

indice

editoriale

- 457 MARIO RUSCIANO
I servizi essenziali nei beni culturali: reprimere o prevenire il conflitto?

saggi

- 467 EDOARDO ALES
Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?
- 489 FABRIZIO AMENDOLA
La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015
- 519 PAOLA BOZZAO
Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme
- 543 MAURIZIO CINELLI
Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)
- 557 MAXIMILIAN FUCHS
Dove va il diritto del lavoro europeo?

giurisprudenza

- 587 ARIANNA AVONDOLA
La preesistenza nel trasferimento di ramo d'azienda: l'impatto degli orientamenti dottrinali sulla giurisprudenza
- 605 GÁBOR KÁRTYÁS
The limiting interpretation of reviewing agency work's restrictions

(Comment to Judgment of the Court of Justice of the European Union 17 March 2015, C-533/13)

619 MARIA ISABEL RIBES MORENO

La movimentazione delle merci nei porti in Spagna e il diritto dell'Unione europea

(Commento a C. Giust. 11 dicembre 2014 C-576/13)

osservatorio

631 MADIA D'ONGHIA

La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università

657 *Notizie sugli autori*

659 *Abbreviazioni*

675 *Indice annata 2015*

687 *Indice autori 2015*

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

Carla ACOCELLA, Edoardo ALES, Fabrizio AMENDOLA, Alessandro AULETTA, Arianna AVONDOLA, Pál BELÉNYESI, Paola BOZZAO, Marco CALABRÒ, Maurizio CINELLI, Antonella DURANTE, Maximilian FUCHS, Fortunato GAMBARDELLA, Marta GIACONI, Biagio GILIBERTI, Gábor KÁRTYÁS, Stella LA FORGIA, Fiorenzo LIGUORI, Marco LO ZITO, Monica MCBRITTON, Giuseppe MELI, Federica MINOLFI, Maria Isabel RIBES MORENO, Giulio NAPOLITANO, Marco PERUZZI, Giuseppe PIPERATA, Raffaello SANTAGATA DE CASTRO, Giuseppe SANTORO PASSARELLI, Franco Gaetano SCOCA, Costanza SOLLECITO, Renata SPAGNUOLO VIGORITA, Carla SPINELLI, Anna TROJSI, Silvia TUCILLO, Enrico ZAMPETTI, Antonello ZOPPOLI

Il referaggio è stato effettuato da:

Gian Guido BALANDI, Maria Vittoria BALLESTRERO, Marzia BARBERA, Stefano BELLOMO, Franca BORGOGELLI, Laura CALAFÀ, Fulvio CORSO, Marco D'ALBERTI, Marco ESPOSITO, Vincenzo FERRANTE, Edoardo GHERA, Jeffrey KENNER, Fiorella LUNARDON, Marco MARAZZA, Arturo MARESCA, Angelo PANDOLFO, Paolo PASCUCCI, Vito PINTO, Giampiero PROIA, Umberto ROMAGNOLI, Roberto ROMEI, Mario RUSCIANO, Giuseppe SANTORO PASSARELLI

table of contents

editorial

- 457 MARIO RUSCIANO
Essential Services in the Cultural Assets: Suppressing or Preventing Strike Action?

articles

- 467 EDOARDO ALES
Working Conditions in the Transfer of Undertaking: Maintaining or Changing?
- 489 FABRIZIO AMENDOLA
The Regulation of Employees' Tasks in Legislative Decree no. 81 of 2015
- 519 PAOLA BOZZAO
Social Security Cushions in the Jobs Act: An Overview
- 543 MAURIZIO CINELLI
Socio-economic Sustainability and Constitutional Legitimacy (Still Talking of the Judgment no. 70 of 2015)
- 557 MAXIMILIAN FUCHS
Where is European Labour Law Going?

case law

- 587 ARIANNA AVONDOLA
Pre-existence in Transfer of Part of an Undertaking: The Impact of Doctrinal Stance on Case Law
- 605 GÁBOR KÁRTYÁS
The Limiting Interpretation of Reviewing Agency Work's Restrictions

(Comment to Judgment of the Court of Justice of the European Union 17 March 2015, C-533/13)

- 619 MARIA ISABEL RIBES MORENO
Cargo Handling in Spanish Ports and European Union Law
(Comment to Judgment of the Court of Justice of the European Union 11 December 2014, C-576/13)

observatory

- 631 MADIA D'ONGHIA
Gender Representation and the Equality Bodies in the Universities

657 *Authors' information*

659 *Abbreviations*

675 *Table of contents 2015*

687 *Table of authors 2015*

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

Carla ACOCELLA, Edoardo ALES, Fabrizio AMENDOLA, Alessandro AULETTA, Arianna AVONDOLA, Pál BELÉNYESI, Paola BOZZAO, Marco CALABRÒ, Maurizio CINELLI, Antonella DURANTE, Maximilian FUCHS, Fortunato GAMBARDILLA, Marta GIACONI, Biagio GILIBERTI, Gábor KÁRTYÁS, Stella LA FORGIA, Fiorenzo LIGUORI, Marco LO ZITO, Monica MCBRITTON, Giuseppe MELI, Federica MINOLFI, Maria Isabel RIBES MORENO, Giulio NAPOLITANO, Marco PERUZZI, Giuseppe PIPERATA, Raffaello SANTAGATA DE CASTRO, Giuseppe SANTORO PASSARELLI, Franco Gaetano SCOCA, Costanza SOLLECITO, Renata SPAGNUOLO VIGORITA, Carla SPINELLI, Anna TROJSI, Silvia TUCILLO, Enrico ZAMPETTI, Antonello ZOPPOLI

The referees have been:

Gian Guido BALANDI, Maria Vittoria BALLESTRERO, Marzia BARBERA, Stefano BELLOMO, Franca BORGOGELLI, Laura CALAFÀ, Fulvio CORSO, Marco D'ALBERTI, Marco ESPOSITO, Vincenzo FERRANTE, Edoardo GHERA, Jeffrey KENNER, Fiorella LUNARDON, Marco MARAZZA, Arturo MARESCA, Angelo PANDOLFO, Paolo PASCUCCI, Vito PINTO, Giampiero PROIA, Umberto ROMAGNOLI, Roberto ROMEI, Mario RUSCIANO, Giuseppe SANTORO PASSARELLI

Mario Rusciano

**I servizi essenziali nei beni culturali:
prevenire o reprimere il conflitto?**

1. Il decreto-legge 20 settembre 2015 n. 146 (“Misure urgenti per la fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione”) è un classico esempio di intervento autoritario nella delicata materia dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Il Governo lo ha emanato in fretta e furia sull’enorme onda emotiva sollevata dal blocco dell’accesso al Colosseo per un’assemblea del personale (ma un episodio del genere si era già verificato agli Scavi di Pompei alcuni mesi or sono). E poco importa, come si dirà più avanti, che tale decreto sia stato convertito, con una singolare integrazione (vale a dire premettendo, all’unico articolo del decreto, il bizzarro cappello dell’articolo “zerouno”), nella legge 12 novembre 2015 n. 182.

Tanto per cominciare: è vero che, ai fini della continuità di un servizio pubblico, è irrilevante che il blocco sia dovuto a uno sciopero o a un’assemblea, ma è anche vero che, nel caso di specie, l’assemblea era stata regolarmente autorizzata – quindi ovviamente con tanto di preavviso – e solo la superficialità delle notizie di stampa l’aveva equiparata a uno “sciopero improvviso” suscitando l’imbarazzo e l’ira del Governo. Il quale, servendosi del decreto-legge, non si è lasciata sfuggire l’occasione di intervenire a gamba tesa: una ferma e tempestiva reazione politica.

A scanso di ogni equivoco, che può nascere facilmente dalla strumentale confusione governativa tra “politica” e “diritto”, va detto anzitutto che il blocco in questione è apparso ai più – e pure a chi scrive – irrazionale e privo di quel minimo di buon senso che dovrebbe sempre guidare ogni azione di lotta sindacale. A prescindere dalle regole giuridiche! È il caso anzi di ricordare che appunto razionalità e buon senso sono alla base di quella vera e propria filosofia del conflitto, racchiusa nella c.d. “autoregolamenta-

zione”. Che fa parte, per tradizione, della migliore storia sindacale da quando i lavoratori e le loro rappresentanze hanno considerato il riconoscimento, da parte dei cittadini, della giustezza delle proprie rivendicazioni un requisito importante di qualsiasi lotta sociale. Tanto da “autolimitare”, nei servizi pubblici, le loro azioni collettive di pressione, onde contenerne i danni ai cittadini e agli utenti (i quali in gran parte sono anch’essi lavoratori dipendenti e non si possono permettere costosi servizi privati alternativi). È chiaro allora che bloccare in piena estate l’accesso di tanti visitatori, e specie di turisti stranieri, a un sito archeologico di rilevanza mondiale, è a dir poco impopolare – visto che il turismo viene considerato ormai il settore trainante dell’economia del nostro paese – ed è perciò irrazionale. Se non altro perché, invece di conseguire risultati utili alla causa della protesta, suscita riprovazione diffusa e si trasforma in un *boomerang* per gli stessi lavoratori, non a caso additati unanimemente come irresponsabili dall’opinione pubblica, montata dai *mass media*, e meritevoli perciò di una risposta da parte di un Governo che ama presentarsi come un’autorità che decide con fermezza e rapidità (appunto: per decreto-legge).

Questa censura per così dire morale del comportamento dei lavoratori non deve però far perdere di vista la necessità di una valutazione dell’intervento governativo dal punto di vista strettamente giuridico e senza la suggestione massmediale del gradimento populistico che lo ha accolto.

Orbene tale intervento è tecnicamente così discutibile da apparire non meno irrazionale e privo di senso, *mutatis mutandis*, dell’azione dei lavoratori. In parole povere si potrebbe dire che, siccome a ogni azione corrisponde una reazione uguale e contraria, il Governo abbia pensato di rispondere con un comportamento altrettanto irrazionale al comportamento irrazionale dei lavoratori.

2. I problemi sollevati dalla vicenda sul piano giuridico si possono sintetizzare nei seguenti tre quesiti: 1) se sia nel potere del Governo utilizzare un decreto-legge – il tipico strumento per fronteggiare con (provvisoria) autorità una necessità e una urgenza ai sensi dell’art. 77 della Costituzione – per integrare la legge 146 del 1990 e qualificare *tout court* “essenziale” un servizio pubblico; 2) se un servizio etichettato genericamente “fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione” possa davvero considerarsi “essenziale”; 3) infine, quale reale efficacia possa avere un simile provvedimento,

alla luce della *ratio*, dell'impianto e della tecnica di funzionamento della legge 146 del 1990 (modificata con la legge 83 del 2000).

3. Quanto al primo quesito, non si può non ricordare il certificato di nascita della legge 146 del 1990: che un quarto di secolo fa vide la luce solo grazie all'impegno delle maggiori Centrali sindacali nella fase storica della c. d. "concertazione legislativa" tra Parlamento e forze sociali. Certo in questa sede non ci si può soffermare sull'importanza e sull'utilità, in linea generale, della concertazione nelle materie che non si possono regolare efficacemente in modo autoritario e con norme eteronome. La concertazione, infatti, nelle sue più diverse forme, è considerata ormai fuori moda; anzi, è caduta nel dimenticatoio, quando non viene addirittura vituperata perché artatamente la si confonde, facendo di ogni erba un fascio, con talune sue forme degenerative che, stando all'esperienza, si sono risolte in altrettante forme di perversa cogestione tra potere pubblico e potere sindacale, non di rado a scapito dell'efficienza organizzativa del sistema-paese e della tutela effettiva degli stessi lavoratori.

Pur messa da parte la concertazione – una prassi che però il legislatore, se vuole evitare probabili distonie regolative, farebbe bene a seguire (almeno) quando decide di rimettere le mani su leggi all'origine concertate, per integrarle o modificarle – restano tuttavia fondati dubbi sulla legittimità costituzionale di un decreto-legge come il 146 del 2015. Dubbi che non scompaiono solo perché questo decreto è diventato legge negli ultimi giorni utili alla sua conversione. Assai discutibile, infatti, è soprattutto il metodo dell'intervento governativo dello scorso settembre: che costituisce un paradigma estraneo alla logica costituzionale e, coi tempi che corrono, potrebbe costituire un preoccupante precedente.

Per capirlo, si deve partire dall'art. 40 della Costituzione: che, nel disporre "il diritto di sciopero si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano", contiene, come si sa, una "riserva di legge". Questa, benché non "assoluta" ma "relativa", esige pur sempre che sia la legge in senso formale a stabilire a quali altre fonti giuridiche è possibile affidare la disciplina dell'esercizio del diritto di sciopero. Proprio grazie alla ricordata concertazione legislativa, la legge 146 del 1990 fissa alcuni principi inderogabili e delega poi alle fonti tipiche dell'autonomo ordinamento sindacale (codici di auto-disciplina, contratti e accordi collettivi), sottoposte beninteso alla valutazione della apposita Commissione di garanzia, le regole dettagliate: sia dei c.d. "ser-

vizi minimi”, sia delle c.d. “prestazioni indispensabili”. Le quali, essendo ovviamente differenti a seconda dei settori, delle amministrazioni, delle aziende, delle categorie e dei profili professionali, non potrebbero certo essere previste da (innumerevoli) leggi settoriali.

Una cosa è certa: al Governo non è consentito alcun intervento teso a limitare un diritto costituzionale, qual è il diritto di sciopero. Dunque, se c'è una fonte giuridica non adatta a dettare regole in materia, questa è il decreto-legge: che, se utilizzato, costituisce un grave *vulnus* costituzionale, per nulla sanato dalla successiva sua conversione in legge.

Ma il decreto legge è incostituzionale anche per un'altra ragione: la mancanza dei requisiti della “necessità” e dell’“urgenza”, sebbene di tali concetti, da un po' di tempo a questa parte, se ne ammetta purtroppo una versione molto più larga. Infatti, come si dirà più avanti, non è che, emanato il decreto-legge con cui si aggiunge all'elenco dei servizi essenziali la “fruizione del patrimonio storico e artistico della Nazione”, il problema della regolazione dello sciopero nel settore dei beni culturali si risolve dall'oggi al domani. La legge 146 del 1990, com'è noto, prevede infatti un percorso non breve per arrivare alla disciplina effettivamente applicabile allo sciopero in questo o quel servizio essenziale. Un percorso del quale la qualificazione di un servizio come “essenziale” è soltanto il primo passo. A questo deve seguire l'incontro tra le parti in conflitto, che deve portare all'accordo sindacale, col quale si stabiliscono le regole di dettaglio dell'azione sindacale (previsione, specialmente, delle c.d. “prestazioni indispensabili”, oltre che del preavviso, della durata e delle ragioni dello sciopero ecc.). Ad accordo concluso scatta poi la competenza della Commissione di garanzia, che dell'accordo deve valutare l'idoneità a contemperare il diritto di sciopero con un altro diritto costituzionalmente tutelato. Soltanto con l'avvenuta valutazione positiva dell'accordo si può dire che esista una vera e propria disciplina dello sciopero nel settore di cui si parla. E soltanto nel caso in cui non si raggiunga l'accordo tra le parti, oppure nel caso di non idoneità dell'accordo raggiunto, scatta il potere della Commissione di garanzia di dettare *ex se* una “regolamentazione provvisoria”, cui le parti in conflitto sono tenute ad attenersi.

Oltre che illegittimo, dunque, è illogico che un decreto-legge, pur con la sua immediata entrata in vigore – e tra l'altro con l'incertezza (nel caso di specie ormai superata) circa la sua ratifica entro sessanta giorni da parte del Parlamento – sia lo strumento adatto a una esigenza del momento.

Tutto questo è fuori discussione. A meno che il decreto – e l'ipotesi sa-

rebbe però assai grave, tanto sul piano politico quanto sul piano giuridico, aumentando le perplessità sulla legittimità dell'intervento – sia stato adottato dal Governo col preciso intento di alterare la *ratio* della legge 146 del 1990, alterandone la normale procedura ivi prevista. In altri termini, si potrebbe pensare (da mal pensanti) che il Governo, affermando con decreto-legge la “essenzialità” di un certo servizio, volesse, da un lato, imporre alla Commissione di garanzia la rapida emanazione di una “regolamentazione provvisoria” bypassando l'accordo sindacale e, da un altro lato, porre le basi per una più facile “precettazione” degli scioperanti.

