempla la coesistenza di rsa e di rsu, se pur con una prevalenza di queste ultime, già delineata *ab initio* ed accresciuta in seguito; ma soprattutto che il rapporto fra la contrattazione di comparto e quella decentrata è ad "efficacia reale", cioè tale da comportare la nullità, con conseguente sostituzione automatica, delle "clausole difformi". Cosa, quest'ultima, auspicata da una certa dottrina anche per il lavoro privato, ma senza alcuna fortuna presso una giurisprudenza convinta della perfetta parità fra contrattazione di I e II livello, come tale governata dalla successione nel tempo.

Scommettere all'indomani di quell'autentica forzatura della Corte costituzionale che, sulla base innovativa per non dire rivoluzionaria di un ricorso di un *quisque de populo*, ha delegittimato col Parlamento lo stesso Presidente della Repubblica agli occhi dell'intero Paese, a prescindere da questo o quel sofisma argomentativo di cui ci farà dono in un futuro più o meno prossimo; scommettere oggi su una legge sindacale per quanto *soft*, cioè limitata alla sola rappresentanza in azienda e aperta alla disciplina interconfederale, è far prova di un ottimismo della volontà destinato ad essere disillusivo in questa legislatura.

Ma, se è vera l'ironica battuta di Keynes per cui sui tempi lunghi saremo tutti morti, rimane pur sempre che gli studiosi devono farsi carico anche dei tempi proiettati oltre i loro attuali orizzonti. E, ora per allora, vale la pena di rimettere in discussione quell'autentico dogma del nostro sistema di relazioni collettive costituito dal canale "unico", recuperando, debitamente aggiornata,

l'intuizione dei Padri costituenti espressa nell'art. 46 cost., in vista del varo di un canale "doppio".

Poi, vale sempre la massima del "chi vivrà, vedrà".



**Andrea Lassandari**

## Tra diritti sindacali e contrattazione collettiva: la Consulta trova una difficile via

**Sommario:** **1.** A proposito della Fiat, dell'accesso ai diritti sindacali e della partecipazione alle trattative. **2.** Il nuovo art. 19 e l'impossibile "resurrezione" della lettera a). **3.** Un (problematico) obbligo di ammissione alle trattative? **4.** La sentenza e gli accordi interconfederali del 2011 e del 2013: brevi rilievi su di una relazione non semplice.

### *1. A proposito della Fiat, dell'accesso ai diritti sindacali e della partecipazione alle trattative*

La pronuncia della Corte costituzionale n. 231 del 2013 mette in discussione un aspetto tutt'altro che secondario della strategia perseguita dalla Fiat, successivamente alla sottoscrizione del contratto di Pomigliano d'Arco, nell'estate del 2010: e cioè l'esclusione dell'unica organizzazione sindacale che aveva respinto la "piattaforma" contenutistica – ed il manifesto ideologico – aziendale. Senza che ciò peraltro provochi, almeno per ora, alcuna delle drammatiche conseguenze più volte sottolineate dal *management* Fiat, fino al totale abbandono dell'Italia.

L'impatto della sentenza sulla vicenda Fiat è evidentemente il primo ad emergere ed il più semplice da cogliere: pressoché l'unico registrato dai *media*. Tuttavia in questa occasione appare anche molto importante, perché è stata – e resta – la Fiat, con tutta la forza economica, politica e simbolica di cui ancora dispone, a realizzare uno "strappo" in prospettiva esiziale per le sottili e fragili "trame", su cui reggono, sempre più precariamente, le relazioni industriali in Italia.

Il primo elemento che allora va registrato, a proposito della pronuncia, è la oggettiva difesa dell'assetto storico, realizzata attraverso una reprimenda piuttosto severa del principale contestatore ed anzi demolitore.

Aggiungendosi che la demolizione, ovvero la radicale e concreta delegittimazione delle logiche e prassi nazionali del ventesimo secolo, appare in tal caso realizzata, a giudizio di chi scrive, più attraverso la fuoriuscita da Confindustria, di incontestabile legittimità (costituente anzi ipotesi del tutto fisiologica, nelle teoriche dominanti sul fenomeno sindacale e la contrattazione collettiva in Italia), che la serrata contesa con la Fiom, invece in più casi “trascesa” oltre il lecito, secondo molteplici accertamenti giudiziari (dai licenziamenti antisindacali di Melfi; alla discriminazione sindacale di Pomi-gliano d’Arco; alla indebita esclusione dalle prerogative del titolo terzo dello Statuto, di cui si occupa appunto la Corte costituzionale). Ciò risultando quanto mai rivelatore dei paradossi così come delle contorsioni, cui gli avvenimenti contemporanei costringono, se si vuole restare fedeli agli storici insegnamenti!

La Corte costituzionale si pronuncia sull’art. 19 dello Statuto dei lavoratori, uno dei pochissimi riferimenti normativi incidenti sul sistema di relazioni industriali nazionale. L’articolo fu introdotto, assieme alle disposizioni del titolo terzo dello Statuto, come ben noto, a sostegno del “contro-potere” collettivo (ragionevolmente esercitato) nei luoghi di lavoro: ma è divenuto, dopo le modificazioni dovute al referendum del 1995, possibile, micidiale strumento del potere unilaterale dell’imprenditore. Quando almeno quest’ultimo, come apparso limpidamente proprio nella vicenda Fiat, si ripresenta tale e quale, oramai senza neanche sentire l’esigenza di grandi ritocchi e travestimenti, nella contrattazione collettiva<sup>1</sup>.

Ebbene la Corte ribadisce, per quanto consente la formulazione della disposizione, la funzione originaria: precisando come solo questa sia conforme al testo costituzionale.

Accade però che il ruolo centrale svolto dalla contrattazione collettiva, nell’economia dell’art. 19, suggerisca o costringa la Consulta a soffermarsi pure su di essa: ad entrare cioè nel vero e proprio “santuario” dell’ordinamento intersindacale. E subito dopo mettere in discussione, a quel che pare, il mito/tabù del “mutuo riconoscimento”, come esclusivo criterio di selezione dell’interlocutore.

Insomma l’abbraccio tra previsioni sull’accesso ai diritti sindacali e contrattazione collettiva resta – e non può che restare – integralmente fermo, risultando imposto dalla normativa: configurandosi oggi, nel settore privato,

<sup>1</sup> Cfr. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, spec. p. 15 ss.

secondo la (patologica) dinamica che vede le prime serventi rispetto alla seconda. Tale dato di fatto conduce però ad alcune precisazioni sulla partecipazione alle trattative: le quali costituiscono, a differenza delle clausole contenute negli accordi interconfederali del 28 giugno 2011 e del 31 maggio 2013, riferimento di carattere generale.

La Corte costituzionale – forse incoraggiata dagli accordi interconfederali citati; più plausibilmente costretta dagli improbabili legami oggi presenti nella normativa tra stipulazione del contratto collettivo ed accesso ai diritti sindacali – pare così avere avviato, in totale isolamento istituzionale, un lento e faticoso cammino, nel segno della regolamentazione dell'azione collettiva. Ma non sono piccoli i rischi e le incertezze, se il legislatore non raccoglierà, per l'ennesima volta, l'invito ad intervenire.

## 2. *Il nuovo art. 19 e l'impossibile "resurrezione" della lettera a)*

La breve descrizione che la Corte costituzionale propone, nella sentenza n. 231, del proprio complesso precedente itinerario interpretativo, a proposito dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, non è esente da critiche. È stata da molti rilevata, a smentita della ricostruzione, la contraddittorietà di tale percorso, in particolare per quel che concerne la qualificazione definitoria o permissiva della disposizione<sup>2</sup>; sono state inoltre manifestate perplessità, a proposito della ammissione dei referendum costituzionali nel 1994<sup>3</sup>.

Tuttavia la Corte ha sempre sostenuto la razionalità dei criteri selettivi individuati (diversamente nel tempo) dalla norma, poiché risultavano “particolarmente significativi della forza rappresentativa” del sindacato. Questi non erano – si aggiunge nella sentenza n. 54 del 1974 – “attribuibili né dal legislatore né da altre autorità” né potevano “sorgere arbitrariamente o artificialmente” ma erano “sempre direttamente conseguibili e realizzabili da ogni associazione sindacale soltanto per fatto proprio o in base a propri atti concreti” ed erano “oggettivamente accertabili dal giudice”.

Sotto tale decisivo profilo l'argomentazione della Corte non è mutata nel tempo.

<sup>2</sup> Cfr. CARINCI F., *Il buio oltre la siepe: Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 182/2013, in <http://csdle.lex.unict.it>.

<sup>3</sup> V. ROMAGNOLI, *Un verdetto della Consulta sulla legalità costituzionale*, in QRS, 2013, p. 27 ss.

Trascorsi però venti anni dall'approvazione dello Statuto dei lavoratori, la Corte sente il bisogno di rivolgere "moniti al legislatore", perché provveda ad adeguare i criteri di verifica del profilo di rappresentatività od importanza del sindacato prescelto. Ciò forse rendendo comprensibile perché nel 1990, con la sentenza n. 30, si qualifichi l'art. 19, per la prima (ed ultima) volta, come permissivo; perché inoltre siano ammessi i referendum, nonostante possibili fondate perplessità (poi pienamente confermate dalla storia) sul testo "di risulta".

All'"indicatore di rappresentatività" comunque rigorosamente ci si collega poi nella pronuncia n. 244 del 1996, posto che il parametro della stipulazione contrattuale assume rilievo come "strumento di misurazione della forza di un sindacato e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale". Da ciò derivando la nota precisazione sulla esclusione delle ipotesi di "mera adesione formale", così come di "stipulazione di un contratto qualsiasi".

Altrettanto fa la sentenza n. 231 del 2013. Pur evidentemente costretta ad una ben più problematica correzione, volta ora a porre riparo ad un "difetto" della norma, attraverso un "intervento" esplicitamente qualificato come "additivo": comprendendo cioè nella lettera b) dell'art. 19 anche le "associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori nell'azienda".

Si ribadisce così nel modo più chiaro come l'elemento della stipulazione contrattuale risulti confinato al ruolo di mero strumento rivelatore della rappresentatività sindacale: destinato addirittura ad essere superato o pretermesso, ove la connessione sia smentita.

Da ciò derivando la sensazione di un curioso (e forse discutibile, vedendo protagonista uno dei soggetti che ne determinarono la caduta) tentativo: quello di recuperare o far risorgere la vecchia "lettera a" della disposizione.

Tuttavia la verifica di rappresentatività che la Corte in tal caso prevede sembra riguardare (pure) il "livello aziendale", come meglio si argomenterà: smentendo in tal modo la connessione che lo Statuto intendeva invece realizzare con le sole organizzazioni più rappresentative all'esterno dell'azienda<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. GIUGNI, CURZIO, *Commento all'art. 19*, in *Lo Statuto dei lavoratori*. Commentario diretto da GIUGNI, Giuffrè, 1979, p. 313 ss.; MANCINI, *Commento all'art. 19*, in GHEZZI, MANCINI, MON-

Soprattutto la Consulta ritiene insuperabile il dato normativo, che comunque impone la presenza della contrattazione collettiva. Infatti è dichiarato irrisolto il problema dell'accesso ai diritti sindacali, “nel caso di mancanza di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale”. Restando pertanto il sistema in ogni caso “rovesciato”, rispetto all'assetto originario del 1970, nel momento in cui la contrattazione costituisce via di accesso per i diritti sindacali (e non viceversa).

D'altra parte la Corte, dopo aver realizzato l'“intervento additivo”, si trova immediatamente di fronte ad una ennesima delicata questione. Nel sistema italiano di contrattazione collettiva, da sempre basato sul reciproco riconoscimento delle parti, anche il meccanismo di selezione dei partecipanti alle trattative può finire infatti con il condurre alla esclusione – prevalentemente appunto ritenuta legittima, in dottrina e giurisprudenza<sup>5</sup> – di organizzazioni sindacali rappresentative.

Ciò la costringe ad introdurre chiarimenti, che risultano in ultima analisi i più incerti, manifestandosi attraverso *obiter dicta*, controversi ma anche innovativi della sentenza, sulla partecipazione alle trattative.

### 3. Un (problematico) obbligo di ammissione alle trattative?

È possibile – e probabilmente saggio – analizzare la pronuncia come risolutiva di uno specifico rilevante problema concreto: senza dare quindi sovrachia importanza alla articolazione argomentativa; tanto meno alle osservazioni, apodittiche e quasi estrinseche, che ne accompagnano lo sviluppo<sup>6</sup>.

In direzione opposta – e forse imprudentemente – si può però anche provare a cercare e seguire le “tracce” lasciate, da un soggetto comunque dotato di indiscutibile autorevolezza, se non altro per verificare che problemi risolvono od invece pongono.

TUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli – Il Foro italiano, 1972, p. 308 ss.; RUSCIANO, *Commento alla sentenza 231 del 2013 della Corte costituzionale*, in *RGL*, 2013, II, p. 524 e ss.; TREU, *Lo Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, in *QDLRI*, 1989, n. 6, p. 23.

<sup>5</sup> Si rinvia a LASSANDARI, *L'attività contrattuale nel settore privato*, in *Le fonti. Il diritto sindacale*, a cura di ZOLI, tomo I di *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da CARINCI F., Utet, 2007, p. 325 ss.

<sup>6</sup> Così, se bene si intende, ROMAGNOLI, *La garanzia costituzionale del dissenso sindacale*, in corso di pubblicazione in *GCost*.

Nella parte centrale dell'argomentazione la Corte costituzionale innanzitutto allora censura il “meccanismo di esclusione di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo”: a ciò aggiungendo (breve inciso e primo *obiter dictum*) “si da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative”.

Quindi la Consulta precisa che, in armonia con gli artt. 3 e 2 della Costituzione, i sindacati dovrebbero essere “privilegiati o discriminati sulla base” – non “del rapporto con l'azienda” ma – “del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività”. Immediatamente dopo appare l'ulteriore inciso (e secondo *obiter dictum*): “e quindi giustifica la stessa partecipazione alle trattative”.

Infine, nel modo più esplicito, la Corte torna sul tema, precisando che opera, “in ragione di una ... acquisita rappresentatività” del sindacato, “la tutela dell'art. 28 dello Statuto nell'ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative”.

In direzione opposta invece sembra condurre la menzione – tra le “molteplici soluzioni” suggerite al legislatore, al fine di garantire l'accesso ai diritti sindacali pure nelle imprese prive di contrattazione – della “introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento”.

Ora la Consulta in tal modo senz'altro esclude che l'ordinamento imponga al datore di avviare od accogliere richieste di trattative: preveda cioè un vero e proprio obbligo a trattare.

Nel contempo tuttavia la Corte ripetutamente sottolinea che, ove trattative siano avviate, a queste debbano partecipare le organizzazioni sindacali rappresentative: in tal modo emergendo pertanto un obbligo di ammissione alle trattative<sup>7</sup>.

Si tratta di una precisazione di grande importanza: la quale tuttavia pone, frutto com'è di così scarse puntualizzazioni, numerosi problemi interpretativi ed applicativi.

Ci si chiede intanto in che ambito debba emergere la rappresentatività degli attori sindacali. Fermo il riferimento alle organizzazioni legittimate a partecipare alle trattative al livello nazionale di categoria, la platea degli aventi diritto sembra proprio debba essere integrata pure dalle organizzazioni rap-

<sup>7</sup> Cfr. ZOLI, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Cedam, 1992, p. 9 ss. e p. 234 ss.

presentative al livello aziendale. In effetti ciò è esplicitamente indicato nel brano della sentenza già riportato, che si confronta criticamente con la vicenda dell'esclusione del "soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo". Né può essere a priori escluso rilievo al livello territoriale (se non interconfederale nazionale).

Occorre però evidentemente e soprattutto affrontare la questione della concreta misurazione di tale rappresentatività.

Non si ritiene innanzitutto plausibile far coincidere quest'ultima con la stipulazione del contratto collettivo (e la partecipazione alle trattative): in tal modo infatti – oltre a legittimare un sistema autoreferenziale ed immobile, in cui (solo) chi ha trattato ha diritto a trattare – viene trascurato il fatto che il concetto di rappresentatività, qualunque cosa significhi, è stato ripetutamente utilizzato dalla Corte, proprio per interpretare il dato letterale della stipulazione contrattuale.

Esclusa l'ipotesi, la rappresentatività resta però indefinita.

Potrebbero evidentemente tornare utili, ai giudici (tra breve) direttamente coinvolti, i criteri individuati negli accordi interconfederali del giugno 2011 e del maggio 2013, pur formalmente vincolanti le sole imprese aderenti alle organizzazioni stipulanti, ove divenissero operativi.

In assenza di questi – o non volendo attribuire loro rilievo generale – resterebbero i "vecchi" indicatori di maggiore rappresentatività, sovente utilizzati anche per identificare i sindacati comparativamente più rappresentativi, a proposito delle organizzazioni nazionali.

Al livello della singola impresa invece i dati di riscontro, a partire dagli associativi ed elettorali, sono senz'altro più facilmente reperibili. Ma sembrano possibili numerose alternative, ognuna portatrice di incertezze: se (e come) ad es. far riferimento alle clausole dell'accordo del 28 giugno 2011, concernenti la rappresentatività in azienda al fine della sottoscrizione ma non della ammissione alle trattative; oppure valorizzare le clausole, sempre introdotte nel 2011 e rafforzate nel più recente accordo del 31 maggio 2013, riguardanti tuttavia la rappresentatività al solo livello nazionale di categoria; ancora recepire i pur generici cenni, contenuti nel più recente accordo, alla consultazione dei lavoratori; infine evidentemente individuare ulteriori indicatori, tra i quali in ipotesi lo stesso ricorso al conflitto<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. MARTELLONI, *I tornanti della dialettica tra rappresentanza e conflitto collettivo: dal conflitto per la rappresentanza alla rappresentanza per il controllo del conflitto*, intervento al Convegno inter-

L'“intervento additivo” della Corte costituzionale risulta così integralmente consegnato ai giudici.

È inoltre opportuno soffermarsi su di un altro aspetto. Il riferimento che la Corte fa all'art. 28 dello Statuto non sembra volto a delimitare i soggetti legittimati a partecipare alle trattative (e quindi accedere ai diritti sindacali del titolo terzo dello Statuto): derivandone pertanto l'esclusione delle organizzazioni sindacali che non possano agire ai sensi dell'art. 28, perché non hanno dimensione nazionale.

Infatti nella argomentazione della pronuncia – ma anche secondo logica e ragionevolezza –, la legittimazione a partecipare alle trattative viene affermata in esclusiva relazione al presupposto della rappresentatività.

Questione diversa è invece che le organizzazioni sindacali non nazionali non dispongano dell'assai incisivo strumento processuale rappresentato dall'art. 28, per far valere le proprie ragioni. Ciò potendo indurre a rimeditare – ma i sindacati con dimensione solo locale sono evidentemente pochi – la legittimità costituzionale anche di questa norma.

Si può creare insomma un assetto nuovo ed incerto, ad esito del quale risulterebbe però probabilmente estesa in modo non irrilevante la platea dei sindacati con proprie Rsa in azienda: per la prima volta infatti la rappresentatività può essere misurata pure al livello aziendale; a prescindere da qualunque riconoscimento (e filtro) datoriale.

In alternativa l'eliminazione della contrattazione collettiva continuerebbe, per altro verso, ad impedire l'accesso ai diritti sindacali per tutti i soggetti. Una tentazione che potrebbe sorgere presso vari datori e addirittura associazioni, vecchie e nuove<sup>9</sup>: magari inducendo a gestire le trattative con

nazionale di Studio, “Consenso, dissenso, rappresentanza nel governo delle relazioni industriali”, tenutosi a Venezia, il 25 e 26 ottobre 2013.

<sup>9</sup> Si assiste da ultimo infatti a prassi, che vedono organizzazioni datoriali fuoriuscire da contesti associativi più ampi, per proporre direttamente le proprie specifiche istanze ai sindacati dei lavoratori. Tali dinamiche sono frequentemente accompagnate da atti formali di disdetta (del contratto collettivo) e recesso (dal contratto collettivo ma anche appunto dalla associazione cui già si aderiva). Ciò vale ad es. per Angem, Associazione nazionale della ristorazione collettiva e servizi vari, che nel novembre 2012 ha comunicato il recesso da Fipe, Federazione italiana pubblici esercizi, aderente a Confcommercio, nonché dal contratto collettivo già sottoscritto da Fipe e precedentemente applicato. In attesa del nuovo contratto nazionale, Angem suggerisce alle imprese associate di “valutare” secondo convenienza “il contratto collettivo di lavoro applicabile ai propri dipendenti”, evidentemente scegliendo tra i molti esistenti.



“opportunistica” rigidità e durezza; ed eventualmente recedere dal contratto collettivo già sottoscritto e scaduto.

Lo scenario descritto inoltre senz'altro non favorisce l'estensione del limitato campo di presenza ed operatività della contrattazione collettiva decentrata nel nostro Paese.

#### 4. *La sentenza e gli accordi interconfederali del 2011 e del 2013: brevi rilievi su di una relazione non semplice*

La sentenza n. 231 e gli accordi interconfederali del 28 giugno 2011 e 31 maggio 2013 appaiono destinati ad interagire: si tratta infatti di profili limitati ed incompleti di regolazione, i quali intervengono però sullo stesso campo.

L'intersezione non sembra tuttavia sempre agevole ed armonica.

Il tema merita evidentemente una approfondita attenzione: mentre qui, per ragioni di spazio, ci si limiterà a poche osservazioni ed a succinte argomentazioni. Cominciando con il sottolineare gli elementi di possibile reciproco rafforzamento e consolidamento.

Intanto, come già ipotizzato, i criteri di verifica della rappresentatività introdotti dagli accordi interconfederali (e che vedono peraltro al momento una netta distinzione, tra livello nazionale ed aziendale), potrebbero divenire operativi ben oltre l'ambito di efficacia originario, grazie alla giurisprudenza che applichi la pronuncia della Corte e soprattutto raccolga i segnali qui inviati.

Più in generale la sentenza n. 231, imponendo in vari casi la costituzione della Rsa in azienda e rendendo (potenzialmente) generalizzabili i criteri di verifica della rappresentatività introdotti dagli accordi, può ridurre l'interesse delle imprese nonché delle associazioni a sottrarsi. Anzi per queste ultime, se le clausole (e gli effetti) degli accordi che probabilmente piacciono meno finiscono con l'operare comunque, potrebbe al contrario avere senso aderire, al fine di godere dei non irrilevanti margini concessi, in particolare nel 2011, al decentramento contrattuale (sempre che non li si ritenga invece già ampiamente acquisiti, in considerazioni dei noti, prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali); oppure anche delle clausole di pace sindacale inserite (se non, in prospettiva, delle “mitiche” sanzioni, presenti solamente nel dibattito, a fronte di inadempimenti).

Dopo la sentenza si ha insomma l'impressione che per le associazioni dei datori e le imprese le remore ad applicare gli accordi interconfederali possano ridursi.

La stessa Fiat in ipotesi, costretta oggi ad accettare la presenza della Fiom, potrebbe essere indotta a "rientrare" nel sistema generale, per tornare a condizionarlo dall'interno! Anche se in tal caso molti altri elementi devono evidentemente essere considerati.

Va comunque di nuovo menzionata pure l'eccezione – di imprevedibile portata concreta ma, a giudizio di chi scrive, da non sottovalutare – rappresentata dalle imprese che siano invece indotte dalla sentenza a respingere *in toto* la contrattazione collettiva, sostituendola all'occorrenza con regolamenti unilaterali. Allo stesso modo dalle associazioni datoriali che ritengono tale evenienza percorribile, talora invitando esplicitamente i soci a metterla in opera<sup>10</sup>.

Non sembra invece di segno analogo l'impatto della pronuncia sulle relazioni tra sindacati dei lavoratori.

In effetti quest'ultima dovrebbe produrre una accelerazione, quanto alla estensione ed "apertura" della disciplina collettiva, formalmente presentata, soprattutto nell'accordo del 2013, come ristretta ai soli firmatari.

Anche se i parametri di verifica della rappresentatività individuati il 31 maggio 2013, costituiti dal dato elettorale (sul totale dei voti), dal dato associativo (sul totale delle iscrizioni) e dalla consultazione di (tutti i) lavoratori, hanno, a prescindere dalle intenzioni degli stipulanti, una chiarissima vocazione e potenzialità estensiva.

Ebbene se la sentenza della Corte costituzionale legittima virtualmente e tendenzialmente la costituzione di Rsa da parte di sindacati rappresentativi, anche non sottoscrittori degli accordi, può divenire di interesse, per Cgil, Cisl e Uil, ricercare una generalizzata operatività degli accordi collettivi, quanto alle organizzazioni sindacali dei lavoratori.

Altrimenti rischiando seriamente di avere Rsa di altri sindacati, accanto alla propria Rsu. Con l'ulteriore precisazione che i sindacati nel cui ambito

<sup>10</sup> Oltre a quanto indicato nella nota 9, si consideri ad es. l'invito ai propri associati, rivolto da Assofarm, aderente a Cispel, nel settembre 2012, ad applicare regolamenti unilaterali appositamente predisposti, dopo avere inviato alle organizzazioni sindacali dei lavoratori comunicazione di "disdetta e recesso" dal contratto collettivo in scadenza. In dottrina cfr. PEDRAZZOLI, *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 149/2012, in <http://csdle.lex.unict.it>.

sono costituite queste Rsa, non sarebbero tenuti a rispettare alcuno dei limiti vincolanti invece Cgil, Cisl e Uil, a partire dall'obbligo di pace.