Ci si troverebbe, in questo caso, in presenza di un vero e proprio sovvertimento degli assetti costituzionali e legali della disciplina vigente. Infatti: a) la Commissione di garanzia, che è un'autorità indipendente – anzitutto dal Governo – subirebbe una grave interferenza politica e sarebbe investita di un compito *contra legem*; b) si arriverebbe a reprimere il diritto di sciopero con l'atto amministrativo di precettazione, per giunta adottato con superficiale rispetto della procedura prevista dalla legge.

4. La risposta al primo quesito sarebbe già di per sé assorbente. Tuttavia, venendo al secondo quesito, dubbi non minori suscita la frettolosa elevazione a “servizio essenziale” della “apertura al pubblico regolamentata di musei e altri istituti e luoghi della cultura, di cui all'art. 101, co. 3 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42”: così recita ora la legge di conversione del decreto. Sennonché un servizio può dirsi essenziale se è davvero indispensabile a garantire il rispetto di un diritto dei cittadini costituzionalmente tutelato e come tale suscettibile di essere “contemperato” col diritto di sciopero, altrettanto costituzionalmente tutelato. Lo dice con chiarezza – e *tassativamente* – il 1° comma dell'art. 1 della legge 146 del 1990: “Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali ... quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione”.

Solo nei servizi strumentali alla garanzia dei diritti appena menzionati il conflitto collettivo deve rispettare, secondo quanto stabilisce il comma 2 dello stesso art. 1, determinate regole e procedure per garantire l'effettività del godimento dei diritti medesimi: ma – si badi – “limitatamente all'insieme delle prestazioni individuate come indispensabili ai sensi dell'art. 2”.

Ora, mentre la salvaguardia dei beni culturali (cioè conservazione, vigilanza, manutenzione ecc.) è già prevista dalla legge 146 del 1990 in quanto riconducibile senz'altro al 2° comma dell'art. 9 della Costituzione – sicché si può affermare che esista un diritto dei cittadini costituzionalmente tutelato a vedere custodito e mantenuto il prezioso patrimonio storico-artistico della collettività – non si può dalla stessa norma ricavare, per contrapporlo al diritto di sciopero, un diritto costituzionale a entrare nei musei e addirittura in non meglio precisati “altri istituti e luoghi della cultura” (con il serio rischio che un semplice atto amministrativo appiccichi l’etichetta di “istituto e luogo della cultura” a qualsiasi istituzione o luogo: magari a capricciosa discrezione di un funzionario pubblico). Forse soltanto se si paragona il diritto a entrare in un museo (o in un luogo della cultura) al diritto alla salute – che esige l’assoluta continuità del servizio ospedaliero – si riesce davvero a capire la forzatura governativa di qualificare il primo come costituzionalmente tutelato e, quindi, a ritenere “essenziale” l’apertura di un museo, di un istituto o di un luogo di cultura.

Incomprensibile e poco pertinente poi, ai fini qui rilevanti, è la disposizione inserita dalla legge 182 del 2015 di conversione del decreto, che detta testualmente: “*All’articolo 1 è premesso il seguente “articolo 01. (Livelli essenziali delle prestazioni nella cultura). – 1. In attuazione dell’articolo 9 della Costituzione, la tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale sono attività che rientrano tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, nel rispetto degli statuti delle Regioni ad autonomia speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano e delle relative norme di attuazione”*”.

Basta ricordare che l’art. 117 Cost. riguarda la divisione delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni nelle diverse materie; in particolare, il secondo comma prevede – alla lettera m) – la legislazione esclusiva dello Stato in materia di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. Lode al legislatore se ha voluto dire che, in questa materia, rientrano pure le attività di tutela, fruizione e valorizzazione del patrimonio culturale. Così finalmente vedremo aperti al pubblico e valorizzati straordinari luoghi chiusi da anni: chiese, musei, biblioteche storiche (spesso saccheggiate) e pinacoteche abbandonate, zone di scavi con reperti millenari dove abbondano crolli e sterpaglie e via dicendo. Codesta decisione è dunque più che condivisibile e apprezzabile, vista la bassa percentuale di Pil che il Governo destina ai beni culturali. Ma è evidente che una decisione del ge-

nere mira a evitare l'interferenza delle Regioni in tale settore (perché la legge dello Stato può far meglio da sola) e poco o nulla ha a che vedere coi limiti allo sciopero nel settore medesimo, i quali dovranno pur sempre essere contemplati dalla contrattazione collettiva. O magari, visto che il servizio è meno essenziale di quanto si voglia far pensare, da quel più appropriato insieme di regole che va sotto il nome di "codice di autodisciplina".

La verità è che il legislatore sembra divertirsi a confondere le carte in tavola giocando con le parole: parla di "livelli essenziali delle prestazioni nella cultura" scambiandoli coi "servizi essenziali" la cui continuità va garantita in caso di sciopero. Forse il Parlamento, consapevole della debole base costituzionale del decreto-legge del Governo, ha tentato di rafforzarla facendo rientrare la "tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale" appunto nei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, co. 2, lett. m) della Costituzione. Ma è facile scoprire il gioco: che, per quanto qui interessa, è giuridicamente irrilevante.

5. Con la risposta al terzo quesito si aggiunge, ai suddetti profili di illegittimità, la inutilità del decreto-legge in discussione e ora della stessa legge di conversione. Come tutti sanno e si è prima accennato, il fulcro della legge 146 del 1990 è il "contemperamento" tra il diritto di sciopero e gli altri diritti dei cittadini costituzionalmente tutelati e, ci si ripete, dalla stessa legge tassativamente elencati al comma 1 dell'art. 1.

Il contemperamento, presupponendo concettualmente una valutazione compromissoria tra due situazioni soggettive di pari valore, non può realizzarsi che mediante il negoziato tra i due portatori degli interessi confliggenti. Perciò la *ratio* della legge sta nella valorizzazione dell'autonomia collettiva: nella banale considerazione che un fenomeno di massa come lo sciopero può essere regolato solamente attraverso la consapevole adesione degli stessi destinatari della disciplina alle regole che ne limitano l'azione di protesta, costituzionalizzata come diritto. Dunque il contemperamento non può che essere assicurato dalla equilibrata combinazione tra disposizioni della legge e clausole degli accordi sindacali valutati positivamente dalla Commissione di garanzia. Non per nulla la legge 146 del 1990 costituisce un esempio emblematico di complementarità tra ordinamento statale e ordinamento sindacale nella regolazione dei rapporti di lavoro individuali e collettivi.

Si spiega così la struttura complessa della legge 146 del 1990: che, con

rigorosa coerenza logica, prevede apposite procedure di contrattazione collettiva attraverso cui stabilire i “servizi minimi” e le relative “prestazioni indispensabili” degli addetti ai servizi essenziali, pubblici o privati che siano. Persino quando la Commissione formula una sua regolamentazione provvisoria, in attesa che le parti raggiungano un accordo oppure quando l’accordo sia valutato non idoneo al contemperamento, “deve tenere conto delle previsioni degli atti di autoregolamentazione vigenti in settori analoghi o similari nonché degli accordi sottoscritti nello stesso settore dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale” (art. 13, co. 1, lett. a).

In altri termini, il legislatore privilegia in modo inequivocabile la bilateralità, insita nelle intese sindacali, rispetto all’unilateralità delle disposizioni eteronome. E proprio seguendo rigorosamente questa linea di pensiero va salutato positivamente il Protocollo d’intesa firmato dal Governo e dai maggiori sindacati – e valutato idoneo dalla Commissione di garanzia, che lo ha esteso anche ai sindacati non firmatari – col quale si è stabilito che, durante tutto il 2016, anno del Giubileo, non ci saranno a Roma scioperi nei servizi pubblici essenziali, pena la precettazione e le relative sanzioni per quanti dovessero violare le regole previste. Un provvedimento concertato – dettato da vari e fondati motivi di ordine pubblico, data la eccezionalità dell’evento – che ha seguito esattamente la procedura di legge.

Un esempio in più, questo, che dimostra come il buon funzionamento della legge dipenda dall’esaurirsi della procedura, non breve, che si conclude appunto o con la dichiarazione, da parte della Commissione di garanzia, della idoneità degli accordi sindacali a contemperare il diritto di sciopero con gli altri diritti dei cittadini costituzionalmente tutelati o con la formulazione, sempre da parte della Commissione, di una sua regolamentazione provvisoria, alle condizioni stabilite dalla legge e fermo restando che il sopraggiungere di un accordo idoneo soppianta la medesima regolamentazione, proprio per questo definita “provvisoria”.

Non può certo sfuggire che il bilanciamento costituzionale tra diritto di sciopero e diritti dei cittadini – che ispira l’intera normativa, dal momento che compare *per tabulas* in tutte le sue disposizioni – sia un’operazione assai delicata e complessa, che non si esaurisce in quattro e quattro otto, ma richiede una notevole capacità di penetrare nella logica del conflitto. Nella quale, oltre tutto, campeggiano le procedure di prevenzione e di raffreddamento del conflitto medesimo. Non per nulla il legislatore (sia del 1990 sia

del 2000) si fa carico di questa esigenza prevedendo, al comma 2 dell'art. 2 della legge 146 del 1990, che “nei... contratti e accordi collettivi devono essere in ogni caso previste procedure di raffreddamento e di conciliazione, obbligatorie per entrambe le parti, da esperire prima della proclamazione dello sciopero...” e aggiungendo l'eventuale mediazione dei pubblici poteri (locali o nazionali, a seconda dell'area territoriale interessata al conflitto) qualora le parti non intendano servirsi delle procedure stabilite contrattualmente.

Perciò l'emanazione di un decreto-legge, che eleva a servizio essenziale “l'apertura al pubblico di musei e luoghi della cultura...” lascia il tempo che trova, pur entrando in vigore il giorno stesso della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale: non serve cioè a fissare limiti al diritto di sciopero degli addetti ai musei e ai luoghi della cultura e tanto meno serve a porre fine, quasi magicamente, alla protesta. E in pratica il discorso non cambia gran che dopo la conversione del decreto nella legge 182 del 2015.

Se poi corrisponde a verità che l'assemblea indetta dai lavoratori del Colosseo aveva a oggetto la mancata corresponsione di spettanze economiche cui i lavoratori avevano diritto – e già in precedenza inutilmente sollecitate – appare ancora più evidente il carattere politico del provvedimento del Governo, teso esclusivamente a reprimere la protesta dei lavoratori. Ed è appena il caso di ricordare, a questo proposito, che persino il potere punitivo della Commissione di garanzia, quando essa valuta il comportamento degli scioperanti da (eventualmente) sanzionare, deve tener “conto anche delle cause di insorgenza del conflitto...” (art. 4, co. 4 *quater*).

In definitiva il Governo avrebbe potuto davvero risolvere ogni problema se, anziché emanare un decreto-legge dalla dubbia legittimità e dalla sicura inutilità, avesse tenuto conto della “causa di insorgenza del conflitto” intervenendo su di essa: vale a dire avesse semplicemente imposto, con pari sollecitudine, all'amministrazione competente di corrispondere immediatamente ai lavoratori le loro spettanze. Chissà se adesso – grazie alla legge 182 di conversione del decreto, con cui lo Stato-legislatore ha voluto affermare che la tutela, la fruizione e la valorizzazione del patrimonio culturale sono attività rientranti nei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117 Cost. – lo Stato-datore di lavoro sarà più attento e puntuale a pagare i suoi debiti ai dipendenti, evitando così di indurli a fare assemblee e a scioperare solo per ottenere quanto è loro dovuto!

Edoardo Ales

Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*

Sommario: 1. Premessa. 2. La disciplina del trasferimento d'azienda e il suo "nucleo precettivo". 3. Il contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti: profili problematici. 4. Rappresentanza dei lavoratori e trasferimento d'azienda quale spunto per una riflessione complessiva sulla rappresentanza.

1. *Premessa*

Una recente pronuncia della Corte di giustizia UE¹ fornisce lo spunto per affrontare alcune delle molte questioni aperte in materia di diritti dei lavoratori nel trasferimento d'azienda, tema, questo, spesso trattato, da par suo, da Raffaele De Luca Tamajo². Consente anche, in sede di conclusione, una riflessione di carattere generale sulla condizione giuridica della rappresentanza dei lavoratori in azienda nel nostro ordinamento, con riferimento al diritto dell'Unione.

2. *La disciplina del trasferimento d'azienda nel il suo "nucleo precettivo"*

La direttiva 77/187 sul trasferimento d'azienda (d'ora in avanti anche la Direttiva), è stata oggetto, nel corso degli anni, di notevoli modifiche che ne

* Il saggio è destinato agli Studi in Onore di Raffaele De Luca Tamajo. Desidero ringraziare sentitamente il Dott. Antonio Riccio e la Dott.ssa Alessia Giurini per il prezioso supporto nella ricerca bibliografica. La responsabilità nella selezione dei testi rimane, ovviamente, mia.

¹ C. Giust. 11 settembre 2014, C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*.

² V., da ultimo, DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in PERSIANI, CARINCI E (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, Cedam, 2012, p. 1453 ss.

hanno, tuttavia, lasciato per larga parte immutato³ il “nucleo precettivo”⁴. Come noto, questo riguarda il mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti ed è ora contenuto nel Capo II della direttiva 2001/23, che comprende gli articoli 3, 4, 5 e 6.

Come altrettanto noto, il legislatore italiano, dopo essere stato condannato per non corretta trasposizione della Direttiva⁵, ha provveduto mediante l’art. 47 della l. n. 428 del 1990, che ha novellato l’art. 2112 cod. civ. e introdotto, *ex novo*, ma non senza qualche sbavatura⁶, la procedura di informazione e consultazione a carico del cessionario e del cedente, non trasponendo, invece, l’art. 5 (ora art. 6) della Direttiva – che si occupa della sorte della rappresentanza dei lavoratori trasferiti presso il cessionario –, probabilmente ritenuto, a ragione, auto-esecutivo.

Limitando, per ora, l’analisi al “nucleo precettivo” riguardante il mantenimento dei diritti non sindacali, efficacemente sintetizzato da Raffaele De Luca Tamajo “nella conservazione del posto di lavoro e nel mantenimento della posizione giuridica maturata nel trasferimento”⁷, alla sostanziale assenza di modifiche legislative, ha fatto da contraltare un’importante giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è stata chiamata a risolvere alcune questioni di non poco momento, riferite agli articoli 3, 4 e 8 della Direttiva; disposizioni, queste, solo in apparenza piane.

Ciò può dirsi, senza dubbio, dell’art. 3, norma cardine del “nucleo precettivo”, il quale presenta un approccio alla vicenda del mantenimento dei diritti, al tempo stesso, statico (par. 1) e dinamico (par. 3), quali sono, necessariamente, le diverse prospettive adottate dai due paragrafi: del singolo rapporto di lavoro, fotografato al momento del trasferimento, nel caso dell’uno;

³ Per quanto riguarda il mantenimento dei diritti dei lavoratori, la direttiva 98/50, che ha modificato la direttiva 77/187, è intervenuta con riferimento alle imprese “oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un’autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un’autorità pubblica competente)”: sul tema, che non sarà oggetto di trattazione in questo saggio, v. ALLAMPRESE, *Contratto collettivo ex art. 47 legge n. 428/1990 nel trasferimento d’azienda in crisi*, in *RGL*, 2014, I, p. 837 ss. e VALLAURI, *Lavoratori e trasferimento di ramo nell’impresa in crisi*, in AIMO, IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, p. 342 ss.

⁴ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *op. cit.*, p. 1454.

⁵ C. Giust. 10 luglio 1986, C-235/84, *Commissione contro Repubblica Italiana*.

⁶ PASSALACQUA, *Trasferimento d’azienda e ruolo del sindacato*, in *DL*, 2000, I, p. 531 ss.

⁷ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *op. cit.*, p. 1455.

della sua eventuale regolamentazione collettiva, successiva al trasferimento, nel caso dell'altro.

Le incertezze interpretative relative ad entrambi i paragrafi, hanno sollecitato i giudici nazionali a formulare un numero cospicuo di questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, la quale ha avuto, così, occasione di definire il nucleo essenziale del diritto dell'Unione in materia, con riferimento sia all'aspetto statico che dinamico.