Nei rapporti intersindacali, a dire il vero, il problema in oggetto pare soprattutto averlo la Cgil, e più ancora la Fiom, posto che i sindacati di cui ipoteticamente si parla potrebbero essere innanzitutto quelli di base.

Più in generale però è la tenuta complessiva del sistema – ed ovviamente sono gli interessi delle imprese, altrimenti costrette a convivere con una Rsu ed una o più Rsa – a venire in gioco. Senza dimenticare, se lo scenario ipotizzato si realizzasse, che la tentazione di eliminare la contrattazione collettiva – e così liberarsi di colpo di controparti contrattuali, Rsu e Rsa – rischierebbe di divenire per le imprese, in questo momento storico, irresistibile.

Se però tutti i protagonisti del sistema di relazioni industriali, nel breve spazio di pochi mesi, potrebbero essere indotti a modificare il proprio atteggiamento, transitando da una ostentata “chiusura” ad un pressante invito, non si comprende per quali ragioni quest'ultimo debba essere accolto. Ade-rendo infatti agli accordi del 2011 e 2013, qualunque sindacato vedrebbe condizionato l'accesso alle prerogative sindacali agli esiti di un duro confronto elettorale: contemporaneamente dovrebbe accettare vincoli altrimenti inesistenti.

Può darsi che l'ennesimo labirinto descritto, se non si è andati troppo oltre con l'immaginazione, costituisca il definitivo impulso per giungere ad una legislazione. Che ad es. sostituisca innanzitutto la Rsa con la Rsu, oramai priva del requisito del terzo individuato dalle organizzazioni stipulanti il contratto nazionale di categoria.

Ma si è in tal caso certi di essere andati invece troppo oltre con l'ottimismo.



## Giampiero Proia Corte Costituzionale e rappresentanze sindacali aziendali\*

1. Volendo delimitare l'ambito del mio esame, non mi soffermerò sulla natura della pronuncia della Corte Costituzionale del 23 luglio 2013, n. 231, e sulla sua effettiva riconducibilità tra le sentenze di tipo additivo<sup>1</sup>, anche perché credo che la questione classificatoria interessi principalmente la dottrina costituzionalista.

Allo stesso modo, non andrò alla ricerca degli elementi di coerenza/incoerenza e di continuità/discontinuità individuabili nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Mi limito ad osservare, al riguardo, che si tratta certamente di un'evoluzione sofferta, che ha dovuto fare i conti non solo con la molteplicità di questioni che nel tempo sono state prospettate sotto diversi profili, ma anche con le rilevanti modifiche intervenute nel quadro normativo ed in quello dei rapporti socio-economici e sindacali, nonché, da ultimo, con una vicenda di forte impatto politico-mediatico, com'è quella che ha dato luogo al giudizio deciso dalla sentenza n. 231 del 2013<sup>2</sup>.

\* Il testo riproduce la rielaborazione dell'intervento svolto al convegno AIDLASS su "Le rappresentanze sindacali in azienda", tenutosi a Roma lo scorso 16 settembre 2013 (v. le relazioni nel sito web dell'AIDLASS).

<sup>1</sup> Cfr., per diverse valutazioni, CARINCI, "Il buio oltre la siepe": Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231, in *DRI*, 2013, e MARESCA, *Prime osservazioni sul nuovo articolo 19 Stat. Lav.: connessioni e sconessioni sistemiche*, in *Adapt e-book series*, 2013, p. 1.

<sup>2</sup> Vicenda che, come ampiamente noto, è stata originata dalla rottura dell'unità sindacale nella categoria-simbolo della contrattazione collettiva e dalla contemporanea apertura di un conflitto senza precedenti tra una importante azienda, la sua organizzazione datoriale ed un sindacato dei lavoratori che ha sempre svolto un ruolo da protagonista anche al di fuori delle relazioni industriali.

È questa la ragione per cui, esaminando in sequenza cronologica le sentenze della Corte sul tema, si possono cogliere, volendo, sia le “*tracce*” di un’evoluzione semplicemente “*adeguatrice*” ed attenta ai mutamenti intervenuti<sup>3</sup>, sia i segni di una vera e propria inversione di prospettiva<sup>4</sup>. Ed è questa anche la ragione per cui un giudizio sulla sentenza n. 231 del 2013 in termini di coerenza o incoerenza (continuità o discontinuità) rischierebbe di essere condizionato, anche inconsapevolmente, da elementi di precomprensione non riducibili al mero dato tecnico-giuridico.

Intendo, quindi, concentrare il mio commento esclusivamente sul profilo delle conseguenze direttamente prodotte dall’intervento più recente della Consulta sulla disciplina legale delle rappresentanze sindacali in azienda, per evidenziare come tale disciplina, già profondamente innovata dal *referendum* del 1995 (oltreché dai tentativi intersindacali di introdurre e consolidare il modello delle RSU), perda oramai ogni collegamento con la lettera e la *ratio* originarie<sup>5</sup>.

2. La promozione delle rappresentanze sindacali aziendali, nell’originario modello statutario, era basata sulla necessaria riconduzione dell’“*iniziativa*” della base dei lavoratori nell’ambito di organismi di livello extraziendale, quale requisito necessario per sostenere l’azione del sindacato di ispirazione solidarista, perché ritenuto responsabile e “*affidabile*”<sup>6</sup>, nonché, allo stesso

<sup>3</sup> Nel segno della continuità, può, ad esempio, farsi richiamo al fatto che già la sentenza n. 30 del 1990 aveva avvertito il legislatore della necessità di prevedere nuovi strumenti di verifica dell’effettiva rappresentatività delle associazioni, nonché alla rilevanza che già era stata attribuita alla partecipazione attiva alle trattative per la stipulazione del contratto collettivo, sia da parte della stessa sentenza n. 30 del 1990, sia, con maggior rilievo, nella sentenza n. 244 del 1996, e nelle successive ordinanze n. 345 del 1996, n. 148 del 1997 e n. 76 del 1998.

<sup>4</sup> Nel segno della discontinuità, non può non essere ricordata l’affermazione che il criterio della stipulazione del contratto collettivo è indice di forza rappresentativa e non di un potere di accreditamento del datore di lavoro, contenuta la prima volta già nella sentenza n. 54 del 1974 e ribadita, tra l’altro, con forza, nell’ordinanza n. 345 del 1996, ove venne affermato che quel criterio “*può bensì in qualche misura condizionare il sindacato, ma non viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni*”.

<sup>5</sup> Si veda l’attenta disamina di CARINCI, *Il buio oltre la siepe*, cit., che, sia pure sulla base di un diverso iter argomentativo, parla di “*sepoltura definitiva della ratio promozionale dello Statuto*”.

<sup>6</sup> La valutazione di responsabilità e affidabilità era, da parte del legislatore, di tipo storico-politico, ma è stata fatta propria anche dall’interpretazione della Corte Costituzionale, soprat-

tempo, evitare sia un'eccessiva frammentazione della rappresentanza sindacale sia la sua "aziendalizzazione".

Ora, è vero che il colpo mortale a questo modello "astratto" era stato già inferto dall'esito referendario che ha cancellato dal testo dell'art. 19 ogni riferimento alla struttura confederale ed al carattere nazionale del sindacato destinatario del sostegno legale (fermo restando che, in concreto, le conseguenze di tale cancellazione erano state, sino alla "vicenda FIAT", marginali, stante la volontà e la capacità delle maggiori confederazioni di mantenere un governo centralizzato della contrattazione collettiva).

Tuttavia, la sentenza n. 231 del 2013, pur offrendo una interpretazione "continuista" dei propri precedenti, volta a prevenire le possibili accuse di incoerenza alle quali si è fatto cenno (cfr. n. 1), va ad incidere fortemente (quasi fino a spezzarli) su due elementi di collegamento tra il testo vigente della norma e l'originario modello statutario che, a mio avviso, erano sopravvissuti alla scure referendaria: e, cioè, da un lato, la rilevanza dell'attività contrattuale quale criterio selettivo per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali, e, dall'altro, la natura permissiva della norma stessa.

3. Anzitutto, ritenendo non più necessaria la stipulazione del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, il giudice costituzionale non ha semplicemente integrato il criterio di cui alla lett. b) dell'art. 19, bensì ne ha cambiato profondamente il significato e lo scopo.

Il riferimento alle associazioni sindacali "firmatarie" del contratto collettivo (quale criterio alternativo e residuale rispetto al criterio di cui alla lett. a) dello stesso art. 19) non era semplicemente diretto a fornire il sostegno legale ai sindacati che, pur non essendo aderenti a confederazioni maggiormente rappresentative, fossero dotati di effettiva rappresentatività nell'ambito di applicazione del contratto stesso.

Se questo fosse stato l'(unico) obiettivo della norma, essa sarebbe stata certamente scritta in modo diverso (anche per una semplicissima e naturale

tutto con la sentenza n. 334 del 1988, ove, facendo riferimento all'art. 2 Cost., attribuisce alla scelta legislativa la finalità "di dotare le organizzazioni sindacali – in ragione del complesso intreccio tra conflitti industriali e conflitti sociali – di strumenti idonei a pervenire ad una sintesi tra istanze rivendicative di tipo microeconomico e di tipo macroeconomico ed, insieme, di ricordare l'azione di tutela delle classi lavoratrici con considerazione di interessi potenzialmente divergenti, quali, in particolare, quelli dei lavoratori non occupati".

simmetria con la formulazione della lett. a), e cioè con una formulazione del tipo: “*b) delle associazioni sindacali aziendali, che pur non essendo aderenti alle predette confederazioni, siano maggiormente rappresentative nella categoria in cui operano i lavoratori dell’unità produttiva*” (o *similia*).

Il legislatore del 1970, invece, non ha utilizzato, nella lett. b), un riferimento diretto alla (maggiore o effettiva) rappresentatività, bensì ha scelto di fare riferimento specifico ad uno soltanto degli indici che costituiscono espressione di rappresentatività, che è quello della partecipazione attiva alla negoziazione ed alla conclusione dei contratti collettivi. E questa scelta, niente affatto casuale (come dimostra, lo ripeto, il significativo mutamento della struttura linguistica utilizzata nella formulazione della lett. b) rispetto a quella utilizzata nella lett. a)), aveva un preciso significato ed un altrettanto preciso obiettivo, che è quello di privilegiare il collegamento tra l’attività contrattuale del sindacato e la successiva gestione del contratto stipulato nell’unità produttiva<sup>7</sup>.

Questo collegamento, peraltro, pur potendo essere oggetto di differenti valutazioni sul piano politico, aveva una sua coerenza con il criterio di cui alla lettera a) nella misura in cui anche la stipulazione del contratto collettivo può essere considerato indice di esercizio responsabile ed affidabile della rappresentanza sindacale.

4. È opportuno, al riguardo, precisare meglio. Non v’è dubbio che la libertà sindacale implica piena libertà rivendicativa e che il legislatore non può sindacare le strategie adottate dalle diverse organizzazioni sindacali.

Ciò, però, non esclude la ragionevolezza della scelta del legislatore che, dopo aver garantito tutti gli essenziali diritti di libertà a ciascuna organizzazione<sup>8</sup>,

<sup>7</sup> In senso critico, riguardo a questo collegamento, MAGNANI, *Le rappresentanze sindacali in azienda tra contrattazione collettiva e giustizia costituzionale. Prime riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 231/2013*, in *Working Paper ADAPT*, 25 settembre 2013, n. 135, p. 4 ss.

<sup>8</sup> Ricorda, infatti, la stessa Corte che “*la protezione accordata dallo Statuto dei diritti dei lavoratori alle organizzazioni sindacali si articola su due livelli. Ad un primo livello, comune a tutte, viene assicurata la libertà di associazione e di azione sindacale, che comprende altre importanti garanzie, quali la tutela contro atti discriminatori, anche sotto forma di trattamenti economici collettivi, la libertà di proselitismo e collettaggio (artt. 15, 16, 26), l’accesso ad altri importanti diritti di esercizio collettivo, come quelli sanciti dagli artt. 9 e 11. A garanzia del libero sviluppo di una normale dialettica sindacale stanno poi il divieto di sindacati di comodo (art. 17) e la tutela – per le organizzazioni a dimensione nazionale – contro la condotta antisindacale del datore di lavoro (art. 28)*” (cfr. Corte Cost. n. 30 del 1990).



decida di selezionare le organizzazioni destinatarie di un sostegno aggiuntivo facendo riferimento non ad una indefinita forza rappresentativa, ma ad una forza rappresentativa capace di tradursi nella conclusione del contratto collettivo, ossia di una forza rappresentativa capace di conquistare la necessaria disponibilità della controparte datoriale e, contemporaneamente, di individuare il punto di equilibrio tra gli interessi dei lavoratori e quelli dell'impresa.