Procedendo in ordine logico, la Corte si è anzitutto preoccupata di ribadire gli scopi della direttiva ovvero “garantire, *nei limiti del possibile*⁸, la continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario, in particolare obbligando questo ad osservare le condizioni di lavoro stipulate da un contratto collettivo (art. 3, n. 2) e tutelando i lavoratori contro licenziamenti motivati solo col trasferimento (art. 4, n. 1)”⁹.

Specificherà, di lì a poco, la Corte, con riferimento alla nozione di lavoratore, che “la direttiva 77/187 mira solo all'armonizzazione parziale della materia, estendendo essenzialmente la tutela garantita ai lavoratori in modo autonomo dal diritto dei vari Stati membri anche all'ipotesi del trasferimento dell'impresa. Il suo scopo è quindi quello di garantire, *nei limiti del possibile*, la continuazione del contratto o un rapporto di lavoro senza modifiche, con il cessionario, onde impedire che i lavoratori coinvolti nel trasferimento dell'impresa vengano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento. Essa non mira tuttavia ad instaurare un livello di tutela uniforme nell'intera Comunità secondo criteri comuni”¹⁰.

Già queste affermazioni evidenziano due aspetti interessanti: il “possibile” quale limite alla “continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario” e “l'armonizzazione parziale della materia”, come obiettivo della direttiva.

Il limite del possibile, pare debba riferirsi sia alla continuazione del rapporto *tout court* che alla continuazione dello stesso senza modifiche, dato il riferimento esplicito che la Corte opera all'art. 4 par. 1 (licenziamento a causa del trasferimento) e all'art. 3, par. 2, (contratto collettivo, quale fonte di determinazione e regolazione delle condizioni di lavoro). Entrambi i riferimenti verranno articolati e, almeno in parte, chiariti dalla giurisprudenza successiva sulla quale, pure, ci soffermeremo.

⁸ Corsivi sempre aggiunti.

⁹ C. Giust. 7 febbraio 1985, C-19/83, *Wendelboe*, punto 15.

¹⁰ C. Giust. 11 luglio 1985, C-105/84, *Danmols Inventar*, punto 26.

La puntualizzazione circa l'armonizzazione parziale, poi, non è pleonastica, essendo stata la Direttiva adottata sulla base giuridica dell'allora art. 100 Tratt. Ce ovvero nella prospettiva del riavvicinamento delle legislazioni e non della realizzazione di prescrizioni minime (che caratterizzerà, invece, l'art. 118a Tratt. Ce, introdotto dall'Atto Unico Europeo nel 1986).

Armonizzazione parziale significa, anzitutto, lasciare agli Stati membri un margine di manovra nella prospettiva del non-regresso, così come enunciata dall'art. 8 della direttiva¹¹ sulla scorta di quanto previsto dall'art. 117 Tratt. Ce, ben prima che quella prospettiva venisse fatta propria, *per tabulas*, dal già citato art. 118a Tratt. Ce¹².

Ma significa anche evitare, il più possibile, di comunitarizzare istituti giuridici 'di contorno' rispetto al "nucleo precettivo" della direttiva, del quale vengono, così, definiti i confini. Anche per i confini, vale l'avvertenza di cui sopra circa la necessità di articolazione e chiarimento del concetto.

Di aiuto, da quest'ultimo punto di vista, la sentenza *Tellerup*¹³ (meglio nota come *Daddy's Dance Hall*), nella quale la Corte afferma che la tutela garantita dalla Direttiva, consistente nella salvaguardia dei diritti conferiti dal contratto o dal rapporto di lavoro ai lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, "ha carattere inderogabile ed è pertanto sottratta alla disponibilità delle parti del contratto di lavoro (...)". "Le norme della direttiva, ed in particolare quelle relative alla protezione dei lavoratori contro il licenziamento a causa del trasferimento, vanno ritenute imperative, nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori"¹⁴.

Tuttavia, combinando questa affermazione con il principio di armonizzazione parziale, la Corte deriva che "ove il diritto nazionale consenta, al di fuori dell'ipotesi di un trasferimento di impresa, di modificare il rapporto di lavoro in senso sfavorevole per i lavoratori, in particolare per quanto riguarda la loro tutela contro il licenziamento, una modifica di questo tipo non è esclusa per via del semplice fatto che nel frattempo l'impresa sia stata trasferita

¹¹ "La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori".

¹² Ciò a conferma dell'esistenza, già nell'art. 117 Tratt. Ce, di un principio di non regresso: ALES, 'Non regresso' senza dumping sociale ovvero del 'progresso' nella modernizzazione (del modello sociale europeo), in questa rivista, 2007, p. I.

¹³ C. Giust. 10 febbraio 1988, C-324/86, *Tellerup (Daddy's Dance Hall)*, punti 12-18.

¹⁴ Sul rapporto tra inderogabilità e *favor*, v. NOVELLA, VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, p. 177 ss.

e di conseguenza l'accordo sia stato concluso con il nuovo imprenditore". Secondo la Corte, infatti, "dato che il cessionario è surrogato al cedente a norma dell'art. 3, n. 1 della direttiva, nei diritti e negli obblighi risultanti dal rapporto di lavoro, questo può essere modificato nei confronti del cessionario negli stessi limiti in cui la modifica sarebbe stata possibile nei confronti del cedente; [anche se] ben inteso, in nessun caso il trasferimento dell'impresa può costituire di per sé il motivo di tale modifica" (punto 17).

Si tratta di un primo esempio dell'equilibrismo al quale la Corte è costretta pur di tenere insieme la prospettiva statica di tutela della condizioni di lavoro, così come fotografate al momento del trasferimento e l'eventuale, ma forse anche inevitabile, loro sviluppo dinamico nello svolgimento del rapporto successivo al trasferimento stesso presso il cessionario. Seppur non esplicitato, sembra già profilarsi, nei primi interventi della Corte, quel principio di bilanciamento tra tutela, statica, delle condizioni di lavoro e libertà, dinamica, del cessionario di rimodellare la regolamentazione dell'attività lavorativa all'esito del trasferimento; principio che emergerà con prepotenza nella giurisprudenza del nuovo secolo¹⁵.

Gli equilibrismi, infatti, proseguono, per esempio con riferimento al diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento, diritto che, alla luce dell'affermazione circa l'imperatività delle disposizioni della Direttiva, sembra essere messo in questione. Nella sentenza *Katzikas*, la Corte chiarisce il dubbio, attraverso l'affermazione, abbastanza ovvia, che l'obbligo di accettare il trasferimento "comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore di lavoro che non ha liberamente scelto"¹⁶.

Ne deriva, tuttavia, che, "qualora il lavoratore decida liberamente [?!] di non proseguire il contratto o il rapporto di lavoro col cessionario, la direttiva non obbliga gli Stati membri a stabilire che il contratto o il rapporto di lavoro continua col cedente. In tal caso spetta agli Stati membri stabilire la disciplina riservata al contratto o al rapporto di lavoro" (punto 35).

Se, dunque, gli Stati membri non prevedono la continuazione del rapporto alle dipendenze del cedente, in caso di rifiuto del lavoratore di continuare a prestare la propria attività lavorativa in favore del cessionario, il

¹⁵ V. *infra* par. 2.

¹⁶ C. Giust. 16 dicembre 1992, C-132/91, C-138/91 e C-139/91, *Katzikas, Skreb e Schroll*, punto 32.

cedente sarà libero di licenziare il lavoratore dissenziente, incorrendo nelle conseguenze che il singolo ordinamento nazionale prevede per il motivo illecito, la determinazione delle quali esula, tuttavia, dal diritto dell'Unione. Questo, infatti, si limita ad affermare che “[i]l trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario” (art. 4, par. 1).

Peraltro, il rifiuto ‘secco’ del lavoratore di seguire le sorti dell'impresa, costituisce solo uno dei punti critici che derivano dalla dinamizzazione della prospettiva statica del mantenimento dei diritti nel trasferimento.

In *Delahaye*¹⁷, infatti, la Corte ha ritenuto che la Direttiva “dev'essere interpretata nel senso che essa non osta, in via di principio, a che, in caso di trasferimento d'impresa da una persona giuridica di diritto privato allo Stato, questo, in quanto nuovo datore di lavoro, proceda ad una riduzione dell'importo della retribuzione dei lavoratori interessati allo scopo di conformarsi alle vigenti norme nazionali relative ai pubblici dipendenti. Tuttavia, le autorità competenti incaricate di applicare e di interpretare dette norme sono tenute a farlo in tutta la misura possibile alla luce dello scopo di detta direttiva, tenendo conto segnatamente dell'anzianità del lavoratore se le norme nazionali che disciplinano la situazione dei dipendenti dello Stato prendono in considerazione l'anzianità del dipendente statale per il calcolo della sua retribuzione”.

Nell'ipotesi nella quale questo calcolo si risolva, però, “in una riduzione sostanziale della retribuzione dell'interessato, tale riduzione costituisce una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito dei lavoratori interessati dal trasferimento, di modo che la rescissione del loro contratto di lavoro per questo motivo dev'essere considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro, conformemente all'art. 4, n. 2, della direttiva (...)”.

Dunque, per il diritto dell'Unione, l'unica conseguenza dell'imposizione di condizioni di lavoro peggiori di quelle godute prima del trasferimento, che determini il lavoratore alla risoluzione del rapporto di lavoro, sembrerebbe consistere nell'imputazione di quest'ultima alla responsabilità del datore di lavoro.

Peraltro, la Corte preciserà, poi, che l'art. 4, par. 2, della Direttiva dev'essere interpretato nel senso che, nell'ipotesi di una risoluzione del contratto

¹⁷ C. Giust. 11 novembre 2004, C-425/02, *Delahaye*, punto 35.

di lavoro o del rapporto di lavoro dettata dalla ricorrenza delle condizioni di applicazione di detta disposizione e indipendente da qualsivoglia inadempimento del cessionario agli obblighi derivanti dalla direttiva medesima, *gli Stati membri non sono tenuti a garantire al lavoratore un diritto ad un indennizzo economico a carico del detto cessionario in condizioni identiche al diritto di cui un lavoratore può avvalersi allorché il datore di lavoro pone illegittimamente fine al suo contratto di lavoro o al suo rapporto di lavoro.*

“L’organo giurisdizionale nazionale è ciononostante tenuto, nell’ambito delle sue competenze, a garantire che, quanto meno, il cessionario sopporti, in siffatta ipotesi, le conseguenze che il diritto nazionale applicabile fa discendere dalla risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro imputabile al datore di lavoro, quali il versamento della retribuzione e le altre prestazioni relative, in forza di tale diritto, al periodo di preavviso che detto datore di lavoro deve osservare”¹⁸.

Concludendo sul punto: se, dunque, da un lato, la Direttiva afferma con forza il diritto al mantenimento delle condizioni di lavoro godute al momento del trasferimento, dall’altro, non garantisce adeguatamente l’applicazione di questo principio nella fase dinamica traslativa, affidando al legislatore nazionale la scelta, solo eventuale, di uno strumento di tutela maggiormente pregnante rispetto alle dimissioni per giusta causa del lavoratore, le quali, evidentemente, non possono essere considerate istituto idoneo a garantire la realizzazione degli obiettivi della Direttiva stessa¹⁹.

Tuttavia, la mancata adozione di un approccio creativo, quale quello che ha caratterizzato²⁰ e tuttora caratterizza²¹, la giurisprudenza della Corte con riferimento alla nozione di trasferimento e, quindi, all’ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della Direttiva, non deve essere scambiata per l’assenza di una strategia in materia di mantenimento delle condizioni di lavoro. Piuttosto, si tratta di una strategia, meno eclatante, talvolta ‘slalomistica’, fatta

¹⁸ C. Giust. 27 novembre 2008, C-396/07, *Juuri*, punto 35.

¹⁹ BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d’azienda*, in *LD*, 2003, p. 201 ss.

²⁰ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *op. cit.*, p. 1459 ss. e anche NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d’azienda: la fattispecie*, in *AIMO, IZZI* (a cura di), *op. cit.*, p. 237 ss.

²¹ V., ad esempio, l’interessante C. Giust. 20 gennaio 2011, C- 463/09, *CLECE*, secondo la quale la “direttiva non si applica ad una situazione in cui un comune, che affidava la pulizia dei propri locali a un’impresa privata, decida di porre termine al contratto che lo vincolava a quest’ultima e di espletare esso stesso l’attività di pulizia di detti locali, assumendo a tal fine nuovo personale” (punto 43).

di interventi puntuali che, agendo sulla definizione di mantenimento, pongono limiti, più o meno netti, a sviluppi, ad avviso della Corte, inaccettabili, di un testo legislativo, come detto, ambivalente.

Ad esempio, in *Collino e Chiappero*, la Corte già aveva individuato limiti pregnanti alla discrezionalità del cessionario, affermando che “per il calcolo dei diritti di natura pecuniaria collegati presso il cessionario all’anzianità dei lavoratori, quali un trattamento di fine rapporto o aumenti di stipendio, il cessionario è tenuto a prendere in considerazione tutti gli anni effettuati dal personale trasferito tanto alle sue dipendenze quanto a quelle del cedente, nella misura in cui tale obbligo risultava dal rapporto di lavoro che vincolava tale personale al cedente e conformemente alle modalità pattuite nell’ambito di detto rapporto”²².

Salvo, poi, consentire al cessionario di modificare i termini del rapporto di lavoro “ove il diritto nazionale consenta siffatta modifica al di fuori dell’ipotesi di un trasferimento d’impresa”, confermando così l’approccio della “armonizzazione parziale” che esclude gli elementi di ‘contorno’; con l’effetto di creare una sorta di zona decomunitarizzata, la quale, in presenza di normative nazionali non in linea con l’obiettivo protettivo della Direttiva, rischia di erodere, dall’esterno, il nucleo essenziale della stessa e di pregiudicare la capacità di quest’ultima di raggiungere i propri obiettivi e di veder ridotta, surrettiziamente ma con l’avallo della Corte di giustizia, la propria capacità protettiva oltre il nucleo essenziale.

Il medesimo effetto si produce nella sentenza *Martin*²³, nella quale la Corte, dopo aver confermato che la tutela garantita dalla direttiva è di ordine pubblico, che “le norme della direttiva vanno ritenute imperative, nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori” (punto 39), da ciò discendendo “che i lavoratori interessati non hanno la facoltà di rinunciare ai diritti loro attribuiti dalla direttiva e che, pur con il loro consenso, non è ammessa una restrizione dei loro diritti” (punto 40), sempre in nome del principio di armonizzazione parziale (punto 41), limita l’invocabilità dei vantaggi della Direttiva al solo fine di “garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, nello stesso modo in cui era protetto nei rapporti con il cedente, secondo le norme del diritto interno dello Stato membro interessato” (punto 41).

²² C. Giust. 14 settembre 2000, C-343/98, *Collino e Chiappero*, punto 53.

²³ C. Giust. 6 novembre 2003, C-4/01, *Martin*.

Di modo che, “ove il diritto nazionale consenta, al di fuori dell’ipotesi di un trasferimento d’impresa, di modificare il rapporto di lavoro in senso sfavorevole ai lavoratori, una modifica di questo tipo non è esclusa per il semplice fatto che nel frattempo l’impresa è stata trasferita e, di conseguenza, l’accordo è stato concluso con il nuovo imprenditore” (punto 42).

Infatti, surrogandosi il cessionario al cedente nei diritti e negli obblighi risultanti dal rapporto di lavoro, quest’ultimo può essere modificato nei confronti del cessionario negli stessi limiti in cui la modifica sarebbe stata possibile nei confronti del cedente, fermo restando che, in nessun caso, il trasferimento dell’impresa può costituire di per sé il motivo di tale modifica (punto 42).

In *Martin*, la modifica peggiorativa (dell’età di prepensionamento) deriva proprio dal trasferimento ovvero dalla necessità del cessionario di perequare i trattamenti tra lavoratori in ingresso e lavoratori già assunti. Essa dovrebbe, quindi, risultare vietata. Tuttavia, se alcuni lavoratori in ingresso accettano un pensionamento anticipato a condizioni diverse da quelle previste dalle disposizioni di un contratto collettivo che davano origine al trattamento più favorevole, ma questo contratto al momento dell’accettazione, ai sensi del diritto nazionale, non è più produttivo di effetti giuridici nei loro confronti, quei dipendenti perdono il diritto di avvalersi di quelle disposizioni (punto 47).

Quest’ultimo riferimento consente di aprire il discorso, cruciale, sul contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione dei diritti dei lavoratori a trasferimento d’azienda avvenuto.