A conforto di ciò, ricordo a me stesso<sup>9</sup> che il pluralismo sindacale implica senz'altro la possibilità del pluralismo di interessi collettivi, ossia di una differenziazione nelle strategie delle diverse organizzazioni sindacali sia per quanto riguarda l'individuazione degli interessi da perseguire, sia per quanto riguarda i mezzi e le modalità per pervenire alla loro realizzazione.

Ma tutta la nostra legislazione, pur facendo salva la possibile diversificazione degli interessi collettivi, attribuisce una speciale rilevanza ed una particolare tutela proprio agli interessi collettivi che riescono a emergere dall'ambito endoorganizzativo ed a trovare concreta realizzazione con la stipulazione del contratto collettivo.

Basti pensare al tradizionale e consolidato orientamento del legislatore che, in mancanza dell'attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost., ha operato un rafforzamento, in via diretta o indiretta, dell'efficacia del contratto collettivo, sia dal punto di vista oggettivo (cfr. in particolare, art. 2113 cod. civ.) che soggettivo. Ed invero, a ben vedere, tutte le disposizioni di legge che, ai fini dell'integrazione dei precetti da esse dettate (e, a volte, anche ai fini della loro deroga), operano rinvio ai contratti collettivi costituiscono altrettanti univoci indici della esistenza di una valutazione del legislatore circa l'idoneità dell'interesse collettivo che trova soddisfazione nel contratto collettivo a fungere da parametro per la determinazione del trattamento economico e normativo nell'intera area di applicazione, prescindendo dalla circostanza che, in quella stessa area, siano costituite altre organizzazioni sindacali che abbiano individuato (a livello endoorganizzativo) differenti interessi collettivi da perseguire.

Dunque, va ribadito che, da parte dell'ordinamento, trova pieno riconoscimento la garanzia della libertà di ciascuna organizzazione sindacale di perseguire l'interesse collettivo individuato, in astratto, dai propri membri.

<sup>9</sup> Rinvio, anche per le considerazioni che seguono nel testo, a *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Giuffrè, 1994, pp.130 ss. e 157 ss.

Ma, una volta che, tra i diversi interessi collettivi eventualmente individuati da ciascuna organizzazione sindacale, uno soltanto di essi si realizzi in concreto, perché soltanto l'organizzazione che lo esprime, o le organizzazioni che lo esprimono, ha stipulato, o hanno stipulato, il contratto collettivo, è esclusivamente quello l'interesse che trova una speciale rilevanza sul piano dell'ordinamento giuridico statale. E ciò perché soltanto quello, nella situazione data, è l'interesse collettivo concretamente perseguibile, essendo stato individuato tenendo conto delle possibilità e delle disponibilità della controparte datoriale, nonché della sua "resistenza" al conflitto sindacale (fermo restando che ai sindacati dissenzienti è riconosciuta la libertà di cercare di realizzare una modifica della situazione data e del punto d'equilibrio individuato dal contratto).

5. Come si è detto, quindi, anche il legislatore del 1970 aveva attribuito rilievo selettivo al requisito della sottoscrizione del contratto collettivo, proprio perché esso esprime una particolare qualità rappresentativa del sindacato stipulante, che non è riducibile ad un mero dato numerico di consenso<sup>10</sup>.

Quella qualità è, invero, la combinazione sia di forza che di capacità rappresentativa (ossia sia di consenso dei rappresentati che di capacità di essere riconosciuti come interlocutori dalla controparte), poiché presuppone tanto che l'azione sindacale abbia il sostegno della "base" (nella misura necessaria ad assicurare che il contratto stipulato sia effettivamente applicato e non venga rimesso in discussione dalla contestazione di eventuali dissenzienti), quanto che, allo stesso tempo, si sia tradotta in un contratto che, in concreto, è il miglior risultato realizzabile (nella misura in cui i sindacati dissenzienti non hanno avuto la forza di costringere la controparte a maggiori concessioni).

In questo modo, si spiega e trova giustificazione la scelta del legislatore del 1970 di attribuire ai sindacati firmatari del contratto collettivo la possibilità di costituire le rappresentanze sindacali aziendali privilegiate, poiché essa tiene conto anche del fatto che questo collegamento avrebbe consentito

<sup>10</sup> Correttamente, sia pure nell'ambito di una prospettiva diversa, LUNARDON, *Il contratto collettivo aziendale: soggetti ed efficacia*, in *DLRI*, 2012, p. 53, evidenzia che la rappresentatività è una nozione di tipo qualitativo che, in qualche modo, è addirittura "antagonista" rispetto al "principio maggioritario che si caratterizza in senso numerico-quantitativo".

il più efficace esercizio delle funzioni di attuazione/gestione del contratto applicato nell'unità produttiva.

È chiaro che questa parte dallo “*spirito*” della norma statutaria era stata già incrinata dal referendum del 1995, per effetto dell'abrogazione del riferimento alla extra aziendaleità dei contratti collettivi, ma non era stata ancora del tutto eliminata, come aveva osservato la dottrina più attenta. Dottrina che, anticipando la stessa Corte costituzionale nel giudizio di legittimità della norma “*di risulta*”, aveva evidenziato come anche l'“*etimo*” del termine “*fir-matarie*” richiami “*il firmare come firmum facere e quindi “chiudere” il contratto, risolvendo con esso il conflitto e determinando, a titolo per così dire originario, una disciplina di per sé stabile, nei limiti temporali di efficacia, dei rapporti di lavoro*”, co-sicché, “*oltre a non potersi dire dipendente dall'arbitrio (o strumento del condizionamento) datoriale, la legittimazione alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali risponde alla funzione di consentire, a chi lo ha effettivamente stipulato, la “gestione” del contratto*”<sup>11</sup>.

Ora, la sentenza n. 231 del 2013 ha fatto saltare questo residuo collegamento con lo spirito dello Statuto dei lavoratori<sup>12</sup>. Lo ha fatto, certamente, di fronte ad una situazione nuova e dalle caratteristiche straordinarie (se non altro per le dimensioni ed il peso politico-sindacale del sindacato coinvolto). Ma ciò non consente, comunque, di minimizzare le conseguenze che ne derivano in termini di rottura del modello originario, risultando ora spezzata qualsiasi connessione tra promozione legale delle rappresentanze sindacali aziendali e attività contrattuale.

Il che significa non solo, come dichiara il dispositivo della sentenza, che la partecipazione attiva di un sindacato alle trattative per la stipulazione di un contratto collettivo è sufficiente a costituire la rappresentanza sindacale aziendale, ancorché quel sindacato dissenta poi dal contratto stesso. Significa anche che, come risulta dalla motivazione della sentenza, il legislatore e l'interprete devono ora porsi il problema di come debba essere regolato il caso

<sup>11</sup> Così DELL'OLIO, *Rappresentanze aziendali e referendum*, in *DLRI*, 1995, p. 659.

<sup>12</sup> Si veda, con forte accento critico, VALLEBONA, *L'art. 19 Stat. lav.: una sentenza che fa sorridere*, in *Atti del Convegno AIDLASS del 16 settembre 2013*, in corso di pubblicazione. Si veda anche, negli stessi *Atti*, TOSI, *I diritti sindacali tra rappresentatività e rappresentanza*, già in sito web dell'Aidlass, il quale rileva che la Corte, facendo proprio l'orientamento che muoveva “*dal pre-concetto di una rappresentatività ontologica, indipendente cioè dalle scelte selettive dell'ordinamento positivo*”, “*si è posta di fronte alla norma nella prospettiva di soggetto portatore di valutazioni e scelte di politica legislativa*”.

in cui manchi qualsiasi contratto collettivo applicato all'unità produttiva “*per carenza di attività negoziale ovvero per impossibilità di pervenire ad un accordo aziendale*”<sup>13</sup>.

Inoltre, nel testo vigente dell'art. 19 della legge n. 300 del 1970 – e sino all'eventuale intervento del legislatore ipotizzato dalla stessa sentenza – il criterio di selezione dei soggetti legittimati alla costituzione della rappresentanza aziendale diventa evanescente, o addirittura rischia di scomparire, così da far venire meno il secondo dei collegamenti con lo spirito originario che la consultazione referendaria non aveva toccato (e di cui ho fatto cenno all'inizio).

Ed invero, anche dopo tale consultazione, la giurisprudenza costituzionale<sup>14</sup> aveva confermato che la norma statutaria ha natura permissiva, perché concede il sostegno legale solo a favore dei soggetti in possesso di requisiti predeterminati e non consente che quel sostegno sia attribuito negozialmente dal datore di lavoro a soggetti privi dei requisiti stessi (o, in altri termini, sia basato sul mero accreditamento da parte di quest'ultimo).

L'attività di verifica del possesso o no dei requisiti legali, per quanto fosse complessa, era possibile in via “*empirica*”<sup>15</sup>, ossia sulla base dell'accertamento di elementi oggettivi, quali erano – al di là se fossero condivisibili o no – sia gli indici sintomatici della maggiore rappresentatività al livello confederale (sino all'abrogazione referendaria), sia la stipulazione di un contratto collettivo avente determinate caratteristiche<sup>16</sup>.

Ma ora, essendo sufficiente la mera partecipazione alle trattative, ancorché non seguita dalla sottoscrizione dell'accordo, non è più possibile ritenere che il requisito legale sia di per sé idoneo ad escludere che la concessione dei benefici legali possa derivare dall'accreditamento del datore di lavoro. E, comunque, l'accertamento del motivo dell'ammissione alla trattativa – e cioè la verifica se l'ammissione dipenda dalla forza del sindacato o da una con-

<sup>13</sup> Cfr., in particolare, MARESCA, *op. cit.*, secondo cui, sul punto, la sentenza sembrerebbe rientrare tra quelle definite “*di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, oppure di rigetto con accertamento di incostituzionalità nelle quali la Corte ritiene di rimettere al legislatore la decisione su come rimuovere l'incostituzionalità della norma*”.

<sup>14</sup> In particolare, Corte cost. n. 244 del 1996.

<sup>15</sup> Cfr., ancora, Corte cost. n. 30 del 1990.

<sup>16</sup> Poiché “*non è sufficiente la stipulazione di un contratto qualsiasi, ma deve trattarsi di un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva*” (così Corte Cost. n. 244 del 1996).

cessione del datore di lavoro – è sostanzialmente impossibile, in mancanza di una disciplina di legge che, nel settore privato, preveda i requisiti di rappresentatività dei soggetti sindacali legittimati a trattare<sup>17</sup>.

6. Le problematiche sollevate dalla considerazione da ultimo svolta hanno in qualche modo attraversato anche il “*pensiero*” della Corte Costituzionale, che, però, le ha lasciate irrisolte.

La Corte si rende conto della necessità di collegare il requisito della partecipazione attiva alle trattative (così come aveva fatto con il requisito della stipulazione del contratto collettivo) ad un elemento obiettivo e non rimesso alla pura discrezionalità del datore di lavoro, ma – non potendo più individuarlo nella stipulazione di un contratto collettivo idoneo, per le sue caratteristiche, a rivelare la forza rappresentativa del sindacato<sup>18</sup> – lo individua ora, direttamente, nella forza rappresentativa del sindacato. Ciò emerge chiaramente dalla motivazione della sentenza, quando, in particolare, afferma: a) che “*il criterio della sottoscrizione dell’accordo applicato in azienda viene irrimediabilmente in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39*” nel momento in cui comporta l’esclusione “*di un soggetto maggiormente rappresentativo a livello aziendale o comunque significativamente rappresentativo, si da non potersene giustificare la stessa esclusione dalle trattative*”; b) che è irragionevole, e fonte di disparità di trattamento, privilegiare o discriminare i sindacati “*sulla base non già del rapporto con i lavoratori, che rimanda al dato oggettivo (e valoriale) della loro rappresentatività, bensì del rapporto con l’azienda*”; c) che la libertà di azione dell’organizzazione sindacale “*trova, a monte, in ragione di una sua acquisita rappresentatività, la tutela dell’art. 28 dello Statuto nell’ipotesi di un eventuale, non giustificato, suo negato accesso al tavolo delle trattative*”.

Senonché il collegamento tra rappresentatività e legittimazione alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali resta, nella sentenza n. 231 del 2013, impreciso ed indeterminato. Non viene chiarito quale sia il grado

<sup>17</sup> Si ricordi come, correttamente, Corte cost. n. 244 del 1996 aveva escluso che il criterio della lett. b) dell’art. 19 violasse gli artt. 3 e 39 Cost., evidenziando che la possibilità del sindacato “*di dimostrare la propria rappresentatività per altre vie*” costituisce “*una possibilità astratta, non concretizzabile se non con un intervento legislativo*”.