3. *Il contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti: profili problematici*

L’entrata in gioco del contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti, evidenzia e fa esplodere la contraddizione, insita nella formulazione dell’art. 3, tra tutela statica dei diritti (“i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario”) e sorte dei diritti di fonte collettiva, all’esito del trasferimento (“dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto col-

lettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo"). Ciò, soprattutto, alla luce del rifiuto della teoria dell'incorporazione delle condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo nel singolo contratto individuale.

Anzi, proprio alla luce di detto rifiuto, il contratto e la contrattazione collettiva dalla quale esso è scaturito e potrà nuovamente scaturire, sono gli unici strumenti che, con la loro eventuale, perdurante efficacia oltre il trasferimento, consentono di mantenere in vita, dunque in una prospettiva dinamica, le condizioni esistenti al momento del trasferimento stesso. Tuttavia, come evidenziato dalla Corte già in *Martin*, e come vedremo più precisamente di qui a poco, il rifiuto della teoria dell'incorporazione non determina, nella giurisprudenza comunitaria, l'adozione di quella del rinvio dinamico *tout court*, la quale troverebbe il limite nella condizione, internamente contraddittoria, che *l'efficacia del contratto collettivo applicato al momento del trasferimento perduri nei confronti di entrambe le parti del rapporto, nonostante questo sia stato oggetto di novazione (surrogazione, nelle parole della Corte) soggettiva*. Anticipando una delle conclusioni alle quali si giungerà, si potrebbe parlare di 'rinvio dinamico statico' al contratto collettivo e non alla contrattazione collettiva²⁴.

Questa e altre conclusioni, vanno però argomentate: lo si farà utilizzando, ancora una volta, la giurisprudenza della Corte, anche al fine di evidenziare i problemi concreti che la contraddizione insita nell'art. 3 ha generato.

In questa prospettiva si può affermare che tre siano le questioni aperte: (i) quella dei limiti al rinvio dinamico; (ii) quella della sostituzione automatica delle condizioni di lavoro in presenza di un contratto collettivo applicato dal cessionario, diverso da quello del cedente; (iii) quella dell'ultrattività del contratto collettivo disdetto.

(i) La questione del rinvio dinamico è assurda agli onori della cronaca con la recente sentenza *Alemo-Herron*²⁵, ma, come visto, aleggiava già dalla sentenza *Martin* e, soprattutto, era stata affrontata, *funditus*, dalla Corte, nella sentenza *Werhof*²⁶. Tuttavia, essendo quest'ultima relativa a un caso tedesco,

²⁴ O, per usare le parole di LIEBMAN, *Cessione d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, vol. II, IPZS, 1997, p. 429, di "mero 'rinvio materiale' ad un particolare assetto negoziale".

²⁵ C. Giust. 18 luglio 2013, C-426/11, *Alemo-Herron*.

²⁶ C. Giust. 9 marzo 2006, C-499/04, *Werhof*.

pur avendo essa prodotto un seguito giurisprudenziale non indifferente in quell'ordinamento²⁷, non ha suscitato il clamore e l'interesse di *Alemo-Herron*, amplificato dal vantaggio competitivo costituito dall'essere questo un caso inglese e di beneficiare, dunque, di commenti nella lingua e nella letteratura imperante a livello internazionale²⁸, molto più facilmente attingibili e fruibili.

Già in *Werhof*²⁹, comunque, la Corte afferma i seguenti principi cardine della propria 'dottrina' sugli effetti del contratto e della contrattazione collettiva nel trasferimento d'azienda:

a) le condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo applicato al momento del trasferimento sono salvaguardate solo fino alla data della sua risoluzione o della sua scadenza, ovvero fino all'entrata in vigore o all'applicazione di un altro contratto collettivo;

b) dal tenore letterale della Direttiva non risulta affatto che il legislatore comunitario abbia inteso vincolare il cessionario a contratti collettivi diversi da quello in vigore al momento del trasferimento e, di conseguenza, imporre di modificare ulteriormente le condizioni di lavoro con l'applicazione di un nuovo contratto collettivo stipulato dopo il trasferimento, limitandosi la finalità della Direttiva a salvaguardare i diritti e gli obblighi dei lavoratori vigenti al momento del trasferimento;

c) la Direttiva non ha, dunque, inteso proteggere quelle che la Corte chiama "mere aspettative" e quindi "ipotetici benefici derivanti dalle evoluzioni future dei contratti collettivi" o, per meglio dire, della contrattazione collettiva alla quale si riferisce il contratto collettivo applicato al momento del trasferimento³⁰;

²⁷ BAG 23 settembre 2009, 4 AZR 331/08; BAG 24 febbraio 2010, 4 AZR 691/08; BAG 19 ottobre 2011, 4 AZR 811/09.

²⁸ PRASSL, *Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law*, in *ILJ*, 2013, p. 434 ss., ZAHN, *The Court of Justice of the European Union and Transfers of Undertakings. Implications for Collective Labour Rights*, in *ELLJ*, 2015, p. 72 ss. Questo non vuol dire, ovviamente che il caso britannico non presenti profili di grande interesse, da collocare sempre, tuttavia, nella prospettiva dell'eccezionalismo di quel sistema di relazioni di lavoro. Sulla vicenda più recente, solo in parte seguito di *Alemo-Herron*, v. McMULLEN, *TUPE: Ringing the (Wrong) Changes. The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014*, in *ILJ*, 2014, p. 149 ss.

²⁹ Punti 29-35.

³⁰ Sul punto, per tutti, GRANDI, *Diritti e aspettative nel trasferimento d'azienda*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, cit., p. 349 ss., in part. p. 356 ss.

d) d'altro canto, gli Stati membri possono limitare il periodo di salvaguardia delle condizioni di lavoro derivanti dal contratto collettivo, a condizione che tale periodo non sia inferiore a un anno, limitazione, questa, che, agli occhi della Corte, risulta sussidiaria, in quanto applicabile nel caso in cui non si verifichi, entro il termine di un anno a partire dal trasferimento, nessuna delle situazioni sopra menzionate;

e) *“inoltre, se, conformemente alla finalità della direttiva, occorre tutelare i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento, non possono essere ignorati quelli del cessionario, che dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività”*;

f) infatti, se si procedesse ad un'interpretazione 'dinamica' della clausola contrattuale di rinvio, ciò comporterebbe che i contratti collettivi futuri sarebbero applicabili al cessionario che non è parte del contratto collettivo, rimettendo così in discussione il suo diritto fondamentale di non associarsi;

g) al contrario, sempre secondo la Corte, l'interpretazione 'statica' della clausola di rinvio ovvero di rinvio al contratto collettivo vigente, consente di evitare che il cessionario dell'azienda sia vincolato alle future evoluzioni della contrattazione collettiva della quale non è parte e, sulla quale, in molti casi, non è in grado di incidere;

h) in questo modo la Corte, a nostro avviso correttamente, fa salva la libertà negativa di associazione del cessionario, la quale, nel caso di rinvio 'dinamico' alla contrattazione collettiva, risulterebbe irrimediabilmente pregiudicata, imponendo, peraltro, al cessionario di instaurare un contenzioso con il lavoratore ceduto in caso di modifica delle condizioni di lavoro, nelle quali sembra doveroso includere la clausola di rinvio; modifica che, peraltro, risulterebbe preclusa dall'art. 3, par. 1.

Si tratta, dunque, di una interpretazione resa necessaria dal fine di garantire la coerenza interna delle disposizioni contenute nell'art. 3, destinate, altrimenti, a confliggere irrimediabilmente.

In questo quadro va inserita l'affermazione della Corte, che tanto scandalo ha suscitato in dottrina³¹, secondo la quale *“se, conformemente alla finalità della direttiva, occorre tutelare i diritti dei lavoratori interessati dal trasferimento, non possono essere ignorati quelli del cessionario, che dev'essere in grado di procedere agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla*

³¹ PRASSL, *op. cit.*, e anche COUNTOURIS, NJOYA, 2011/23/EC *Transfer of Undertaking*, in SCHLACHTER (ed.), *EU Labour Law. A Commentary*, Kluwer Law International, 2015, p. 421 ss.

continuazione della sua attività". Non si tratta, come pure affermato³², dell'illegittima introduzione di una ulteriore finalità della Direttiva, non prevista dal legislatore comunitario; si tratta, piuttosto, di un tentativo di farla funzionare.

Peraltro, con questa affermazione la Corte ha soltanto esplicitato un concetto, come visto già presente nella sua giurisprudenza più risalente³³, ovvero del "possibile" quale limite alla "continuazione del rapporto di lavoro, senza modifiche, con il cessionario".

Alemo-Herron aggiunge poco alla 'dottrina' *Werhof*, limitandosi a sistematizzarla quanto a riferimenti di contesto. Di qui le affermazioni secondo le quali:

"(...) l'articolo 3 della direttiva 2001/23, in combinato disposto con l'articolo 8 della medesima direttiva, non può essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri ad adottare le misure che, pur essendo più favorevoli ai lavoratori, possono pregiudicare la sostanza stessa del diritto del cessionario alla libertà d'impresa³⁴" (punto 36), e

"(...) l'articolo 3 della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro preveda, nel caso di un trasferimento d'impresa, che le clausole di rinvio dinamico ai contratti collettivi negoziati e adottati dopo la data del trasferimento siano opponibili al cessionario, qualora quest'ultimo non abbia la possibilità di partecipare al processo di negoziazione di siffatti contratti collettivi conclusi dopo il trasferimento" (punto 37).

Con quest'ultima affermazione, mi pare, anzi, di poter dire, che la Corte abbia operato una notevole concessione nei confronti dell'autonomia collettiva, consentendo al legislatore nazionale di prevedere il rinvio dinamico alla contrattazione collettiva qualora il cessionario sia anche solo potenzialmente in grado di incidere sui suoi contenuti.

Né il richiamo all'art. 8 della Direttiva nel caso di specie, mi pare possa

³² PRASSL, *op. cit.*

³³ *Wendelboe*, punto 15 e *Danmols Inventar*, punto 26.

³⁴ Nella prospettazione proposta nel testo, anche il riferimento alla libertà di impresa per giustificare il bilanciamento tra diritti dei lavoratori e esigenze del cessionario, mi pare non debba essere assolutizzato ma inquadrato nell'uso strumentale che la Corte fa delle disposizioni della Carta di Nizza, piegate alle esigenze del caso concreto. Sul punto, v. le equilibrate considerazioni di PALLINI, *Le clausole di rinvio al contratto collettivo tra libertà d'impresa e libertà sindacale negativa*, in *RGL*, 2014, II, p. 23 ss.

giustificare una preoccupazione generalizzata circa la configurazione dei contenuti della stessa come massimi e non minimi di tutela³⁵, dato che la Corte ha, anche di recente, continuato ad ammettere la compatibilità con il diritto dell'Unione di normative nazionali di maggior favore rispetto alla Direttiva³⁶.

Dunque, per concludere sul punto, *Werhof* e *Alemo-Herron* confermano l'impressione già tratta da *Martin* di un 'rinvio dinamico statico' al contratto collettivo quale unico strumento in grado di dotare di senso l'art. 3, non volendo né potendo (data la specificazione del par. 2) accedere alla teoria dell'incorporazione. Il rinvio è *dinamico* in quanto riferito al contratto collettivo e alla sua capacità di tener conto, meglio di quanto possa fare qualsiasi contratto individuale, delle vicende che caratterizzano lo svolgimento del singolo rapporto; *statico*, in quanto non apre all'applicazione della contrattazione collettiva successiva al trasferimento, a meno che il cessionario non vi possa partecipare.

ii) Alcune delle problematiche connesse al 'rinvio dinamico statico' echeggiano anche nella seconda questione, quella relativa alla sostituzione automatica del contratto collettivo del cedente con quello applicato dal cessionario. Già all'indomani del primo recepimento tardivo della Direttiva nell'ordinamento italiano, operato dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990, la dottrina³⁷ aveva evidenziato un'ulteriore contraddizione interna all'art. 3,

³⁵ PRASSL, *op. cit.*, e anche COUNTOURIS, NJOYA, *op. cit.* Interessanti riflessioni sull'art. 8 della Direttiva in SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 46/2006, p. 6 ss.

³⁶ C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori*, nella quale, tuttavia, la Corte, stravolgendo il senso della domanda posta dal giudice di rinvio, relativa al diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento, sancisce la legittimità di una normativa nazionale la quale consenta (a) la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento e (b) la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui, dopo il trasferimento della parte di impresa considerata, tale cedente eserciti un intenso potere di supremazia nei confronti del cessionario. Il tutto con l'effetto, gradito alla difesa di parte datoriale, di far coincidere l'applicabilità della normativa sul trasferimento d'azienda con la non opponibilità di un rifiuto al trasferimento ad altra impresa del gruppo. Sul punto COZZAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *RIDL*, 2014, II, p. 684, non condivisibilmente molto indulgente con la Corte; e PALLINI, *La rilevanza del consenso del lavoratore nelle operazioni di esternalizzazione*, in *RGL*, 2014, II, p. 427, condivisibilmente più cauto.

³⁷ Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda. Art. 2112 cod. civ.*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 1993, p. 199 ss.

consistente nel fatto che l'obiettivo del par. 1 rischiava di non essere realizzato proprio in forza di quanto disposto dal par. 2. Quella dottrina ha proposto l'utilizzo del contratto d'ingresso quale soluzione alla contraddizione. La proposta, alla luce del diritto dell'Unione, non mi pare risolutiva del problema posto dalle modifiche *in peius* eventualmente previste (anche) dal contratto di ingresso, rispetto all'istanza di mantenimento delle condizioni di lavoro godute al momento del trasferimento.

Invero, in questo caso mi pare ci si trovi davvero di fronte ad una aporia, aggravata, se si vuole, dalla rifiuto della teoria del rinvio dinamico alla contrattazione collettiva e dall'adozione della teoria del 'rinvio dinamico statico' al contratto collettivo. E, proprio in quanto aporia, essa è risolvibile soltanto attraverso la prevalenza di una esigenza sull'altra: o il mantenimento (anche attraverso il singolo contratto collettivo) o il mutamento (non necessariamente nella logica del mantenimento) per il tramite dell'autonomia collettiva.

Aporia alla quale la Corte non ha, chiaramente, potuto opporre un approccio sistematico, risultando costretta a limitarsi a valutare i casi concreti che via via le sono stati sottoposti, definendo limiti invalicabili alla modificazione *in peius* derivanti dalla sostituzione automatica di contratti collettivi, evidentemente data per scontata alla luce dell'art. 3, par. 2, della Direttiva.

In questa prospettiva l'esempio più eclatante, anche perché riguardante direttamente l'ordinamento italiano, è senz'altro costituito dalla sentenza *Scattolon*³⁸, nella quale la Corte ha affermato che “[i]l ricorso alla facoltà consistente nel sostituire, con effetto immediato, le condizioni di cui godevano i lavoratori trasferiti in base al contratto collettivo vigente presso il cedente con quelle previste dal contratto collettivo vigente presso il cessionario non può (...) avere lo scopo, o l'effetto, di imporre a detti lavoratori condizioni globalmente meno favorevoli di quelle applicabili prima del trasferimento. Se così non fosse, la realizzazione dello scopo perseguito dalla direttiva 77/187 potrebbe essere agevolmente rimessa in discussione in qualsiasi settore disciplinato in forza di contratti collettivi, il che pregiudicherebbe l'efficacia pratica di detta direttiva” (punto 76).

La Corte, dunque, sembra propendere per una soluzione dell'aporia nella quale prevalga il principio del mantenimento su quello del mutamento (anche attraverso l'autonomia collettiva), con affidamento al giudice nazio-

³⁸ C. Giust. 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon*.

nale del compito di valutare la portata globalmente peggiorativa del nuovo trattamento collettivo. Con ciò negando l'assolutezza del principio di sostituzione automatica e confermando la portata non decisiva della soluzione, invero soprattutto procedurale, del contratto d'ingresso.

(iii) La soluzione proposta dalla Corte all'ultima questione problematica aperta, quella dell'ultrattività del contratto collettivo disdettato, risente fortemente delle posizioni assunte dalla stessa rispetto alle due questioni sinora analizzate.