Per quanto riguarda, invece, gli effetti dell’eventuale attuazione del modello di relazioni contrattuali previsto dal Protocollo d’intesa del 31 maggio 2013, si rinvia al n. 7 che segue.

<sup>18</sup> Si veda la nota 16 che precede.

di rappresentatività richiesto, né se vi sia differenza tra rappresentatività “*maggiore*” ed “*effettiva*”. Soprattutto, non viene chiarito se, ad avviso della Corte, il possesso di questo imprecisato grado di rappresentatività comporti un diritto di partecipazione alle trattative, tutelabile sempre e comunque ai sensi dell’art. 28 della legge n. 300 del 1970.

Ed anzi, sembrerebbe potersi affermare il contrario<sup>19</sup>, tenuto conto sia dell’orientamento della giurisprudenza ordinaria<sup>20</sup>, alla quale spetta di interpretare la legge, sia del fatto che la stessa Corte costituzionale, enunciando i possibili contenuti di un eventuale intervento del legislatore, prevede – solo come ipotesi *de iure condendo* – l’ “*introduzione di un obbligo a trattare con le organizzazioni sindacali che superino una determinata soglia di sbarramento*”.

Ne deriva che la sentenza n. 231 del 2013 produce, oltre l’effetto già segnalato di realizzare il definitivo distacco dal modello statutario, anche quello di produrre notevoli incertezze sul piano applicativo<sup>21</sup>, lasciando aperte due diverse ipotesi di evoluzione del sistema.

Se, come ritengo corretto, si terrà fermo il principio dell’inesistenza dell’obbligo a trattare, gli effetti pratici determinati dalla sentenza saranno tutto sommato limitati, poiché i soggetti legittimati alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali resteranno, nella normalità dei casi, le stesse organizzazioni che già sono parti stabili del sistema contrattuale, nell’ambito del quale (salvo eccezioni, come quella, appunto, che ha sollecitato la sentenza n. 231 del 2013) v’è solitamente coincidenza tra parti ammesse alla trattativa e parti stipulanti.

Ove, invece, si ritenesse – come credo non si possa (a legislazione invariata) – che esista un diritto a trattare in capo al sindacato “*rappresentativo*”, gli effetti della sentenza sarebbero più estesi e l’art. 19 subirebbe un’ulteriore riscrittura. Infatti, in questa seconda ipotesi, verrebbe di fatto “*azzerato*” qualsiasi valore selettivo al criterio testualmente previsto dall’art. 19, poiché la chiave di accesso al sostegno legale sarebbe costituita non già dalla parteci-

<sup>19</sup> Cfr. MAGNANI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. 10 giugno 2013 n. 14511; Cass. 9 gennaio 2008 n. 212; Cass. 22 aprile 2004 n. 7706.

<sup>21</sup> Sull’incertezza, a valle del problema segnalato nel testo, dell’elemento della “*partecipazione attiva*” al negoziato, si veda ZOPPOLI L., *Impresa e relazioni industriali dopo “la guerra dei tre anni”: verso una nuova legge sindacale?*, in questa rivista, n. 3/2013, il quale parla di “*norma in totale balia dei giudizi di merito*” e “*che gronda di nozioni indeterminate e indeterminabili a priori*”, così da rendere “*altissimo il grado di imprevedibilità del contenzioso*”. Si veda, anche, TIRABOSCHI, *L’articolo 19 dello Statuto dopo l’intervento della Consulta*, in GL, 2013, n. 30, p. 12 ss.

pazione alla trattativa, bensì dal possesso del (non precisato) grado di rappresentatività dal quale, secondo l'ipotesi in esame, deriverebbe il diritto a quella partecipazione.

In conclusione, volendo solo fare un cenno al riaccesso dibattito sull'opportunità di un intervento del legislatore<sup>22</sup>, mi limito ad osservare che gli effetti prodotti dalla sentenza n. 231 del 2013, dei quali si è detto (in termini di definitivo venir meno di qualsiasi traccia della *ratio* originaria, di indeterminatezza del nuovo criterio selettivo e di apertura di nuovi problemi applicativi), rendono comprensibile la spinta alla ricerca di nuove soluzioni, più o meno articolate<sup>23</sup>. Ma, senza entrare nel merito delle singole proposte in questa sede, continuo a temere che, nella particolare tradizione del nostro paese, un eventuale intervento del legislatore in materia sindacale – soprattutto se non perfettamente calibrato – possa produrre più problemi di quanti ne possa risolvere.

7. Un ultimo ordine di considerazioni deve essere svolto, sempre sul piano dell'applicazione del nuovo art. 19, prendendo in considerazione gli effetti che deriverebbero dalla attuazione del modello di relazioni contrattuali previsto dal Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013.

È doveroso, in premessa, ricordare che l'efficacia del Protocollo è soggettivamente limitata e che il suo effettivo funzionamento è legato ad una serie di condizioni ed adempimenti ancora da realizzare<sup>24</sup>, oltreché al mantenimento del necessario clima di unità sindacale<sup>25</sup>. Tuttavia, se e nella misura in cui il modello del Protocollo trovasse piena ed effettiva realizzazione, sembrerebbe ad un primo esame che esso, nel suo ambito di applicazione, consentirebbe una “*saldatura*” perfetta con la sentenza n. 231 del 2013, nel senso che potrebbe risolvere le principali incertezze applicative che la sentenza de-

<sup>22</sup> Cfr., al riguardo, ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 5 ss.

<sup>23</sup> Si veda, però, la proposta, interessante anche per la sua “*leggerezza*”, di PESSI, *op. cit.*, volta a far semplicemente “*rivivere*”, attualizzandolo, il modello pre referendario.

<sup>24</sup> Cfr. MARAZZA, *Il Protocollo d'intesa 31 maggio 2013 c'è, ma la volontà delle parti?*, in *DRI*, 2013, p. 621 ss.; TURSI, *L'accordo del 31 maggio su rappresentanza e rappresentatività per la stipula dei Ccnl: appunti in tema di rappresentatività, legittimazione negoziale, efficacia soggettiva e contrasto agli “accordi separati”*, *ivi*, 2013, p. 642; DEL CONTE, *Lavoro, relazioni sindacali e politica industriale dopo l'accordo sulla rappresentanza*, *ivi*, 2013, p. 618; VISCOMI, *Prime note sul protocollo 31 maggio 2013*, in *RIDL*, 2013, I, p. 749 ss.

<sup>25</sup> Cfr. MAGNANI, *op. cit.*

termina. In effetti, il Protocollo, fissando la soglia di rappresentatività dalla quale deriva il diritto di partecipare alle trattative per la stipulazione del c.c.n.l., potrebbe costituire il riferimento immediato e diretto anche per individuare le organizzazioni sindacali legittimate a costituire le RSA a seguito della sentenza costituzionale (ovviamente, con riferimento alle aziende ove non siano ancora costituite le RSU, ovvero, pur essendo costituite le RSU, si realizzi una “*fuoriuscita*” di sue componenti).

Senonché, ove si tenga conto dello scopo del protocollo e dell'esatta portata della sentenza della Corte Costituzionale, si può ritenere che una tale “*saldatura*” non sarebbe, forse, così immediata e diretta, e, comunque, potrebbe dare luogo a risultati non sempre condivisibili.

Per un verso, infatti, va considerato che lo scopo del Protocollo è quello di misurare la rappresentatività sindacale esclusivamente ai fini dell'ammissione alle trattative del c.c.n.l. e della validità ed efficacia del c.c.n.l. stesso, e non già ai fini della costituzione delle RSA.

Per l'altro verso, si è già visto che la sentenza n. 231 del 2013 ha introdotto il criterio della partecipazione delle trattative ai fini della costituzione della RSA, solo perché lo ha ritenuto espressivo di una effettiva “*rappresentatività*” del sindacato e senza precisare il grado in cui quest'ultima è richiesta.

Di conseguenza, bisognerà verificare, di volta in volta, se il diritto di ammissione alle trattative previsto dal Protocollo sia stato esercitato in concreto e se esso abbia comportato effettivamente una partecipazione attiva al negoziato. Nel caso di mancato esercizio, peraltro, si dovrà anche verificare se esso sia dipeso da un inadempimento della controparte datoriale e se questo sia sufficiente a ritenere realizzato il requisito previsto dal nuovo testo dell'art. 19 ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali<sup>26</sup>.

Inoltre, ed anche a prescindere da ciò, non sembra possibile proporre un'equazione in base alla quale la soglia di rappresentatività che è stata individuata dalle parti sociali come utile ai fini dell'ammissione alle trattative nel nuovo modello di relazioni contrattuali equivalga a (e concretizzi) quel grado di effettiva rappresentatività ritenuto necessario dalla Corte Costituzionale ai fini della costituzione di una RSA.

In particolare, una equazione siffatta susciterebbe perplessità nel caso in cui l'organizzazione sindacale, che sia stata ammessa alle trattative (non già

<sup>26</sup> Cfr., al riguardo, TOSI, *op. cit.*, p. 14.



in base alla propria capacità di pressione, bensì) esclusivamente in virtù del superamento della soglia di rappresentatività prevista dal Protocollo, si dissoci successivamente dal modello di relazioni previsto dal Protocollo stesso, contestando, ad esempio, il c.c.n.l. stipulato dalle altre organizzazioni, ovvero chiedendo la costituzione di una propria RSA.

In tale ipotesi, infatti, sarebbe del tutto illogico e irragionevole che quella organizzazione possa avvalersi degli effetti legali derivanti dall'ammissione alle trattative, che è stata ottenuta in virtù del Protocollo, senza nel contempo rispettare quelle regole che il Protocollo stesso ha introdotto come "*scambio*" all'ammissione alle trattative.



## **Antonio Vallebona**

L'art. 19 stat. lav.: la Corte costituzionale stravolge la volontà del popolo\*

1. Il referendum abrogativo, sopprimendo la disposizione della lett. a) dell'art. 19 stat. lav. e modificando la lett. b), ha imposto che il sostegno legale per l'attività sindacale in azienda non spetti più alle confederazioni maggiormente rappresentative in quanto tali, ma solo ai sindacati che abbiano stipulato un contratto collettivo di qualsiasi livello, anche aziendale, applicato nell'unità produttiva.

Così dimostrando una rappresentatività effettiva specifica sul piano del rapporto con la controparte imprenditoriale.

In tal modo le tutele del titolo III dello statuto non costituiscono più un corredo della forza sindacale a livello confederale, bensì della forza nello specifico settore o azienda cui appartiene l'unità produttiva nella quale sono destinate ad operare.

Si tratta di una secca battuta d'arresto, per volontà popolare, della politica di favore verso le grandi confederazioni protagoniste della concertazione sociale, in cui, evidentemente, la maggioranza dei cittadini non si riconosce.

2. Il modello uscito dal referendum, attaccato dai nostalgici del vecchio sistema, è stato ritenuto conforme ai principi costituzionali, in quanto il criterio selettivo della capacità di imporsi al datore di lavoro o alla sua associazione come controparte contrattuale indica una rappresentatività effettiva ed è un criterio ragionevole fondato sulla forza del sindacato.

\* Questo contributo è destinato agli studi in memoria del prof. Mario Giovanni Garofalo.

Mentre restano irrilevanti, fino ad un eventuale intervento del legislatore, che non potrebbe comunque riproporre l'abrogato privilegio per le confederazioni, altri possibili criteri, come quello elettivo o quello fondato sulla consistenza numerica del sindacato obiettivamente accertata<sup>1</sup>.

Nel nuovo assetto per il sorgere del diritto alla costituzione della r.s.a. non basta l'adesione formale ad un contratto stipulato da altri, ma occorre una partecipazione attiva alla negoziazione<sup>2</sup>, che, oltretutto, deve riguardare un vero e proprio contratto collettivo normativo contenente una disciplina organica dei rapporti di lavoro<sup>3</sup>.

Non sembra grave il pericolo della frammentazione o dell'inquinamento della rappresentanza derivante dall'estensione della tutela legale anche a sindacati firmatari solo di un contratto collettivo aziendale.

Né ha trovato accoglimento il dubbio di costituzionalità avanzato sull'ipotesi che il sindacato, pur di ottenere il diritto alla r.s.a., sarebbe indotto a sottoscrivere un contratto collettivo inadeguato, trattandosi di un mero calcolo di convenienza, mentre se il contratto fosse davvero contrario agli interessi dei lavoratori il sindacato sarebbe di comodo con tutte le relative conseguenze<sup>4</sup>.

Infatti la Corte costituzionale aveva rilevato esattamente che il criterio della maggiore rappresentatività a livello confederale è stato abrogato dal referendum e che il criterio residuo della "capacità di imporsi al datore di lavoro come controparte contrattuale" è ragionevolissimo quale "strumento di misurazione della forza di un sindacato tipicamente proprio dell'ordinamento sindacale". Ordinamento che dal 1995 è poi rimasto sostanzialmente immutato, non essendo stati nel frattempo attuati né l'art. 40 Cost. per regolare lo sciopero, né l'art. 39, c. 2 e ss., Cost. per regolare la rappresentanza, né l'art. 46 Cost. per ridurre il conflitto con la partecipazione.

<sup>1</sup> Corte cost. 12 luglio 1996 n. 244, in *FI*, 1996, I, c. 2968; Cass. 27 agosto 2002 n. 12584, in *MGL*, 2002, p. 762.

<sup>2</sup> Corte cost. n. 244 del 1996, cit., sulla scia di Cass. 5 dicembre 1988 n. 6613, in *GC*, 1989, I, p. 289; Cass. 26 febbraio 2002 n. 2855, in *FI*, 2002, I, c. 1356; Cass. 27 agosto 2002 n. 12854, in *RIDL*, 2003, II, p. 482; Cass. 2 dicembre 2005 n. 26239, in *MGL*, 2006, p. 448.

<sup>3</sup> Corte cost. n. 244 del 1996, cit.; Cass. n. 2855 del 2002, cit.; Cass. 20 aprile 2002 n. 5767, in *MGL*, 2002, p. 748. Tale contratto deve essere integralmente applicato nell'unità produttiva, non bastando l'applicazione solo di alcune clausole: Cass. 30 luglio 2002 n. 11310, in *RIDL*, 2003, II, p. 192; Cass. n. 12854 del 2002, cit. Anche la sottoscrizione di un contratto collettivo gestionale è sufficiente a fondare il diritto alla costituzione della r.s.a.: Cass. 24 settembre 2004 n. 19271, in *MGL*, 2004, p. 887 e 2005, p. 124; Cass. 11 gennaio 2008 n. 520, in *MGL*, 2008, p. 530. *Contra* Cass. 11 luglio 2008 n. 19275, in *FI*, 2010, c. 623.

<sup>4</sup> Corte cost. (ord.) 18 ottobre 1996 n. 345, in *MGL*, 1996, p. 696.

La Consulta aveva anche aggiunto, così coprendo tutti i dubbi, che il ricordato criterio selettivo può ben convivere con le diverse norme che “attribuiscono alle associazioni sindacali più rappresentative la legittimazione a stipulare determinati contratti collettivi”. E che la necessità di sottoscrizione del contratto per conseguire il diritto alla costituzione della r.s.a. “può bensì in qualche modo condizionare il sindacato, ma non viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni”.

3. Ora, invece, la Consulta, con la sentenza n. 231/2013, ha stravolto le precedenti pronunzie e la volontà popolare con il seguente pseudoragionamento: gli artt. 3 e 39 Cost. proteggono la libertà sindacale e il conflitto; un sindacato “significativamente rappresentativo” non può essere escluso dalle trattative; il medesimo sindacato, all’esito delle trattative, ha diritto di non sottoscrivere il contratto collettivo stipulato da altri sindacati e applicato in azienda; ma, *in cauda venenum*, per questo sindacato il diritto a costituire la r.s.a deve essere comunque riconosciuto.

La sentenza in esame non ha capito che il conflitto può essere risolto solo con il contratto. E se un sindacato non è riuscito a stipulare il contratto, non essendo state accolte le sue pretese, vuol dire soltanto che non ha avuto la capacità e la forza di imporsi alla controparte. È la logica del conflitto..... bellezza! Altro che “forma impropria di sanzione del dissenso” o “illegittimi accordi *ad excludendum*”.

Anche la Corte afferma che il criterio della misurazione effettiva della rappresentatività del sindacato ai fini del diritto alla costituzione delle r.s.a. attualmente non è sancito dalla legge. Ma allora il criterio della partecipazione alle trattative senza stipulazione del contratto, per quel che si è detto, è privo di qualsiasi significato.

Infatti, dopo il referendum abrogativo del 1995, è rimasto solo uno dei due criteri originariamente previsti: la stipulazione di un contratto collettivo applicato nell’unità produttiva. Questo criterio residuo si fonda, appunto, sul raggiungimento dell’accordo. Se il contratto non è stipulato poiché le parti permangono in disaccordo, non si verifica il fatto costitutivo del diritto previsto dalla legge.

La Corte, invece, ha pronunziato una sentenza additiva, secondo cui la

trattativa conclusa senza accordo equivarrebbe all'accordo. Ma questa non è una sentenza additiva, bensì contrappositiva, cioè in contrasto con la *ratio legis* per come modificata dal referendum. Poiché il criterio previsto dalla legge è l'accordo e non il suo esatto opposto cioè il perdurante disaccordo.

La sentenza, dunque, si sostituisce alla volontà popolare e al futuro legislatore. Infatti solo il legislatore avrebbe potuto e potrà scegliere un criterio alternativo di attribuzione del diritto in esame, quale, come si è detto, la misurazione effettiva della rappresentatività sindacale.

Il compianto professor Mengoni, maestro di argomentazione giuridica e redattore degli equilibrati provvedimenti del 1996, avrebbe detto che con i sofismi non si va da nessuna parte.

**M. Dolores Santos Fernández**  
Le lavoratrici dell'OMSA e le donne dell'ILVA:  
il plus femminile nel conflitto\*

*“Si tratta di cambiare  
anche l'immaginario del cambiamento”*

REBECCA SOLNIT

*“Lavorare è nutrire ciò che ci nutre”*

ANNA PRAETORIUS

**Sommario:** **1.** Due film documentari che raccontano battaglie al femminile. **2.** Il senso e la centralità del lavoro e la cura dei corpi. **3.** Il plus femminile nel conflitto sociale.

*1. Due film documentari che raccontano battaglie al femminile*

Le donne dell'Omsa e dell'Ilva hanno scelto una modalità di azione e diffusione del conflitto inserita nella pratica politica relazionale. Il teatro itinerante di strada che entra nelle città e nelle case, occupa gli spazi urbani, così come il racconto sereno e pungente delle madri e compagne dei lavoratori, emergono come strumenti di trasmissione, di comunicazione e di lotta che tengono insieme il personale e il politico; il lavoro e la vita; l'esperienza individuale e quella collettiva. Li tengono insieme come fili di un tessuto che va curato e seguito da vicino per evitare le solite distorsioni, strumentalizzazioni e manipolazioni che i mezzi di comunicazione classici tendono a infliggere a qualsiasi posizione che si scosta sia dal pensiero dominante capitalista e patriarcale sia dall'immaginario dominante del cambiamento dello

\* Dedicato a Gianni Garofalo, pensando alle sue riflessioni su *Metello*, di Pratolini, in questa rivista, 2007, p. 425 ss. e in VOZA (a cura di), *Lavoro, diritto e letteratura italiana*, Cacucci, 2008.

stesso. Sono, quindi, le donne licenziate e le donne vedove, le protagoniste della lotta e sono loro a voler seguire, spiegare e accompagnare la lotta stessa. Lo fanno attraverso il teatro di strada ma anche con proiezioni e dibattiti che girano per l'Italia e che si svolgono in piccoli gruppi, associazioni, centri di ascolto, università<sup>1</sup>... ovunque sia possibile far sentire in maniera chiara questa voce "differente".

Nel caso di *Licenziata!* (2011 di Lisa Tormenta) la loro voce racconta la chiusura della storica fabbrica Omsa di Faenza che, dopo cinquant'anni di produzione di calze, è stata delocalizzata in Serbia; e in quello di *La svolta. Donne contro l'Ilva* (2010 di Valentina D'Amico) viene descritta la battaglia di sei donne contro l'Ilva, la più grande acciaieria d'Europa che, insieme all'aumento annuale dei profitti, detiene il primato nazionale di morti sul lavoro (oltre 180 dalla prima apertura dei cancelli) e d'inquinamento dell'ambiente (circa il 92 % della diossina nazionale).

Chiusure di fabbriche, delocalizzazioni, licenziamenti, incidenti e morti al lavoro ... sono talmente all'ordine del giorno che non occorrono i numeri per renderli credibili e credibilmente diffusi dappertutto. Il dramma della perdita del lavoro e della vita al lavoro ci arriva e ci tocca ogni giorno, così come la sua eloquente denuncia di un sistema profondamente ferito e in crisi. Se così è, se queste perdite – il lavoro e la vita al lavoro – rispecchiano un modello economico e politico malato, se sono, insomma, un sintomo di profonde criticità del sistema, per quale ragione non ricevono l'ascolto necessario? Sostenere che ci sono degli interessi forti al mantenimento e rafforzamento del capitalismo oppure sostenere che si tratta di effetti – evitabili o meno – dello stesso sistema economico sono risposte parziali che, a mio avviso, trascurano ciò che queste donne con le loro lotte cercano di dirci.

## 2. *Il senso e la centralità del lavoro e la cura dei corpi*

Chiudere una fabbrica e spostarla altrove, preferibilmente dove i costi del lavoro, e non solo, sono più contenuti, è una scelta imprenditoriale oggi avallata dal diritto nazionale e internazionale. Scelta legittima anche se la fabbrica o azienda dislocata funziona bene nel paese di origine, ottiene profitti,

<sup>1</sup> Per vedere dov'è stata e continua ad essere proiettata "La Svolta: donne contro l'Ilva": <http://lasvoltadonnecontroilva.wordpress.com/>.



ha un bilancio positivo e cresce in termini economici. L'interpretazione maggioritaria della libertà d'impresa, ormai, presuppone la libertà di decidere dove collocare la produzione e distribuzione dei beni e servizi. Arginare tali tendenze aziendali sembra, oggi più che mai, impensabile; l'unica risposta sociale che riesce ad ottenere qualche risultato si traduce in una sorta di riequilibrio o parificazione regressiva a livello globale che ammorbidisce e cancella tutele in alcune zone del mondo per inventare meccanismi giuridici, e non solo, che cerchino di rafforzarle, anche se solo leggermente, altrove. Nella consapevolezza di tutto ciò, le donne licenziate dell'Omsa, pur sottolineando la mancanza di senso economico della scelta imprenditoriale (ci sono profitti! – ci dicono –), non si soffermano più di tanto sull'irrazionalità della mossa dal punto di vista economico o su alcune delle conseguenze sociali citate (conflitto tra lavoratrici italiane e lavoratrici serbe, progressiva conformazione di uno scenario socioeconomico basato sul *dumping* sociale ...); le lavoratrici dell'azienda faentina preferiscono concentrarsi sulla centralità del lavoro. La centralità del loro lavoro e la perdita di esso vissuta come lutto. Come morte. Le prime scene teatrali che appaiono nel documentario raccontano infatti una sequenza di violenza, morte e funerale. Dalla violenza del potere privato che espelle, calpesta le operaie, le cancella cancellando il loro lavoro alla sfilata funebre che accompagna il dolore straziante della morte e del vuoto. In questo modo il lavoro si fonde con la persona che lavora; la morte del lavoro non è la morte di una merce è la morte della lavoratrice che lo incarna. Le urla di dolore delle donne dell'Omsa rispondono a una perdita profonda, a una perdita di senso, a una perdita di sé. Questo senso del lavoro e di sé stesse vuole essere riscattato a modo di epitaffio in una scena finale, onorando e ricordando le attività lavorative, i movimenti delle mani al lavoro, la danza del corpo che lavora, che fa, che esiste. Perché il lavoro nutre la nostra esistenza ... nutre ciò che ci nutre.