Anzi, mi pare di poter dire che nella sentenza *Österreichischer Gewerkschaftsbund* la Corte chiuda il cerchio affermando, non senza una punta di fastidio, che l'art. 3 par. 3 della Direttiva “non è inteso a mantenere l'applicazione di un contratto collettivo in quanto tale ma delle «condizioni di lavoro» convenute dal contratto medesimo”³⁹. Confermando, così, al di là di ogni dubbio, la tesi del ‘rinvio dinamico statico’ e la prevalenza del mantenimento dei diritti del singolo lavoratore sulle ragioni dell'autonomia collettiva e sulle molteplici problematiche ad essa collegate (vedi ultrattività del contratto collettivo in caso di disdetta per quel che concerne la sentenza in discorso), ma aprendo anche nuovi scenari comunitari per il giudice nazionale nella prospettiva del mantenimento delle condizioni di lavoro in caso di modifica unilaterale, in assenza di contratto collettivo applicato dal cessionario, alla quale il lavoratore trasferito potrebbe ora più facilmente opporsi in giudizio anche senza dover giungere alle dimissioni.

4. *Rappresentanza dei lavoratori e trasferimento d'azienda quale spunto per una riflessione complessiva sulla rappresentanza*

L'art. 6, par. 1, della Direttiva disciplina, in maniera puntuale e articolata, la sorte della rappresentanza dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. Al di là della sua finalità specifica, esso è stato di recente utilizzato dalla Corte di giustizia per ribadire il principio cardine secondo il quale la Direttiva “è destinata ad applicarsi a qualsiasi trasferimento che soddisfi le condizioni enunciate all'articolo 1, par. 1, della direttiva medesima, indipendentemente dal fatto che l'entità economica trasferita conservi o meno la propria autonomia nella struttura del cessionario”⁴⁰. L'art. 6, infatti, disciplina e salva-

³⁹ *Österreichischer Gewerkschaftsbund* (C-328/13) punto 23.

⁴⁰ C. Giust. 12 febbraio 2009, C-466/07, *Klarenberg*, punto 50.

guarda la rappresentanza dei lavoratori anche nei casi in cui l'entità economica trasferita non mantenga la propria autonomia⁴¹.

Il riferimento alle condizioni di cui all'art. 1 par. 1, richiama anche un altro principio, da tempo affermato dalla Corte⁴², e, di recente, affinato nella sentenza *Albron*⁴³, secondo il quale, "il trasferimento di un'impresa, ai sensi della direttiva 2001/23, presuppone segnatamente il cambiamento della persona fisica o giuridica che è responsabile dell'attività economica dell'entità trasferita e che, a tale titolo, instaura, in qualità di datore di lavoro dei lavoratori di detta entità, rapporti di lavoro con i medesimi (...)".

Il combinato disposto dei due principi, rende ininfluyente, ai fini dell'applicazione della Direttiva, sia la tipologia del negozio traslativo⁴⁴ sia il mantenimento dell'autonomia dell'entità economica traslata, con la conseguenza che affermazioni del tipo 'questo non è un trasferimento d'azienda' dovrebbero valere quanto il magrittiano "*ceci n'est pas une pipe*" ovvero soltanto per i loro autori, che di quella realtà alternativa sono convinti⁴⁵. Infatti, laddove vi sia un mutamento del datore di lavoro effettivo, quale che sia il titolo del mutamento, la vicenda sarà comunque qualificata dalla Corte come suscettibile di applicazione della Direttiva.

Come noto, invece, nel caso FIAT, pur non avendo sottoscritto l'accordo 'magrittiano', FIOM non ha ritenuto di dover far valere la normativa nazionale e comunitaria sul trasferimento d'azienda, optando per un procedimento *ex art. 28 St. lav.* e per una richiesta di rinvio alla Corte costituzionale al fine di valutare la perdurante legittimità dell'art. 19 St. lav. Richiesta che, fatta propria dai giudici di merito, ha prodotto la ben nota sentenza 'politica' n. 231 del 2013⁴⁶.

⁴¹ "Qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia, gli Stati membri adotteranno i provvedimenti necessari per garantire che i lavoratori trasferiti, che erano rappresentati prima del trasferimento, continuino ad essere adeguatamente rappresentati per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza dei lavoratori, conformemente alla legislazione o alla prassi nazionale."

⁴² C. Giust. 17 dicembre 1987, C-287/86, *Ny Mølle Kro*, punto 12.

⁴³ C. Giust. 21 ottobre 2010, C-242/09, *Albron*, punto 28, commentata da GUNDT, in *MJECL*, 2011, p. 366.

⁴⁴ Di recente C. Giust. 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito*.

⁴⁵ Sul punto, per tutti, TINTI, *Fuga dalle regole: la disciplina dei trasferimenti d'impresa alla prova nel caso Fiat*, in *LD*, 2011, p. 391 ss., la quale, non a caso, parla di "autocertificazioni".

⁴⁶ Sulla quale, per tutti, DE LUCA TAMAJO, *La sentenza n. 231/2013 della Corte costituzionale sullo sfondo della crisi del sistema sindacale anomico*, in *RGL*, 2014, I, p. 45.

Il richiamo, in giudizio, alla disciplina del trasferimento d'azienda e la richiesta di un rinvio alla Corte di giustizia⁴⁷ avrebbero potuto determinare una pronuncia di quest'ultima nei termini di *Scattolon*, con effetti di gran lunga più dirompenti per l'azienda di quelli ottenuti *ex art. 28 St. lav. Ma*, soprattutto, avrebbero potuto portare a una dichiarazione di incompatibilità della regolamentazione della rappresentanza dei lavoratori in azienda nell'ordinamento italiano rispetto al diritto dell'Unione, e, dunque, a una soluzione giuridica e non politica della vicenda FIOM - art. 19 St. lav.

Quest'ultima affermazione merita, ovviamente, un approfondimento.

L'art. 19 St. lav., anche all'esito dell'interpretazione estensiva offertane dalla Corte costituzionale (partecipazione alle trattative, senza sottoscrizione del contratto collettivo che eventualmente ne scaturisca), condiziona la legittimazione alla costituzione di una RSA alla partecipazione dell'organizzazione sindacale, che a detta legittimazione aspiri, alla negoziazione collettiva. In assenza di obblighi a negoziare che prescindano dall'esercizio dei diritti di informazione e consultazione⁴⁸, peraltro a sua volta condizionato, in azienda, dall'esistenza di una rappresentanza sindacale, ciò comporta che la presenza di una RSA dipende dall'azione/inazione del datore di lavoro, il quale, non applicando alcun contratto collettivo e rifiutandosi di aprire qualsiasi negoziazione, può impedire il ricorrere dei requisiti richiesti dall'art. 19 St. lav. Si tratta, dunque, di una disposizione che, ancora, condiziona la rappresentanza dei lavoratori in azienda al 'riconoscimento' da parte del datore.

Ciò pone l'ordinamento italiano in una condizione analoga a quella nella quale si trovava l'ordinamento britannico al momento della condanna da parte della Corte di giustizia per non corretta trasposizione della direttiva 77/187⁴⁹. Secondo la Corte, infatti, “[o]mettendo di prescrivere la designazione dei rappresentanti dei lavoratori nel caso in cui la designazione stessa non ottenga il consenso del datore di lavoro (...), il Regno Unito è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti a norma della direttiva (...)” (punto 60).

⁴⁷ Eventualità ampiamente evocata e invocata da una parte non minoritaria della dottrina: sul punto v. l'articolata ricostruzione di RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa*, in AIMO, IZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 293 ss.

⁴⁸ Sul punto v., da ultimo, GUARRIELLO, *La partecipazione negoziale nel quadro europeo e comparato*, in *RGL*, 2014, I, p. 25.

⁴⁹ C. Giust. 8 giugno 1994, C-382/92, *Commissione contro Regno Unito*.

Anche laddove non si ritenga di voler accedere alla prospettazione secondo la quale, al fine di garantire l'informazione e la consultazione, il diritto dell'Unione imporrebbe al datore di lavoro l'obbligo di prevedere una rappresentanza dei lavoratori in azienda⁵⁰, mi pare che l'indicazione della Corte sia chiaramente nel senso di affermare il diritto dei lavoratori a costituire una rappresentanza in azienda (ovvero, per dirla con l'art. 27 della Carta di Nizza, al livello appropriato)⁵¹, senza essere condizionati dal riconoscimento, dall'assenso o dall'azione/inazione del datore di lavoro: cosa che in Italia non avviene.

Questa affermazione trova conferma in tutte le disposizioni che, nel tempo, hanno dato attuazione agli obblighi comunitari di informazione e consultazione⁵², le quali, sia pure con diverse formulazioni, presuppongono, comunque, l'accettazione, da parte datoriale, della dimensione collettiva/sindacale in azienda.

Né, proprio nell'ottica del livello appropriato al quale l'informazione deve essere garantita, mi pare che il coinvolgimento del sindacato (esterno), comparativamente o maggiormente più rappresentativo, possa costituire un succedaneo accettabile alla rappresentanza aziendale, soprattutto in presenza di luoghi di lavoro 'de-sindacalizzati'. Se a ciò si aggiunge il limite dimensionale, comparativamente piuttosto elevato⁵³, dei 15 dipendenti, che condiziona l'applicazione della disciplina legale o contrattuale, il quadro, per la maggioranza dei lavoratori italiani, risulta particolarmente fosco.

Mi pare chiaro che, al di là delle confuse indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza 231/2013 e dei maldestri tentativi del legislatore recente⁵⁴, cresca l'urgenza di un intervento legislativo che riconosca, almeno,

⁵⁰ ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa: diritto dei lavoratori o obbligo del datore? Un'analisi comparata*, in RIDL, 2009, I, p. 221.

⁵¹ ALES, 2002/14/EC: *Framework Information and Consultation*, in SCHLACHTER (ed.), *EU Labour Law. A Commentary*, Kluwer Law International, 2015, p. 517 ss., ma anche DORSSEMONT, *The right to information and consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental rights of the European Union. Less than a Right and Less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect?*, in MJECL, 2014, p. 705 ss.

⁵² Art. 4, l. n. 223 del 1991; art. 47, co. 1, l. n. 428 del 1990; art. 2 co. 1, lett. d), d.lgs. n. 25 del 2007.

⁵³ ALES, *Informazione e consultazione nell'impresa*, cit.

⁵⁴ ALES, *Quale futuro per il modello partecipativo in Italia?*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI A., DELFINO (a cura di), *Una nuova Costituzione per il sistema di relazioni sindacali*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 37. Per perspicue osservazioni sul punto v. GUARRIELLO, *op. cit.* v., poi, l'interessante, comprensiva Proposta di legge del Gruppo di *Diritti Lavori Mercati*, *ibidem*, 2014.

il diritto dei lavoratori, se non, l'obbligo del datore di lavoro, di costituire rappresentanze aziendali, anche non sindacali, attraverso il metodo elettivo, capaci di garantire, attraverso l'informazione e la consultazione, il coinvolgimento dei lavoratori e di costituire, su queste basi, la loro eventuale legittimazione negoziale, non necessariamente contrattuale collettiva, a livello aziendale, anche in parallelo rispetto ai schemi rigidi di decentramento controllato prodotti dalla contrattazione collettiva nazionale⁵⁵.

⁵⁵ In termini simili anche ALAIMO, *Rappresentanze aziendali, diritti di coinvolgimento e negoziazione collettiva nelle imprese "globali"*, in *RGL*, 2014, I, p. 53.

Abstract

Il saggio analizza la disciplina del trasferimento d'azienda nel suo "nucleo pre-cettivo" ovvero il mantenimento delle condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda, concentrandosi sul contratto collettivo quale fonte di produzione e regolazione di diritti dei lavoratori trasferiti e sulla sua problematica tenuta che rischia di favorire il mutamento delle predette condizioni piuttosto che il loro mantenimento. Il saggio, poi, prende spunto dalle disposizioni in materia di rappresentanza dei lavoratori nella direttiva sul trasferimento d'azienda per offrire una riflessione complessiva sulla rappresentanza.

The essay aims at analysing the rules governing the transfer of undertaking focusing on their "hard core" i.e. the safeguard of working condition after the transfer, with particular reference to collective agreements to be regarded as main sources of production and of regulation of the rights of the workers involved within the transfer and to their capacity to fulfil that task. Furthermore, the essay, starting from the rules governing workers representation within the Transfer of undertaking directive, provide an overall reflection on the subject of workers representation.

Key words

Trasferimento d'azienda, mantenimento delle condizioni di lavoro, contrattazione e contratto collettivo, rappresentanza dei lavoratori.

Transfer of undertaking, safeguard of working conditions, collective bargaining and agreement, workers representation.

Fabrizio Amendola
La disciplina delle mansioni
nel d.lgs. n. 81 del 2015*

Sommario: **1.** Mansioni e contratto di lavoro subordinato. **2.** La riforma del mutamento di mansioni al tempo del Jobs Act. **3.** Le questioni relative all'osservanza della legge delega. **4.** La scomparsa dell'equivalenza. **5.** La tutela della professionalità. **6.** Adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore. **7.** Gli accordi individuali in deroga. **8.** Gli obblighi formativi. **9.** Assegnazione a mansioni superiori.

1. Mansioni e contratto di lavoro subordinato

L'oggetto dell'obbligazione principale del lavoratore è determinato, essenzialmente, dal tipo di attività che è chiamato a svolgere: le mansioni indicano i compiti cui il prestatore è obbligato¹.

Secondo il principio di contrattualità delle mansioni, costantemente presente nel nostro ordinamento, il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Le stesse, nel momento genetico del rapporto di lavoro, vengono individuate con riferimento alla qualifica ed alla categoria pattuita².

* Il saggio sviluppa la relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci (FI), 14-16 ottobre 2015.

¹ In materia possono essere ricordati, tra gli altri, gli studi di GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963; LISO, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, 1996; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1997, p. 673 ss. Più di recente: GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, 2008; FERLUGA, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Giuffrè, 2012.

² In base all'art. 96 disp. att. cod. civ. l'imprenditore deve far conoscere al prestatore di la-

In ragione delle mutevoli esigenze dell'organizzazione dell'impresa, nel corso del rapporto è attribuito al datore di lavoro non solo il potere di dettagliare, tempo per tempo, i compiti concretamente assegnati al lavoratore, ma anche di mutare le mansioni.

L'esercizio di tale potere conformativo della prestazione – riflesso del potere direttivo dell'imprenditore rispetto al quale il dipendente versa in situazione di soggezione – è regolato dall'art. 2103 cod. civ., di cui esamineremo la terza versione introdotta dal d.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015³.

Con l'indispensabile premessa che la prestazione del lavoro, secondo la giurisprudenza di legittimità, non è solo l'obbligo principale del lavoratore, ma anche un diritto del prestatore all'esecuzione dell'attività lavorativa⁴, quale esplicazione della sua personalità e della sua dignità, di rilievo costituzionale⁵.

voro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto. In attuazione della direttiva 91/533/CEE l'art. 1, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 152 del 1997, prescrive che il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data di assunzione, "l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuitagli oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro".

³ Nella originaria versione della norma lo *ius variandi* era riconosciuto all'imprenditore, se non diversamente convenuto, "in relazione alle esigenze dell'impresa", purché non importasse una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione del lavoratore; le modifiche consensuali erano però ritenute ammissibili dalla giurisprudenza, anche in forma di tacita acquiescenza (*ad ex.*: Cass. n. 3195 del 1962). Per ovviare ai possibili abusi, in chiave garantista l'art. 13 della l. n. 300 del 1970, pur non eliminando lo *ius variandi* datoriale, quale eccezionale forma di modifica unilaterale del contratto, ne ha "limitato rigorosamente l'esercizio" (cfr. Cass. n. 1388 del 2006; Cass. n. 4012 del 2002), erigendo a difesa del divieto di modifiche peggiorative la nullità di ogni patto contrario.

⁴ Per Cass. Sez. Un. 6 marzo 2009 n. 5454, l'esercizio del potere datoriale privato di determinare unilateralmente il contenuto dell'obbligo di prestazione lavorativa, "è esso stesso oggetto di una obbligazione strumentale a carico del datore di lavoro che è tenuto a conformare la prestazione lavorativa del lavoratore, il quale ha diritto a svolgerla".

⁵ Nel rapporto di lavoro subordinato la tutela dell'interesse del lavoratore all'adempimento trova il suo fondamento negli artt. 4 e 36 Cost. e serve quale criterio di interpretazione e di determinazione secondo buona fede degli effetti del contratto; sull'imprenditore-creditore gravano obblighi di cooperazione, essendo tenuto non solo a predisporre gli strumenti materiali necessari all'esecuzione del lavoro, ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente nei limiti dell'oggetto del contratto (in termini: Cass. Sez. Un. 7 agosto 1998 n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, p. 170, con nota di G. Pera).