Le donne dell'Ilva sanno bene che lavorare è nutrire ciò che ci nutre. Si tratta di lavoratrici, madri e mogli della città di Taranto che, come prima le donne di Cornigliano (Genova), hanno organizzato un movimento che ha l'obiettivo di fare chiudere una fabbrica che danneggia l'ambiente, la natura, i corpi e le menti. L'Ilva, prima società pubblica Italsider (1961), è nelle mani private della famiglia bresciana Riva dal 1995 e possiede quindici siti produttivi di acciaio, dodici in Italia, uno in Francia, uno in Grecia e uno in Tunisia. Il documentario parte da qui, da una ricostruzione della situazione aziendale per poi addentrarsi nelle questioni riguardanti i pericoli per la sa-

lute, l'ambiente, la vita che l'Ilva di Taranto sta provocando. Anche in questo documentario, che sceglie la più sobria modalità del racconto e delle interviste, le protagoniste sono le donne che però condividono lo spazio con uomini – lavoratori dell'acciaieria vittime di molestie morali, giornalisti locali, sindacalisti, ex operai, medici, tecnici e altri esperti in materia di salute e ambiente – che in questo caso rappresentano la maggior parte della manodopera. E soprattutto ai lavoratori morti vogliono dare voce le loro madri e le loro vedove. La rabbia, la frustrazione, il “senso di gabbia”, derivante dall'incredibile alternativa di dover scegliere tra lavoro o salute, che vivono e esprimono questi uomini direttamente o attraverso il racconto femminile, contrasta tuttavia con una sorta di serena e pungente disposizione morale propria di chi ama la vita (in quanto la crea), che attraversa il racconto femminile per porsi oltre il conflitto lavoro *vs.* salute, e per affiancare e sostenere il vero conflitto soggiacente alla loro lotta. Le donne dell'Ilva pur sapendo che i loro uomini (mariti, padri, figli) hanno lavorato per tanti anni per avere una vita con certe comodità avrebbero preferito che non lo avessero mai fatto. La perdita della vita, della salute non ha prezzo. Ora lo sanno e questa è, paradossalmente, la loro forza. Non ci può essere conflitto tra lavoro e vita o salute, c'è solo e innanzitutto la vita. Perciò queste donne chiedono la chiusura della fabbrica, come prima avevano tentato e ottenuto le donne di Cornigliano e come tante altre associazioni, cittadine e cittadini di Taranto<sup>2</sup> stanno chiedendo allo Stato e ai poteri pubblici<sup>3</sup> che affrontano la problematica conciliazione fra tutela della salute e dell'occupazione, mettendo sui due piatti della bilancia due beni che non dovrebbero farsi mai concorrenza, ma che anzi dovrebbero essere complementari. In quanto indivisibili, come

<sup>2</sup> A Taranto da 3-4 anni si è costituito il comitato Donne per Taranto su emulazione del comitato Donne per Cornigliano (il quartiere di Genova situato a ridosso dell'acciaieria come il Tamburi a Taranto).

<sup>3</sup> Il conflitto giuridico è stato affrontato a livello legislativo dalla cd. legge “salva-Ilva”, legge 24 dicembre 2012 n. 231 (conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 3 dicembre 2012 n. 207, recante disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale) – *recte*, dagli artt. 1 e 3 di tale ultimo, come convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della legge n. 231/12. Tali disposizioni legislative hanno visto recentemente confermata la loro legittimità dalla sentenza della corte costituzionale n. 85 del 9 maggio del 2013, per rispondere ai ricorsi promossi dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Taranto con ordinanza del 22 gennaio 2013 e dal Tribunale ordinario di Taranto con ordinanza del 15 gennaio 2013.

indivisibili sono le lavoratrici italiane e le lavoratrici serbe; inseparabile dovrebbe anche essere la crescita economica di un'azienda dal miglioramento delle condizioni di lavoro e dalla crescita dell'occupazione. Perché creare conflitti "falsi"? A favore di chi gioca questo depistaggio? A chi conviene mettere in rapporto conflittuale lavoratrici del mondo, crescita e lavoro, lavoro e salute? Le donne dell'Omsa e le donne dell'Ilva non si fanno prendere dallo strabismo fuorviante del potere e della dialettica che ne deriva, e mettono al centro invece il vero conflitto che le nostre società devono guardare, facendo emergere il senso del lavoro e la cura dei corpi e della vita anche quando si lavora. Altrimenti, il potere e la dialettica che ne scaturisce affonda in una lotta senza senso alla classe politica di sinistra che si sente preda dal gigante con piedi di sabbia che rappresentano le imprese e la loro logica basata sul puro e inarrestabile profitto, cercando, nella migliore delle ipotesi, di ottenere degli ammortizzatori sociali per sostenere le donne dell'Omsa, oppure di mantenere l'occupazione per uomini e donne dell'Ilva senza focalizzare il vero conflitto esistente, ovvero la rilevanza, il senso e la qualità del lavoro. Lavorare non può significare la distruzione del lavoro o di chi lavora.

### 3. *Il plus femminile nel conflitto sociale*

Femminili sono le protagoniste. Femminili sono la sostanza e la modalità del conflitto. Ma la lotta vale per tutti: donne e uomini.

Le protagoniste sono le donne organizzate: operaie, madri, mogli, figlie ... Le protagoniste sono anche le due registe che le "organizzano": Lisa Tormenta e Valentina D'amico. Due giovani donne che non vogliono essere "complici di un modello di sviluppo che antepone il profitto alla stessa vita umana"<sup>4</sup>. Il coraggio di denunciare il modello e di proporre una svolta è lo stesso coraggio di chi può regalare la vita. Mettere la cura della vita al primo posto non è un atto di superbia o di umiltà di fronte a un mastodontico sistema economico, ma è un semplice e brutale atto di riconoscimento e riemersione della realtà che ha bisogno di nuove parole per essere reso visibile, di nuovi confini e di nuove forme di esternalizzazione. La femminilizzazione del lavoro è anche la femminilizzazione del conflitto: la rete, la relazione come

<sup>4</sup> Intervista a Valentina D'amico fatta da Alessandra Soleti: <http://www.noidonne.org/blog.php?ID=04437>.

scelta di lotta si pone in rapporto di arricchimento delle modalità classiche di lotta sociale e sindacale (occupazioni, scioperi, manifestazioni ...). Mai in un rapporto di contrapposizione. Infatti, il sindacato c'è. Un tipo di sindacato almeno. Un sindacato che, consapevole delle sue forze, lo è anche dei suoi limiti. Le battaglie sindacali sono fuori discussione. La strada fatta dal sindacalismo è quella che ha permesso il raggiungimento di una determinata posizione giuridica e sociale alla classe lavoratrice (anche se oggi non sono salve né l'una né l'altra). Ed è anche quella che ora lascia spazio a – e dialoga con – altre possibilità come il teatro di strada, il racconto, il documentario ... La scelta femminile della lotta passa per il riconoscimento sindacale ma senza esaurirsi nelle forme classiche di esternalizzazione del conflitto tipicamente sindacali e quindi tipicamente maschili. E così propongono nuovi scenari rivolti a una più efficace focalizzazione dei nuovi conflitti che la femminilizzazione del lavoro (e della vita pubblica) porta con sé.

Non è la prima volta che il corpo della donna, oggetto di sfruttamento e desiderio da parte del sistema patriarcale e capitalista, si pone al servizio della lotta e della denuncia per ribaltare quella logica e incarnare il senso della vita, dell'allegria o del dolore. In questo caso, i corpi di donne senza lavoro danzano, parlano, urlano, piangono e denunciano la perdita di un senso. Una perdita fatale. Un senso cruciale: quello che offre il lavoro.

La scelta artistica come sfondo che rialza, adorna, e accompagna questi corpi. La scenografia mette al centro la donna, il suo corpo, le sue mani, la sua testa, intelligenza, dolore e bisogno di lottare.

Una parte importante del conflitto è la sua diffusione: il passaparola e l'itineranza. Infatti sono molti i blog e le riviste online che si fanno eco delle lotte intraprese da queste donne che contestano la mancanza di senso delle scelte imprenditoriali adottate<sup>5</sup>. Non per caso la rete funziona come strumento prezioso di diffusione e pubblicità di eventi femminili in quanto le donne sono da sempre protagoniste e sostenitrici di reti di rapporti creando un tessuto relazionale che trova nel passaparola uno strumento politico di comunicazione, di intese e di cura dei rapporti.

<sup>5</sup> Tra questi: <http://lasvoltadonnecontroilva.wordpress.com/>; <http://www.unosguardoalfemminile.it/wordpress/donne-e-cultura/licenziata-la-storia-delle-ex-operaie-omsa>.

## notizie sugli autori

### **Antonio Baylos Grau**

*Catedrático di Diritto del Lavoro - Universidad de Castilla-La Mancha*

### **Franco Carinci**

*già Ordinario di Diritto del Lavoro - Università di Bologna*

### **Gianfranco D'Alessio**

*Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma Tre*

### **Marco Esposito**

*Straordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Parthenope*

### **Daniela Izzi**

*Associato di Diritto del lavoro - Università di Torino*

### **Andrea Lassandari**

*Associato di Diritto del lavoro - Università di Bologna*

### **Luigi Menghini**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Trieste*

### **Paolo Pascucci**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Urbino*

### **Giampiero Proia**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Roma Tre*

### **Mario Rusciano**

*Emerito di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*

### **M. Dolores Santos Fernández**

*Ricamatore di Diritto del lavoro - Università di Siena*

### **Rosario Santucci**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università del Sannio*

**Antonio Vallebona**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Roma Tor Vergata*

**Antonio Viscomi**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Catanzaro Magna Graecia*

**Carlo Zoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Bologna*

**Lorenzo Zoppoli**

*Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Napoli Federico II*

# abbreviazioni

## Normativa

<i>ai</i>	accordo interconfederale
<i>cnc</i>	contratto collettivo nazionale di comparto
<i>cnl</i>	contratto collettivo nazionale di lavoro
<i>cnq</i>	contratto collettivo nazionale quadro
<i>cod. civ.</i>	codice civile
<i>cod. pen.</i>	codice penale
<i>cod. proc. civ.</i>	codice di procedura civile
<i>cod. proc. pen.</i>	codice di procedura penale
Cost.	Costituzione
<i>d.d.l.</i>	disegno di legge
<i>d.g.r.</i>	delibera giunta regionale
<i>d.i.</i>	decreto interministeriale
<i>dir.</i>	direttiva della Comunità europea
<i>dir. P.C.M.</i>	direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.l.</i>	decreto legge
<i>d.lgs.</i>	decreto legislativo
<i>d.lgs.lgt.</i>	decreto legislativo luogotenenziale
<i>d.m.</i>	decreto ministeriale
<i>d.P.C.M.</i>	decreto Presidente del Consiglio dei Ministri
<i>d.P.R.</i>	decreto Presidente della Repubblica
<i>gu</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>guce</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee
<i>gue</i>	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
<i>jo</i>	Journal Officiel
<i>l.</i>	legge
<i>l.cost.</i>	legge costituzionale
<i>l.d.</i>	legge delega
<i>l.p.</i>	legge provinciale
<i>l.r.</i>	legge regionale
<i>pl</i>	Public Law
<i>racc.</i>	raccomandazione della Comunità europea

<i>r.d.l.</i>	regio decreto legge
<i>reg.</i>	regolamento della Comunità europea
<i>St. lav.</i>	Statuto dei lavoratori
<i>Statutes</i>	Statutes at Large
<i>Supp.</i>	Supplement
<i>Tratt. ce</i>	Trattato delle Comunità europee
<i>t.u.</i>	testo unico

### **Giurisprudenza e altre Autorità**

<i>Caa</i>	Cour administrative d'appel
<i>Cass.</i>	Cassazione
<i>Cass. Pen.</i>	Cassazione penale
<i>Cass. Sez. Un.</i>	Cassazione Sezioni Unite
<i>App.</i>	Corte d'Appello
<i>C. Conti</i>	Corte dei Conti
<i>C. Cost.</i>	Corte Costituzionale
<i>Comm. Gar.</i>	Commissione di Garanzia
<i>Cons. Giust. Amm. Sic.</i>	Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia
<i>Cons. St.</i>	Consiglio di Stato
<i>Cons. St., Ad. Plen.</i>	Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria
<i>C. Eur. Dir. Uomo</i>	Corte europea dei diritti dell'Uomo
<i>C. Giust.</i>	Corte di Giustizia delle Comunità europee
<i>Pret.</i>	Pretura
<i>Trib.</i>	Tribunale
<i>Ta</i>	Tribunal administratif
<i>Tar</i>	Tribunale amministrativo regionale

### **Commentari, enciclopedie e trattati**

<i>Comm. Branca</i>	Commentario della Costituzione a cura di Giu. Branca
<i>Comm. Schlesinger</i>	Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger
<i>Comm. Scialoja-Branca</i>	Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e Giu. Branca
<i>DDPCiv</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DDP</i>	Digesto delle discipline pubblicistiche
<i>DI</i>	Digesto italiano
<i>ED</i>	Enciclopedia del diritto
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani



<i>NDI</i>	Novissimo digesto italiano
<i>Tr. Bessone</i>	Trattato di diritto privato curato da M. Bessone
<i>Tr. Cicu-Messineo</i>	Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni
<i>Tr. contr. Rescigno</i>	Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Galgano</i>	Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano
<i>Tr. Iudica-Zatti</i>	Trattato di diritto privato curato da G. Iudica e P. Zatti
<i>Tr. Rescigno</i>	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
<i>Tr. Vassalli</i>	Trattato di diritto civile italiano fondato da F. Vassalli