2. La riforma del mutamento di mansioni al tempo del Jobs Act

Con la l. n. 183 del 10 dicembre 2014 il Governo è stato delegato ad adottare una serie di decreti legislativi tra cui l'art. 1, comma 7, espressamente pone anche quello “*recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro*”, al dichiarato “*scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva*”⁶.

Specificamente, al punto e) dell'art. 1, comma 7, cit., si stabilisce il “*rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi*” per la “*revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento*” nonché la “*previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera*”.

In attuazione della delega enunciata è stato emanato il d.lgs. n. 81 del 2015, il cui articolo 3 ha sostituito la precedente formulazione dell'art. 2103 cod. civ. con un nuovo testo in vigore dal 25 giugno 2015, rubricato “*Prestazione del lavoro*”⁷.

Opportuno subito sottolineare che la norma, a differenza di quanto previsto con il d.lgs. n. 23 del 2015, operante per i contratti di lavoro stipulati a

⁶ Sulla legge delega di riforma v. *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto II*, (a cura di F. Carinci), ADAPT, University Press, 2014, nonché *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183* (a cura di Rusciano, L. Zoppoli), CSDLE, It-Collective Volumes n. 3/14.

⁷ La precedente rubrica recava la titolazione: “*Mansioni del lavoratore*”. È stato sottolineato che la nuova rubrica “rispolvera” quella della versione originaria codicistica, lasciando intravedere il senso di marcia della novella, verso il progressivo “tramonto dello statuto dei lavoratori” ed il ritorno al codice civile, a garanzia del datore di lavoro, “quale contraente/capo dell'impresa”: BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, (a cura di F. Carinci) ADAPT, University Press, 2015, p. 40. Si ribella alla “rottamazione” dello statuto: ROMAGNOLI, *La ruga dello statuto dei lavoratori*, in questa rivista, 2015, I, p. 6, ss.

partire dal 7 marzo 2015, si applica immediatamente anche ai rapporti di lavoro subordinato in corso, ponendo delicati problemi anche di disciplina transitoria.

In sintesi vanno premessi i tre ambiti rispetto ai quali possono essere evidenziate le differenze fondamentali tra la vecchia e la nuova normativa.

Innanzitutto il primo comma del novellato articolo 2103 cod. civ. modifica il parametro legale in base al quale deve essere verificata la legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* dell'imprenditore: si passa dal potere di adibizione “*a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte*”, previsto dalla precedente disciplina, alla possibilità di assegnare il lavoratore “*a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*” secondo il nuovo regime (v. *infra* § 4).

Eliminato il criterio dell'equivalenza, un tempo affidato al sindacato ultimo del giudice, secondo il testo normativo modificato l'imprenditore potrà assegnare il prestatore a tutti i compiti che siano sussumibili nell'ambito del livello di inquadramento attribuito.

L'ampliamento dell'area della prestazione dovuta dal lavoratore senza il suo consenso e senza che ricorrano specifiche condizioni, se non la volontà datoriale, si accompagna ad una articolata previsione della possibilità di assegnazione a mansioni inferiori (v. *infra* § 6).

Oltre le ipotesi di deroga al principio di nullità della modifica *in peius* già previste in precedenza dalla legge e praticate dalla giurisprudenza, si configurano in generale fattispecie di mutamenti peggiorativi affidati sia al potere unilaterale dell'imprenditore, sia alle previsioni della contrattazione collettiva, sia alla stipulazione di accordi individuali.

Infatti il lavoratore “*può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*” (comma 2).

I contratti collettivi possono poi prevedere “*ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore*” (comma 4).

La modifica delle mansioni in senso peggiorativo – ma anche della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione – può poi essere convenuta tra le parti mediante la stipulazione di “*accordi individuali*” in sedi protette, con eventuale assistenza qualificata richiesta dal lavoratore (comma 6) (v. *infra* § 7).

L'insieme delle nuove possibilità che consentono modifiche peggiorative della posizione lavorativa del dipendente ha imposto la riformulazione

del tradizionale divieto di patti in deroga, sicché “ogni patto contrario è nullo ... salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto dal sesto comma” (comma 9).

La terza direttrice su cui si è sviluppato l'intervento riformatore del legislatore è stata, infine, quella dell'assegnazione a mansioni superiori (comma 7), ove in precedenza l'assegnazione diveniva definitiva dopo un periodo comunque non superiore a tre mesi, mentre nell'attuale formulazione “il periodo (è) fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi” (v. *infra* § 9).

3. Le questioni relative all'osservanza della legge delega

La sintetica descrizione delle novità più rilevanti apportate dal decreto legislativo in esame consente subito – prima di procedere agli approfondimenti che seguiranno – di affrontare i dubbi di compatibilità dell'articolato con i “principi e criteri direttivi” della delega contenuta nella l. n. 183 del 2014 innanzi ricordata.

È nota la circospezione con cui la giurisprudenza del giudice delle leggi verifica il rispetto dell'art. 76 Cost.⁸, sulla premessa che la varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa comporta che non è possibile enucleare una nozione rigida valevole per tutte le ipotesi di “principi e criteri direttivi”, quindi “il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose”⁹.

La relativa indeterminatezza con cui la giurisprudenza costituzionale traccia il confine oltre il quale si deborda nell'eccesso di delega sovente impedisce agli interpreti di effettuare prognosi attendibili in ordine alla legittimità costituzionale di norme sospettate di un vizio siffatto.

⁸ Apertamente parla di atteggiamento “tollerante” della Consulta SPECIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2014, n. 233, p. 30 ss. Per l'analogo tema dei rapporti tra legge delega n. 183 del 2014 e d.lgs. n. 23 del 2015 si segnalano: CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in RIDL, 2015, I, p. 377 ss.; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2015, n. 246; DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2015, n. 251.

⁹ C. Cost. sent. n. 340 del 2007 e n. 250 del 1991.

Tuttavia nella specie non può tacersi che il legislatore aveva delegato il Governo ad adottare decreti di “*revisione della disciplina delle mansioni*”, specificando, come criterio e principio direttivo, che essa dovesse essere collegata al “*caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi*” (art. 1, co. 7, lettera e) l. n. 183/14).

Orbene l’evidenza per la quale il decreto delegato ha revisionato la disciplina delle mansioni sia nel caso di mobilità orizzontale che verticale, svincolata da qualsiasi processo di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, lascia fondato il dubbio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale¹⁰.

Maggior resilienza ad uno scrutinio infausto del giudice delle leggi potrebbe essere riservata alla disciplina dell’assegnazione a mansioni inferiori, che comunque postula una “*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*”, riecheggiante i “*processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale*” di cui alla delega, nonché la “*conservazione del livello di inquadramento*”, nel rispetto del criterio direttivo che imponeva appunto “*limiti alla modifica dell’inquadramento*”.

Certo mancano i “*parametri oggettivi*” sulla base dei quali la delega invitava ad individuare i processi organizzativi di modifica aziendale rilevanti per consentire il mutamento *in peius*¹¹; nel secondo comma del novellato art. 2103 cod. civ. mancano pure, in caso di modifica disposta unilateralmente dall’imprenditore, i riferimenti al contemperamento dell’interesse dell’impresa con l’interesse del lavoratore, invece presenti nel caso di accordi individuali nelle sedi protette di cui al sesto comma.

Tuttavia appare meritevole di considerazione il tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata che legge l’art. 3 del decreto legislativo in relazione ai criteri direttivi della delega: l’assegnazione a mansioni inferiori non potrà essere disposta per un “qualsiasi” mutamento dell’assetto organizzativo ma, fermo il nesso di causalità tra modifica e posizione del la-

¹⁰ Tra gli altri v. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2015, n. 263, p. 5. L’A., pur “consapevole della particolare generosità dimostrata dalla Corte costituzionale nel valutare le tensioni tra legge di delegazione e provvedimenti delegati”, sostiene che in questo caso “non di generosità dovrebbe trattarsi ma di *chiusura degli occhi*”, in quanto le “norme delegate non appaiono né coerente sviluppo, né completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante”.

¹¹ Considera “evidente” l’eccesso di delega C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, p. 13, in corso di pubblicazione.

voratore, soltanto per contemperare “l’interesse dell’impresa all’utile impiego del personale con l’interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche” come vuole la l. n. 183/2014; in assenza di un “rischio” concreto – e verificabile in sede giudiziaria – per il posto di lavoro, per la professionalità o per talune condizioni individuali del dipendente «non potrà essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell’assetto negoziale»¹².

In tale prospettiva conservatrice dovrebbe essere valorizzata la *ratio* della legge delega che pone tra i suoi scopi il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro ed un riordino della disciplina dei contratti di lavoro da rendere maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo nonché, tra i suoi principi, l’interesse dell’impresa all’utile impiego del personale. Così potrebbe sostenersi che la maggiore flessibilità gestionale è coerente con gli obiettivi di maggiore competitività delle imprese e di incremento occupazionale auspicati dal legislatore delegante¹³.

4. La scomparsa dell’equivalenza

Dal testo del nuovo art. 2103 c.c. è stato eliminato il riferimento alla “equivalenza” delle mansioni da ultimo effettivamente svolte, che costituiva il criterio cardine della formulazione precedente, sostituito dal potere datoriale di assegnare unilateralmente il lavoratore “a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte”.

¹² Così GARGIULO, *Lo ius variandi nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *RGL*, 2015, I, p. 623. Dello stesso A., per una visione complessiva della delega in materia di mansioni antecedente all’emanazione del decreto legislativo, *La revisione delle mansioni*, in Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e ...*, cit., p. 99 ss.

¹³ È noto che taluni studiosi contestano che il diritto del lavoro possa essere “letto esclusivamente in una dimensione di (presunta) «efficienza economica», quale strumento in grado di evitare disfunzioni del sistema produttivo”: così, da ultimo, diffusamente SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2015, n. 259, p. 7; v. anche PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss. Dà credito a chi sostiene che le regole sul contratto di lavoro poco incidono sulle dinamiche del mercato del lavoro, mentre incidono di più sul modo in cui si distribuisce la ricchezza prodotta L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in questa rivista, 2015, I, p. 18.

Nella visione governativa l'area delle mansioni esigibili dall'imprenditore nei confronti del suo subordinato è delimitata *per relationem* dal livello di inquadramento, evidentemente individuato sulla base della contrattazione collettiva applicabile.

Una volta attribuito al lavoratore un certo livello di inquadramento, sia perché conferito al momento dell'assunzione, sia perché corrispondente all'inquadramento superiore successivamente acquisito, il subordinato è obbligato a svolgere tutte le mansioni che siano riconducibili a detto livello.

Scomparso dal testo il parametro di giudizio dell'equivalenza, sembra che il significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore, secondo la loro connessione, indichino che, in caso di mutamento in fatto delle mansioni espletate, l'unico sindacato consentito al giudice eventualmente adito dal lavoratore sia quello di verificare se i nuovi compiti siano riconducibili al livello di inquadramento formalmente attribuito al medesimo; in caso di esito positivo di tale verifica, nessun'altra comparazione sarebbe consentita, in particolare con le mansioni in precedenza espletate dal dipendente e con la professionalità che dall'esercizio di esse ne è derivato.

In altre parole, mentre in precedenza era indispensabile un raffronto empirico tra vecchie e nuove mansioni condotto alla luce del criterio della "equivalenza professionale", interpretato secondo la mediazione giudiziale, con la nuova formula il giudizio è esclusivamente di sussunzione delle nuove mansioni nell'ambito della declaratoria astratta del livello di inquadramento¹⁴.

¹⁴ In tal senso si è già espressa la giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 30 settembre 2015, est. Sordi, in *LG*, 2015, II, p. 1031 e ss., con nota di F. Aiello) secondo cui "a differenza che nel passato, è oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appartengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente" (la pronuncia è annotata adesivamente da NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *RIDL*, in corso di pubblicazione). La sentenza si segnala anche perché esamina un mutamento di mansioni disposto prima del 25 giugno 2015 ma in atto ancora dopo tale data: secondo la pronuncia, costituendo il demansionamento una sorta di illecito "permanente", per cui la liceità della condotta datoriale deve essere compiuta con riferimento alla disciplina legale e contrattuale vigente giorno per giorno, l'assegnazione di determinate mansioni considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo; con l'ulteriore conseguenza, in tale ultimo caso, che il datore di lavoro non può essere condannato al risarcimento del danno per il periodo successivo al 25 giugno 2015 né all'assegnazione di mansioni al lavoratore diverse da quelle in atto svolte. Al contrario Trib. Ravenna, 30 settembre 2015, inedita a quanto consta, ha ritenuto non applicabile la nuova normativa alla fattispecie concreta "perché il fatto generatore del diritto allegato nel

È stato subito sottolineato il chiaro intento di ridurre il ruolo del giudice¹⁵. Coerente con una linea di politica del diritto, sviluppatasi negli ultimi anni, che tende alla progressiva riduzione del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro¹⁶.

Il legislatore preferisce affidarsi all'autonomia collettiva¹⁷, considerata "la naturale autorità di governo delle problematiche relative alla mobilità professionale"¹⁸.

Invero, la contrattazione collettiva, nell'esercizio della sua autonomia, ordinariamente prevede il sistema di classificazione del personale articolandolo in plurimi livelli di inquadramento, secondo l'apprezzamento delle parti sociali. Già l'art. 96, co. 2, disp. att. cod. civ., – che opera sullo stesso piano dell'art. 2103 cod. civ. – contempla espressamente la possibilità che le qualifiche del prestatore di lavoro, nell'ambito di ciascuna categoria legale, possano essere raggruppate per "gradi" secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa.

Posto che anche in precedenza era possibile che il contratto collettivo accorpasse nel medesimo livello di inquadramento mansioni diverse che

giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente. Ed il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l'altra è proprio il prodursi del demansionamento; con la correlata tutela reintegratoria e risarcitoria. A nulla conta invece che essa continui nel vigore della legge successiva; la quale peraltro non contiene alcuna norma retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale".

¹⁵ Secondo il giudizio *tranchant* di MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 2015, 5, p. 437, "si è tentato di precisare la normativa introdotta dallo Statuto modificata e distorta da contraddizioni cocenti in applicazioni giurisprudenziali volatili ed incerte".

¹⁶ In argomento si veda SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 215, p. 12 ss., secondo il quale «In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro – con l'eliminazione del contenzioso – ed esatta prevedibilità del "costo dell'inadempimento"».

¹⁷ Sin dalle "Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro avanzate dal CNEL" (4 giugno 1985, n. 206/154, relatore Mengoni) si poneva l'accento sulla "strutturale difficoltà del giudice ad esercitare poteri di controllo in questa materia" prospettandosi come soluzione migliore quella di affidare alla contrattazione collettiva il compito di definire in concreto il rapporto di equivalenza.

¹⁸ LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, n. 257, p. 4. NUZZO, *Il nuovo art. ...*, cit., § 2, "maliziosamente" afferma che il legislatore attribuisce potere al sindacato solo se è funzionale a ridurre quello del giudice.

esprimessero distinte professionalità, nel vigore della disciplina pregressa la giurisprudenza di legittimità ha, però, costantemente escluso che la circostanza che le mansioni svolte e quelle di nuova assegnazione rientrassero nella medesima qualifica contrattuale fosse sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 2103 cod. civ., essendo comunque riservato al giudice il sindacato ultimo di "equivalenza professionale".

Attualmente, invece, si delinea un meccanismo per certi versi analogo a quello previsto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni¹⁹.

Secondo la versione originaria dell'art. 52, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, "*il prestatore di lavoro deve essere adibito ... alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi...*".

Ci si è chiesti se, alla stregua di tale formulazione, anche nel settore di lavoro pubblico il datore di lavoro, nel modificare le mansioni del dipendente, dovesse tener conto, oltre che del livello di inquadramento cui erano riconducibili le nuove mansioni, anche del bagaglio professionale acquisito in precedenza dal lavoratore, ovvero se l'unico vincolo per l'Amministrazione fosse costituito dalle formali previsioni della classificazione del personale prevista dal contratto collettivo²⁰.

I giudici di legittimità hanno percorso tale seconda strada, sostenendo che il citato art. 52 specifica un concetto di equivalenza "formale", ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi, e non sindacabile da parte del giudice, per cui condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita²¹.