### Riviste

<i>AB</i>	Arbeitsrecht im Betrieb
<i>ABS</i>	American Behavioral Scientist
<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AER</i>	American Economic Review
<i>AGC</i>	Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali
<i>Ag. inc.</i>	Agevolazioni e incentivi - Il Sole 24 ore
<i>AgS</i>	Aggiornamenti sociali
<i>AI</i>	L'amministrazione italiana
<i>AJDA</i>	Actualité juridique, droit administratif
<i>AJFP</i>	Actualité juridique, fonctions publiques
<i>AJS</i>	American Journal of Sociology
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen
<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater

<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&amp;CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de información sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	cns-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato
<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law

<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DA</i>	Diritto amministrativo
<i>DC</i>	Disciplina del commercio
<i>DCS</i>	Diritto comunitario e degli scambi internazionali
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPen</i>	Digesto delle discipline penalistiche
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DEcl.</i>	Il diritto ecclesiastico
<i>DeS</i>	Diritto e società
<i>D&amp;G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLOro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTr</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo
<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line

<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWS T</i>	the European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>EM</i>	Environmental Management
<i>EP</i>	Economic Policy
<i>EPI</i>	Economia e politica industriale
<i>EPL</i>	European Public Law
<i>ETUI-REHS WP</i>	European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety
<i>EuD</i>	Europa e diritto
<i>EULJ</i>	European Law Journal
<i>EwLR</i>	European Law Review
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>GA Sicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile
<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore

<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IJAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics

<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics

<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTI</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&amp;G</i>	Legge&Giustizia: <a href="http://www.legge-e-giustizia.it">www.legge-e-giustizia.it</a>
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review

<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale
<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica



<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale
<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro

<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, <a href="http://www.reconproject.eu">www.reconproject.eu</a>
<i>REDT</i>	Rivista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.Publ.</i>	Rivista Giuridica Quadrimestrale dei Servizi Pubblici
<i>RGS</i>	Rivista giuridica della scuola
<i>RGSanità</i>	Rassegna giurisprudenziale della Sanità
<i>RGSar.</i>	Rivista giuridica sarda
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIDPC</i>	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
<i>RIDPP</i>	Rivista italiana di diritto e procedura penale
<i>RIDU</i>	Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
<i>RIE</i>	Rivista italiana di economia

<i>RIFD</i>	Rivista italiana di filosofia del diritto
<i>RIMEDL</i>	Rivista italiana di medicina legale
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e malattie professionali
<i>RINFD</i>	Rivista internazionale di filosofia del diritto
<i>RIPP</i>	Rivista italiana di previdenza sociale
<i>RIPS</i>	Rivista italiana di politiche pubbliche
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Sociaalrechtelijke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review

SO	Studi Organizzativi
Società	Le Società
SP	Sanità pubblica
SS	Sicurezza sociale
SU	Studi urbinati
TAR	I tribunali amministrativi regionali
ThIL	Theoretical Inquiries in Law
TE	Travail et emploi
Temi	Temi
TG	Toscana giurisprudenza
TL	Temas Laborales
TP	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen
UA	Urbanistica e appalti
UCLR	University of Chicago Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
VN	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
WD	World Development
WESoc.	Work, Employment and Society
WP	World Politics
WP C.S.D.L.E.	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, <i>www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp</i>
WP	Olympus I Working Paper di Olympus
WSIM	wsi - Mitteilungen
YEL	Yearbook of European Law
YLJ	Yale Law Journal
ZA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

# indice annata 2013

## editoriali

FRANCESCO M. DE SANCTIS

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

MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI, ROSARIO SANTUCCI

*Diritti Lavori Mercati nel decennio “senza stelle” del diritto del lavoro*

ANTONELLO ZOPPOLI

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

## saggi

M. CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ

*Fondamenti e proiezione della contrattazione collettiva europea*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Il lavoro autonomo economicamente dipendente in Spagna*

GIANFRANCO D’ALESSIO

*Le prospettive di modifica del quadro legislativo in materia di lavoro pubblico*

ALESSIA GIURINI

*Il benessere del lavoratore: spunti di riflessione dal caso Fiat*

DANIELA IZZI

*La responsabilità solidale nell’appalto: una tutela in declino?*

LARA LAZZERONI

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

LUIGI MENGHINI

*Lavoro pubblico e contratti flessibili dopo i decreti e le clamorose pronunce del 2013: con risorse insufficienti continuano i colpi di scena*

PASQUALE MONDA

*La determinazione della “performance” individuale del dipendente pubblico: tecniche, opportunità e aporie*

MARIO RUSCIANO

*Lettura e rilettura dell'art. 39 della Costituzione*

RAFFAELLO SANTAGATA

*La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale (parte II)*

PATRIZIA TULLINI

*La nuova forma della stabilità del rapporto di lavoro: il ruolo del giudice*

ANTONIO VISCOMI

*Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare*

GAETANO ZILIO GRANDI

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

ANTONELLO ZOPPOLI

*Il declino dell'inderogabilità?*

LORENZO ZOPPOLI

*Impresa e relazioni industriali dopo “la guerra dei tre anni”: verso una nuova legge sindacale?*

LORENZO ZOPPOLI

*Il controllo collettivo sull'efficace attuazione del modello organizzativo diretto a garantire la sicurezza nei luoghi di lavoro*

#### **commenti alla giurisprudenza**

ANTONIO BAYLOS GRAU

*Dialogando dalla Spagna sulla rappresentatività sindacale e la costituzionalità democratica in Italia*

(opinione su C. Cost. 23 luglio 2013 n. 231)

PAOLA BOZZAO

*Donne part-time: la Corte di Giustizia impone la parità di genere nell'accesso al welfare*

(commento a Corte Giustizia 22 novembre 2012 C-385/11)

FRANCO CARINCI

*Se il legislatore latita, la Corte costituzionale ne approfitta per fare il bello e il cattivo tempo*

(opinione su C. Cost 23 luglio 2013 n. 231)

SILVIA IZZO

*Il nuovo rito per la impugnativa dei licenziamenti: legittimazione del datore di lavoro e questioni connesse*

(commento a Trib. Genova 9 gennaio 2013, ord.)

ANDREA LASSANDARI

*Tra diritti sindacali e contrattazione collettiva: la Consulta trova una difficile vita*

(opinione su C. Cost 23 luglio 2013 n. 231)

PAOLO PASCUCCI

*La salvaguardia dell'occupazione nel decreto "salva Ilva". Diritto alla salute vs. diritto al lavoro?*

(commenti a C. Cost. 9 aprile 2013 n. 85)

GIAMPIERO PROIA

*Corte costituzionale e rappresentanze sindacali aziendali*

(opinione su C. Cost 23 luglio 2013 n. 231)

MARIA TERESA SALIMBENI

*Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento della "piccola azienda"*

(commento a Cass. 22 gennaio 2013 n. 1456)

PASQUALE SANDULLI

*Sostegno del reddito degli apprendisti ed incentivo allo sviluppo del sistema di enti bilaterali: legittimità costituzionale sperimentale?*

(commento a C. Cost. 22 maggio 2013 n. 108)

ANTONIO VALLEBONA

*L'art. 19 stat. lav.: la Corte costituzionale stravolge la volontà del popolo*

(opinione su C. Cost 23 luglio 2013 n. 231)

#### osservatorio

MARCO BIASI

*La Carta di Nizza e il Protocollo n. 30 all'esame del Parlamento britannico*

ANNA TESELLI

*Game over: il lavoro minorile in Italia*

**lavoro e ... letteratura**

LORENZO ZOPPOLI

*Donnarumma all'assalto: disoccupazione meridionale e cultura industriale*

**lavoro e ... docufilm**

M. DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ

*Le lavoratrici dell'OMSA e le donne dell'ILVA: il plus femminile nel conflitto*



# Table of contents 2013

## editorials

FRANCESCO M. DE SANCTIS

*Dignity of the person and the constitutionalism beyond the State: the over-modern right of Stefano Rodotà*

MARIO RUSCIANO, LORENZO ZOPPOLI, ROSARIO SANTUCCI

*Diritti Lavori Mercati in the last 'starless' ten years of Italian Labour Law*

ANTONELLO ZOPPOLI

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

## articles

M. CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ

*Fundamentals and projection of European collective bargaining*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*IThe self-employment economically dependent*

GIANFRANCO D'ALESSIO

*The perspectives to reform the legal framework of public employment*

ALESSIA GIURINI

*Well-being of the worker and work organization: insights from the Fiat case*

DANIELA IZZI

*Joint and several liability in contracting out: a protection on the wane?*

LARA LAZZERONI

*Actors, representative power and consensus in the recent union events*

LUIGI MENGHINI

*Public employment and the flexible contracts after the decrees and the sensational case-law of 2013. When the budget is insufficient the coupes-de-scène continue*

PASQUALE MONDA

*The determination of the individual performance of the public servant: techniques, opportunities and aporias*

MARIO RUSCIANO

*Reading and re-reading Article 39 of the Constitution*

RAFFAELLO SANTAGATA

*The recent legal debate on dismissal protection legislation in Germany (Part II)*

PATRIZIA TULLINI

*The new form of the stability of the employment relationship: the role of the judge*

ANTONIO VISCOMI

*Economic ratio and legal rules: remarks for an interdisciplinary comparison from a labour law point of view*

GAETANO ZILIO GRANDI

*The remuneration linked to company productivity: framework and impact of the agreement on pay levels*

ANTONELLO ZOPPOLI

*The decline of inderogability?*

LORENZO ZOPPOLI

*The undertaking and industrial relations after 'the War of the Three Years': towards a new trade union law?*

LORENZO ZOPPOLI

*The collective control on the effective implementation of the organizational model aims to ensure safety in the workplace*

#### case law

ANTONIO BAYLOS GRAU

*Dialoguing from Spain about union representation and the democratic constitutionality in Italy*

(Opinions about C. Cost. 23 July 2013 n. 231)

PAOLA BOZZAO

*Women part-time: the Court of Justice imposes gender equality in access to welfare*

(Note to judgment of Court of Justice 22 November 2012 C-385/11)

FRANCO CARINCI

*If the legislature is absent, the Constitutional Court takes the opportunity to do whatever it likes*

(Opinions about C. Cost 23 July 2013 n. 231)

SILVIA IZZO

*The new rite to challenge dismissals. The locus standi of the employer and connected matters*

(Note to judgement of Genova Tribunal 9 January 2013, ord.)

ANDREA LASSANDARI

*The Constitutional Court finds a difficult path between union rights and the collective bargaining*

(Opinions about C. Cost 23 July 2013 n. 231)

PAOLO PASCUCCI

*The protection of employment in the 'save-Ilva' decrees. Right to health v right to work?*

GIAMPIERO PROIA

*The Constitutional Court and the union representatives at firm level*

(Opinions about C. Cost 23 July 2013 n. 231)

MARIA TERESA SALIMBENI

*The transfer of parts of undertaking coincides again for the Court of Cassazione with the transfer of the "small undertaking"*

(Note to judgment of Court of Cassazione 22 January 2013 n. 1456)

PASQUALE SANDULLI

*Income support for apprentices and incentives for the development of the system of bilateral bodies: an experimental constitutional legitimacy?*

(Note to judgement of Constitutional Court 22 May 2013 no. 108)

ANTONIO VALLEBONA

*Article 19 of Workers' Statute: the Constitutional Court distorts people's will*

(Opinions about C. Cost 23 July 2013 n. 231)

## observatory

MARCO BIASI

*The Nice Charter and Protocol 30 before the British Parliament*

ANNA TESELLI

*Game over: child labour in Italy*

**labour and ... literature**

LORENZO ZOPPOLI

*Donnarumma is attacking: Southern unemployment and industrial culture*

**labour and... docufilm**

M. DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ

*Women workers of OMSA and the women of Ilva: the female surplus value within the conflict*

## indice autori 2013

M. Cristina AGUILAR GONZÁLVEZ

Antonio BAYLOS GRAU

Marco BIASI

Paola BOZZAO

Franco CARINCI

Jesus Cruz VILLALON

Gianfranco D'ALESSIO

Francesco M. DE SANCTIS

Marco ESPOSITO

Alessia GIURINI

Daniela IZZI

Silvia IZZO

Lara LAZZERONI

Andrea LASSANDARI

Luigi MENGhini

Pasquale MONDA,

Paolo PASCUCCI

Giampiero PROIA

Mario RUSCIANO

Maria Teresa SALIMBENI

Pasquale SANDULLI

Raffaello SANTAGATA

M. Dolores SANTOS FERNÁNDEZ

Rosario SANTUCCI

Anna TESELLI

Patrizia TULLINI

Antonio VALLEBONA

Antonio VISCOMI

Gaetano ZILIO GRANDI

Antonello ZOPPOLI

Lorenzo ZOPPOLI

Finito di stampare nel mese di marzo 2014  
dalla Grafica Elettronica (Na)