¹⁹ L'ispirazione è ammessa dalla stessa Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo.

²⁰ Cfr. SORDI, *Il sindacato giudiziale sugli atti della pubblica amministrazione datrice di lavoro*, relazione al corso della Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 2-4 aprile 2014, p. 17. In materia v. ESPOSITO (a cura di), *Mansioni e professionalità nel pubblico impiego tra efficienza organizzativa e diligenza del prestatore di lavoro*, Jovene, 2007; PERRINO, *L'equivalenza delle mansioni tra riforma Brunetta e poteri del giudice: possibili scenari*, in *FI*, 2010, I, p. 2376, nonché, della stessa Autrice, *Segnali di deriva del principio di equivalenza delle mansioni del lavoratore pubblico*, in *FI*, 2007, I, p. 1615.

²¹ Cfr. Cass. n. 4583 del 2014; n. 18283 del 2010; n. 11405 del 2010; n. 11835 del 2009; n. 8740 del 2008; nonché Cass. Sez. Un. 4 aprile 2008 n. 8740 (quest'ultima può leggersi in *LPA*, 2008, p. 351 ss., con nota di M.G. Murrone). Il principio è tuttavia circostanziato dai rilievi che

5. *La tutela della professionalità*

Il cambio di orizzonte attuato anche per il lavoro privato non è senza effetto.

Innanzitutto sono ipotizzabili inconvenienti applicativi determinati dalla possibilità che non vi sia adesione datoriale ad un contratto collettivo ovvero che siano assegnate mansioni non “testualmente” previste nella declaratoria contrattuale²².

Ma il tramonto dell’equivalenza soprattutto pone all’interprete il delicato interrogativo se – ed eventualmente entro quali nuovi confini – l’attuale stesura dell’art. 2103 cod. civ. tuteli ancora il bene della professionalità²³.

Dubbio legittimato dalla formulazione adottata dal decreto delegato, nonostante la legge delega n. 183/14 sancisse, tra i criteri ed i principi direttivi, che la revisione della disciplina delle mansioni dovesse contemperare

il riferimento all’aspetto, necessariamente soggettivo, del concetto di professionalità acquisita, mal si concili con le esigenze di certezza di corrispondenza tra mansioni e posto in organico, e che la natura pubblica del datore di lavoro lo condizioni a vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse ed alla compatibilità finanziaria delle risorse. Inoltre non può tacersi che la contrattazione collettiva del personale alle dipendenze di pubbliche amministrazioni non è realmente paragonabile – per formazione, efficacia e controlli – alla contrattazione collettiva nel settore privato, finanche di prossimità. La modifica introdotta all’art. 52, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001, dal d.lgs. n. 150 del 2009, secondo la quale “*il prestatore di lavoro deve essere adibito ... alle mansioni equivalenti nell’ambito dell’area di inquadramento*”, non sembra tale da giustificare di per sé un cambiamento degli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza richiamata: v. SORDI, *op. cit.*, p. 7, con la dottrina ivi citata.

²² Cfr. GARGIULO, *Lo ius variandi*, cit., p. 622, il quale ritiene che «l’interprete dovrà comunque ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del valore delle mansioni nuove rispetto alle “ultime effettivamente svolte”, applicando dunque nuovamente il principio di equivalenza». Sostiene l’uso «in via parametrica della scala classificatoria del contratto collettivo di riferimento anche nelle ipotesi in cui esso non trovi applicazione ... analogamente, cioè, a quanto avviene per la parte retributiva», NUZZO, *Il nuovo art. ...*, cit., § 3.

²³ Secondo LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, cit., p. 7, «il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore intesa nel senso della giurisprudenza tradizionale, bensì la “posizione” da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene». Parimenti per BROLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 51, con la riforma del 2015 cambia il bene tutelato dal legislatore «dalla professionalità “acquisita” (secondo l’interpretazione prevalente) della persona che lavora alla professionalità “classificata” in un determinato contesto organizzativo aziendale» e l’Autrice acutamente evidenzia come l’operazione legislativa abbia trascinato la disciplina delle mansioni “fuori” del titolo I dello Statuto dei lavoratori che, con la sua rubrica dedicata alla *Libertà e dignità del lavoratore*, era stata utilizzata per ricercare la *ratio* della norma di cui all’art. 13 della l. n. 300/70 nella dignità professionale del lavoratore.

l'interesse dell'impresa con l'interesse del lavoratore “*alla tutela ... della professionalità*”.

Opportuno dunque il riferimento a taluni arresti delle Alte Corti sul tema della professionalità, onde verificare se detti pronunciamenti possano influire sulla interpretazione della nuova disciplina.

Secondo la Corte costituzionale il primo comma dell'art. 2103 c.c., nel testo sostituito dall'art. 13 della l. n. 300 del 1970, doveva considerarsi una speciale norma di protezione del lavoratore per preservarlo dai “danni a quel complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramenti all'interno o all'esterno dell'azienda”²⁴.

Anche per le Sezioni unite della Suprema Corte “il baricentro della disposizione in esame ... è la protezione della professionalità acquisita del prestatore di lavoro” (Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006 n. 25033)²⁵.

In tale pronuncia, confermando una pregressa giurisprudenza consolidata, si è specificato che l'equivalenza legittimante lo *ius variandi* dell'imprenditore “deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto”; ed ancora che “nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente in modo tale da salvaguardare il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti possibilità di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze”²⁶.

Si è andata così consolidando una nozione dinamica della professiona-

²⁴ C. Cost. sent. n. 113 del 2004, che, sulla base della valenza costituzionale del bene protetto, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751 bis, n. 1, c.c., nella parte in cui non muniva di privilegio generale sui mobili il credito del lavoratore subordinato per danni da demansionamento causati dall'illegittimo comportamento del datore di lavoro.

²⁵ Può leggersi in *MGL*, 2007, 17, con nota di C. Pisani.

²⁶ I seguiti della giurisprudenza di legittimità sono numerosi nel senso del rispetto di tali principi. *Ex pluribus*: Cass. n. 1916 del 2015; n. 4989 del 2014; n. 15010 del 2013; n. 25897 del 2009.

lità, in quanto tesa a garantire anche l'accrescimento del bagaglio di conoscenze ed esperienze²⁷.

La professionalità così evolutivamente intesa può essere sacrificata – secondo la Cassazione – quando il lavoratore “chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento, comunque giustificato”²⁸, ovvero quando la contrattazione collettiva predisponga, “per esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi”, “meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra esse per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica”²⁹.

Il Supremo Collegio, che già aveva configurato “il danno professionale” risarcibile come consistente “nel pregiudizio derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità”³⁰, ha inserito poi l'art. 2103 c.c. nella tavola dei diritti inviolabili della persona suscettibili di dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto attinente alla dignità personale del lavoratore in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione: ha infatti descritto come lesione di tale diritto proprio “i pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa”³¹.

Di recente si è affermato che “dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore deriva il diritto fondamentale di questi al pieno ed effettivo dispiegamento del suo professionalizzarsi esple-

²⁷ Si è ben lontani da quella originaria dottrina secondo cui la scelta codicistica era diretta al mantenimento del *quantum* di professionalità dedotto nel rapporto, ritenendo una forzatura che la norma fosse preordinata a finalizzare il mutamento di mansioni alla crescita professionale del prestatore, laddove questa è tutelata solo in senso negativo, contro l'ipotesi di una dequalificazione: GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, in *ED*, XXV, 545 ss.

²⁸ Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.

²⁹ Ancora Cass. Sez. Un. n. 25033/2006 cit. che ha così risolto in senso favorevole a Poste Italiane la questione della validità di una clausola di fungibilità prevista dalla contrattazione collettiva di settore che rendeva equivalenti le mansioni di addetto allo sportello e quelle di addetto al recapito in quanto inserite nella medesima Area operativa.

³⁰ Cass. Sez. Un. 24 marzo 2006 n. 6572, in *FI*, 2006, I, c. 2334, con nota di P. Cendon.

³¹ Cfr. Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. La n. 26973 può leggersi in *RIDL*, 2009, II, p. 465, con note di R. Scognamiglio e R. Del Punta.

tando le mansioni che gli competono; la lesione di tale posizione giuridica soggettiva ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso"³².

Con tale imponente *acquis* giurisprudenziale dovrà misurarsi l'esegesi della modifica normativa dell'art. 2103 c.c.

Lecito tuttavia dubitare che esso possa ancora consentire al giudice un sindacato che vada oltre la classificazione della contrattazione collettiva, direttamente investita dalla legge del compito di delimitare i confini delle mansioni esigibili dal prestatore di lavoro subordinato³³.

Il limite esterno al potere dell'imprenditore di modificare le mansioni del lavoratore, che prima trovava fonte esclusivamente nella legge e nel giudizio di equivalenza in essa iscritto, ora dalla stessa legge è affidato all'autonomia collettiva³⁴.

Il legislatore ha deliberatamente scelto di preservare il patrimonio professionale del lavoratore in ambiti più ristretti, con il manifesto intento di venire incontro alle esigenze dell'impresa; nel contemperamento degli opposti interessi ha deciso di spostare il confine.

Solo ove esso venga valicato, e quindi si trasmodi dallo *ius variandi* lecito al mutamento peggiorativo illegittimo, scatteranno le garanzie del novellato art. 2103 c.c., con il corredo di conseguenze risarcitorie³⁵ e ripristinatorie³⁶.

³² Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, in *RIDL*, 2015, n. 4, con nota di U. Gargiulo, in corso di pubblicazione.

³³ Ipotizza, invece, che, «al fine di trovare una soluzione più coerente con la tradizione e con condivisibili esigenze sistematiche, la "riconcucibilità" venga, alla fine, ad essere intesa quale variante semantica dell'equivalenza», FERRANTE, *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I quaderni del C.E.D.R.I.*, 1/2015, p. 6.

³⁴ Quasi superfluo sottolineare il ruolo decisivo che assume la contrattazione collettiva, anche futura: la scelta di accorpate più o meno mansioni nella declaratoria del medesimo livello di inquadramento inciderà in modo determinante sul potere unilaterale dell'imprenditore di esigerle e sul dovere del lavoratore di prestarle.

³⁵ Sulla valutazione equitativa dell'entità del risarcimento v., da ultimo, Cass. n. 12253/2015 cit. Ritiene che sia cambiato il criterio di risarcimento del danno alla professionalità, perché mutato il tipo di bene tutelato dall'ordinamento, M. MARAZZA, *Quale professionalità risarcire nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c.?*, in *Giustiziacivile.com*, 19 ottobre 2015, il quale lo identifica nel differenziale retributivo tra il livello delle mansioni di provenienza ed il livello di inquadramento di quelle illegittimamente assegnate.

³⁶ Ove venga accertata l'esistenza di un comportamento contrario all'art. 2103 cod. civ.,

In altre parole solo nei casi di dequalificazione che si consumino oltre il livello di inquadramento – ovvero oltre l’assegnazione a mansioni inferiori consentite – nonché nelle più gravi ipotesi di demansionamento, cioè di svuotamento delle mansioni, sarà configurabile una responsabilità datoriale.

Residua uno spazio di criticità.

L’attuale contrattazione collettiva è stata stipulata nel vigore del canone dell’equivalenza delle mansioni legislativamente imposto, per cui, pur prevedendo livelli di inquadramento in cui confluivano professionalità disparate, era dato per presupposto dal quadro legale che non tutte le mansioni di quel livello potessero essere assegnate al lavoratore.

In attesa della stipulazione di nuovi contratti collettivi che tengano conto dell’art. 2103 c.c. di novellato conio³⁷ potrebbe accadere che un imprenditore assegni un dipendente a compiti assolutamente eterogenei rispetto alla professionalità acquisita, pur nel formale rispetto del medesimo livello di inquadramento³⁸; magari, nei casi conosciuti dai nostri repertori, in cui il lavoratore veniva privato delle mansioni con intenti latamente punitivi, si sceglierà ora la strada giudizialmente più difendibile dell’attribuzione di compiti mai prima svolti, ma riconducibili al medesimo livello di inquadramento.

In tali ipotesi – che pur marginali non possono essere escluse *a priori* nella patologia dei rapporti – potrebbe soccorrere il punto di vista della Corte costituzionale espresso nella celebre sentenza n. 103 del 1989.

In essa il giudice delle leggi, sollecitato dal dubbio di legittimità costi-

il giudice di merito, oltre a sanzionare l’inadempimento dell’obbligo contrattualmente assunto dal datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, ben può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica, avente contenuto pienamente soddisfacente dell’interesse leso, portante la condanna del medesimo datore di lavoro a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione delle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l’originario incarico, ovvero un altro di contenuto equivalente, salva la dimostrata impossibilità, per inesistenza in azienda delle ultime mansioni o di mansioni equivalenti, con onere della prova incombente sul datore di lavoro (da ultimo Cass. n. 16012 del 2014). Nel nuovo regime è ipotizzabile che la condanna all’adempimento si faccia per tutte le mansioni del livello di inquadramento attribuito al lavoratore.

³⁷ ZOLI, *op. cit.*, p. 11, ravvisa la necessità di un ripensamento dei sistemi classificatori, specie in quei settori nei quali sono stati adottati modelli di inquadramento a fasce larghe (cd. *broad banding*).

³⁸ FERRANTE, *op. cit.*, p. 5, propone come esempio paradossale quello del contratto collettivo del trasporto ferroviario AGENS per cui potrebbe accadere che “il capotreno venga adibito a mansioni di ufficiale di macchina nei collegamenti tramite ferry boat con le isole (livello “B”) o che il tecnico verificatore faccia il carpentiere (livello “C”)”.

tuzionale delle norme del codice civile nella parte in cui consentono all'imprenditore di attribuire ai dipendenti, a parità di mansioni, diversi livelli o categorie generali di inquadramento retributivo, lo ha dichiarato infondato, ma nei sensi di cui in motivazione.

Secondo la Corte costituzionale “per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali”³⁹.

Testualmente per la Consulta “il datore di lavoro deve astenersi dal compiere atti che possano produrre danni e svantaggi ai lavoratori, cioè lesioni di interessi economici, professionali e sociali; in particolare, dell'interesse allo sviluppo professionale (riferito sia alla carriera che alla valorizzazione delle relative capacità)”⁴⁰.

Pertanto “è demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte ... con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente”, sicché “il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari”⁴¹.

³⁹ Tra essi nell'occasione la sentenza elenca, non solo la tutela del lavoro, ma l'elevazione morale e professionale dei lavoratori, la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità del lavoro prestato, la pari dignità sociale dei lavoratori, il divieto di effettuare discriminazioni. In particolare si evidenzia che i principi costituzionali di tutela della dignità sociale e del divieto di discriminazioni sono trasfusi negli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori che vietano atti discriminatori nell'organizzazione del lavoro e nella gestione del rapporto da parte del datore di lavoro e, specificamente, nell'assegnazione di qualifiche e mansioni.

⁴⁰ Proprio avuto riguardo allo *ius variandi* del datore di lavoro la Corte costituzionale ammonisce che, in virtù dell'art. 41 Cost., “il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”.

⁴¹ Segnala il possibile “ritorno del giudice” BROLLO, *Disciplina delle mansioni* ..., cit., p. 61, la quale, constatato che per le criticità dell'attuale contrattazione collettiva la riforma veicola nell'immediato “una inevitabile dilatazione (in alcuni casi a dismisura) del perimetro delle mansioni legittimamente esigibili”, presagisce che “la giurisprudenza potrebbe coltivare operazioni di contenimento del ruolo della contrattazione collettiva ... ritagliando una estrema rete di salvaguardia della professionalità data dall'incompatibilità di certi compiti o attività lavorative, seppur ricompresi nello stesso livello o categoria legale di inquadramento”, nel caso i cui “le nuove mansioni non corrispondano alla specifica competenza tecnica del lavoratore, ovvero la negoziabilità collettiva snaturi la valenza ontologica della professionalità delle mansioni”. Immagina “nuovi spazi dell'intervento della giurisprudenza nella misura in cui all'interno dei livelli di inquadramento siano previste aree professionalmente affatto eterogenee” anche ZOLI, *op. cit.*, p. 11.

In tali più angusti confini, al netto di tentazioni controriformiste o di letture minimaliste, potrebbero, dunque, trovare adeguata soluzione fattispecie concrete in cui l'applicazione della nuova disciplina dovesse condurre a conseguenze manifestamente irragionevoli o dovesse agevolare condotte abusive⁴².

In definitiva, la tutela del bene della professionalità tradizionalmente intesa non è perentoria, anche se dal novellato art. 2103 c.c. di certo fuoriesce ridimensionata⁴³.

6. Adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore

Al cospetto del divieto inderogabile di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori posto dalla precedente dettatura dell'art. 2103 c.c., nel corso del tempo, la stessa legge ha configurato una serie di eccezioni⁴⁴.

Anche la giurisprudenza ha fatto la sua parte, mostrando aperture – cui

⁴² In tale prospettiva assume valore paradigmatico la vicenda giurisprudenziale concernente la l. 29 gennaio 1992 n. 58, la quale, nel riformare il settore delle telecomunicazioni con il passaggio dei servizi di telefonia dal settore pubblico a quello privato, ha previsto la predisposizione, sulla base di accordo con le organizzazioni sindacali, di tabelle di equiparazione tra le vecchie e nuove qualifiche del personale transitato; secondo i giudici di legittimità, qualora le tabelle di equiparazione, pur contrattate dalle parti sociali, non siano adeguate, per mancata corrispondenza tra le mansioni da esse equiparate, le stesse possono essere disapplicate dal giudice con individuazione ad opera del medesimo della qualifica o livello corrispondente alle astratte previsioni di quella precedentemente rivestita (tra le tante: Cass. n. 15605 del 2004; Cass. n. 10039 del 2007; Cass. n. 24231 del 2010).

⁴³ Con immagine efficace BROLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 90, chiosa che “la nullità dei patti contrari posta dall'art. 13 dello Statuto a presidio della dignità professionale che potrebbe essere intaccata anche dal potere negoziale (individuale e collettivo) resta come icona, ma diventa molto più pallida”.

⁴⁴ Secondo l'art. 4, co. 11, l. n. 223 del 1991, gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, al fine di garantire il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire l'assegnazione dei lavoratori esuberanti, in deroga al secondo comma dell'art. 2103 c.c., a mansioni diverse e quindi anche inferiori (in tal senso, da ultimo, Cass. n. 14944 del 2014); l'art. 4, co. 4, l. n. 68 del 1999 ammette l'adibizione a mansioni inferiori per il lavoratore divenuto inabile in conseguenza di infortunio o malattia, al fine di evitare il licenziamento e nel caso in cui non possa essere adibito a mansioni equivalenti; l'art. 7, co. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, in materia di tutela della maternità, prevede che possa essere “adibita a mansioni inferiori a quelle abituali” la lavoratrice in gravidanza nel caso in cui quelle di assunzione siano ricomprese tra le mansioni a rischio o comunque interdette in relazione al peculiare stato della dipendente.

si è fatto cenno – che escludono la legittimità del licenziamento per sopravvenuta infermità permanente allorquando sia possibile altra attività riconducibile, non solo a mansioni equivalenti, ma anche, in difetto di altre soluzioni, a mansioni inferiori⁴⁵; nella medesima prospettiva di tutela dell'interesse del prestatore al mantenimento del posto di lavoro si è riconosciuta la validità del cd. «patto di demansionamento»⁴⁶, sempre che vi sia il consenso del lavoratore non affetto da vizi della volontà e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo⁴⁷.

Il fondamento razionale giustificativo delle deroghe introdotte dalla giurisprudenza all'espressa previsione della nullità di ogni patto contrario è ravvisabile nella oggettiva prevalenza dell'interesse del lavoratore al posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto⁴⁸; non quindi un qualsiasi interesse del lavoratore né, tanto meno, un interesse meramente organizzativo dell'impresa⁴⁹.

Il d.lgs. n. 81 del 2015 ha intrapreso risolutamente la via di normare fat-

⁴⁵ Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.; conforme: Cass. n. 15500 del 2009.

⁴⁶ Tra le altre: Cass. n. 6822 del 1992; n. 9386 del 1993; n. 4790 del 2004.

⁴⁷ È necessario, cioè, che vi sia una reale situazione che renda concreta una prospettiva di licenziamento e che l'accettazione delle diverse mansioni in deroga all'art. 2103 avvenga in condizioni idonee ad escludere che si tratti di un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione della norma imperativa (Cass. n. 4790/2004 cit.; n. 2375 del 2005).

⁴⁸ Ancora Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.: le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro sono prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore; già all'epoca il Supremo Collegio osservava che "ad una non rigida interpretazione dell'art. 2103 c.c. inducono le maggiori e notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro".

⁴⁹ Opina che la teoria del "male minore" abbia dato luogo a grande variabilità dei responsi giurisprudenziali, "con il doppio difetto, reciprocamente nutrito, della grande incertezza ed allo stesso tempo di conoscere solo dopo la sentenza del giudice se c'era o no diritto", MISCIONE, *op. cit.*, p. 439. Talune pronunce sembrano legittimare la modifica *in peius* delle mansioni su mera richiesta del lavoratore per soddisfare un interesse non ulteriormente qualificato (Cass. n. 11297 del 1991; Cass. n. 17095 del 2011), con il rischio di eludere in concreto il principio di nullità dei patti contrari (cfr. BROLO, *Disciplina delle mansioni* ..., cit., p. 66, con la giurisprudenza citata alla nota 53). Da ultimo Cass. n. 11395 del 2014, ha affermato che l'art. 2103 c.c. va interpretato "alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello di lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra le altre, ristrutturazioni aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del Codice Civile"; su cui v. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della corte di cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *ADL*, 2015, p. 143 ss.

tispecie generali di mutamenti peggiorativi leciti e che possono essere paritativamente esaminate a seconda che le modifiche siano consentite al potere unilaterale dell'imprenditore, anche abilitato dalle previsioni della contrattazione collettiva, oppure dalla stipulazione di accordi individuali (v. *infra* § 8).

Innanzitutto il lavoratore “può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore” (comma 2).

Val la pena sottolineare che si tratta di ipotesi in cui non è richiesto il consenso del lavoratore, essendo sufficiente che ricorra il presupposto indicato dalla norma, e cioè che sussista una “*modifica degli assetti organizzativi aziendali*” e che tale modifica sia causalmente incidente sulla “*posizione del lavoratore*”⁵⁰.

Considerata la genericità della formula e la dubbia coerenza con i criteri direttivi della legge n. 183/2014, si è già detto della tesi che interpreta la disposizione alla luce dei principi della delega per cui la *reformatio in peius* non sarebbe ammessa per qualsiasi mutamento organizzativo ma solo quando occorra contemperare “*l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche*”.

Anche secondo questa più prudente esegesi vi sarebbe comunque un ampliamento dei poteri dell'imprenditore rispetto alle deroghe giurisprudenziali in precedenza riconosciute, secondo le opzioni più condivisibili, solo ove vi fosse l'alternativa tra il licenziamento e l'adibizione a compiti deteriori⁵¹.

⁵⁰ Secondo MIMMO, *Mansioni. La riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, p. 20, la circostanza che la modifica degli assetti organizzativi debba incidere sulla posizione del lavoratore «dovrebbe indurre a ritenere che il presupposto di tale modifica sia in ogni caso quello dell'impossibilità a continuare a far svolgere al prestatore le mansioni assegnate, per esempio nell'ipotesi in cui dal riassetto organizzativo derivi la soppressione del posto di lavoro». All'opposto si ritiene che il testo vigente della norma non esiga affatto che il demansionamento del lavoratore si presenti come alternativa ad un licenziamento e neppure ad una comprovata crisi aziendale: VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, n. 262, p. 7; CANALI DE ROSSI, *Mansioni: ius variandi datoriale e demansionamento*, in *DPL*, 2015, p. 1345; MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, in *DPL*, 2015, p. 1813.

⁵¹ Ad esempio, per Cass. n. 1575 del 2010, la mera soppressione delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza non è sufficiente a giustificare l'assegnazione a mansioni inferiori se non è accompagnata dalla necessità di estinguere il rapporto di lavoro (conforme: Cass. n. 12253/2015, cit.); v. però, per una più lata prospettiva, la giurisprudenza citata alla nota 52.

Resta da comprendere entro che limiti potrà svilupparsi il controllo giudiziale sulla sussistenza del presupposto indicato dalla legge, ed eventualmente anche sull'interesse del lavoratore non solo al mantenimento del posto di lavoro ma pure alla tutela della professionalità e delle condizioni individuali.

La genericità dei termini non dovrebbe comunque impedire la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive tutelate⁵², ma è agevole prevedere che si riproporranno i consueti temi del rapporto, sovente conflittuale, tra libertà d'impresa ed estensione del sindacato del giudice sulle scelte del datore di lavoro⁵³.

Per il successivo comma 4 “*ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... possono essere previste dai contratti collettivi*”⁵⁴.

La disposizione costituisce attuazione del criterio direttivo contenuto nella delega il quale prevedeva che “*la contrattazione collettiva ... possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera*”.

Probabilmente nella logica dell'art. 1, comma 7, lett. e) della l. n. 183/2014 vi era una prima indicazione di individuare per legge le ipotesi di modifica unilaterale delle mansioni, nei casi di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa e l'interesse qualificato del lavoratore; a tale elencazione avrebbero poi potuto aggiungersi le ipotesi, necessariamente diverse ed ulteriori, previste dalla contrattazione collettiva.

Considerata ora l'ampiezza del potere conferito all'imprenditore già dal comma 2 non è agevole comprendere quali “*ulteriori ipotesi*” possano essere stabilite dall'autonomia collettiva, anche di livello aziendale⁵⁵.

⁵² Come sembra paventare BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 nel Jobs Act*, in www.dirittisociale-cittadinanza.it, 2015, p. 2, secondo il quale il presupposto giustificativo dell'adibizione a mansioni inferiori è talmente labile da essere affidato alla piena discrezionalità valutativa del datore di lavoro.

⁵³ A tal proposito occorrerà verificare se la modifica peggiorativa delle mansioni soggetta al nuovo regime costituisca “*esercizio dei poteri datoriali*” rientrante nell'ambito di applicabilità dell'art. 30 della l. n. 183 del 2010, fermi restando i dubbi circa la reale portata innovativa di detta disposizione.

⁵⁴ Secondo il rinvio generale contenuto nell'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015: “*Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi di livello nazionale, territoriali o aziendali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*”.

⁵⁵ Va ricordato che già l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni in l. n.

Probabilmente ad essa residuerà il compito di una specificazione esemplificativa delle vicende aziendali riconducibili ad una modifica degli assetti idonea a legittimare l'assegnazione a mansioni inferiori da parte dell'imprenditore⁵⁶. Non par dubbio, comunque, che l'intervento additivo della contrattazione, ove attuato diversamente da una esemplificazione integrativa, possa prescindere dalla modifica organizzativa di cui al comma 2, in linea con la legge di delegazione che, nel riferirsi alle prerogative della contrattazione collettiva, non fa riferimento ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione⁵⁷.

Sia nel caso del comma 2 che del comma 4 una serie di cautele circondano l'esercizio del potere datoriale.

Innanzitutto barriere generali al declassamento: le mansioni devono rientrare nella medesima categoria legale⁵⁸ e nel livello di inquadramento immediatamente inferiore a quello ricoperto dal lavoratore⁵⁹.

Inoltre il mutamento di mansioni deve essere comunicato per iscritto, a pena di nullità; in tal modo si rende certo il momento a partire dal quale è disposta l'assegnazione a mansioni del livello inferiore. Auspicabile che la comunicazione sia accompagnata dalla motivazione che giustifichi l'atto unilaterale, ma non si tratta di una condizione di validità del medesimo, in

148 del 2011, ha affidato alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di disciplinare le materie relative all'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento anche "alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale" (comma 2, lett. b). Con sentenza n. 221 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale di detta normativa sollevata dalla Regione Toscana in relazione agli artt. 39, 117, comma 3, e 128 Cost. nonché al principio di leale collaborazione. In generale su tale disciplina v. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge 148/2011*, in *DRI*, 2012, p. 11; secondo SPEZIALE, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 30, la previsione in materia di mansioni si porrebbe in termini di specialità rispetto all'art. 8 citato e pertanto l'autonomia collettiva potrebbe "agire anche in assenza dei presupposti normativi (vincoli di scopo, efficacia soggettiva, etc.) previsti dalla disposizione del 2011".

⁵⁶ Così GARGIULO, *Lo ius variandi...*, cit., p. 629.

⁵⁷ Cfr. DE ANGELIS, *op. cit.*, 8, il quale poi esclude che la contrattazione collettiva possa operare non per flessibilizzare ulteriormente la disciplina delle mansioni ma, all'opposto, per aggiungere limiti.

⁵⁸ ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in *www.pietroichino.it*, 27 luglio 2015, definisce il ritorno alla divisione tra operai e impiegati una "cosa curiosa", visto che l'avvento dell'inquadramento unico da decenni sembrava aver superato la distinzione tra dette categorie legali.

⁵⁹ Depone in tal senso l'uso della preposizione "al" legato al singolare del "livello di inquadramento".

quanto non prevista dalla legge, alla stregua di quanto accade per i trasferimenti, la cui disciplina è integralmente confermata dal comma 8 del novellato art. 2103 cod. civ.⁶⁰.

Infine il lavoratore ha diritto alla formale conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento⁶¹, confermandosi un principio di irriducibilità della retribuzione⁶².

Si verifica una divaricazione tra l'inquadramento ed il corrispondente trattamento economico rispetto alla prestazione lavorativa resa dal dipendente, ma ciò è previsto a tutela di questi e quale contropartita al sacrificio imposto dall'esigenza organizzativa dell'impresa.

Non pare che ciò sia sufficiente a sostenere che l'adibizione *in peius* debba essere temporanea, in assenza di un dato normativo inequivoco. È stato tuttavia ipotizzato un diritto alla riassegnazione del lavoratore a mansioni proprie del livello formalmente conservato, nel caso in cui si liberi una prestazione coerente, in termini contenutistici, con tale livello originario⁶³.

⁶⁰ Come noto ai fini dell'efficacia del provvedimento di trasferimento del lavoratore, anche nella precedente formulazione dell'art. 2103 cod. civ. non era espressamente previsto che venissero contestualmente enunciate le ragioni del trasferimento stesso, atteso che era richiesto soltanto che tali ragioni, ove contestate, risultassero effettive e comprovate. Tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'onere dell'indicazione delle ragioni del trasferimento, che, in caso di mancato adempimento, determinava l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento, sorreggeva a carico del datore di lavoro nel caso in cui il lavoratore ne facesse richiesta, dovendosi applicare per analogia la disposizione di cui all'art. 2 l. n. 604 del 1966, che prevedeva l'insorgenza di analogo onere nel caso in cui il lavoratore licenziato chiedesse al datore di lavoro di comunicare i motivi del licenziamento (per tutte Cass. n. 8268 del 2004; Cass. n. 1912 del 1998; v. però Cass. n. 11984 del 2010). L'art. 1, comma 37, della l. n. 92 del 2012, ha sostituito il comma 2 dell'art. 2 della l. n. 604/66 cit., stabilendo che la specificazione dei motivi debba essere contestuale alla comunicazione del licenziamento; si è escluso che l'applicazione analogica del predetto art. 2 possa essere confermata anche rispetto alla nuova versione della norma, introducendosi per tale via a carico del datore di lavoro oneri di motivazione contestuale del trasferimento estranei al tenore dell'art. 2013 c.c. (SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, p. 231; GRAGNOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina in tema di licenziamento*, in *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 125). ZOLI, *op. cit.*, p. 15, sul tema giustamente evidenzia che, nel caso di modifica delle mansioni, i termini decadenziali previsti dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 per l'impugnazione dell'atto e per l'azione in giudizio non sono destinati ad operare.

⁶¹ "... fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa" (comma 5, ultima parte).

⁶² Principio che, essendo previsto per il caso di assegnazione a mansioni inferiori, dovrebbe logicamente valere anche in caso di mobilità orizzontale.

⁶³ Cfr. GARGIULO, *Lo ius variandi*, cit., p. 623, secondo il quale il lavoratore potrà rivendicare

Piuttosto la combinazione determinata dall'ampliamento delle mansioni esigibili a tutte quelle previste dal livello di inquadramento unitamente alle strade nuove aperte all'assegnazione a mansioni inferiori ridonda inevitabilmente nei suoi effetti sul tema del *repechage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

La questione sarebbe meritevole di approfondimenti non esperibili in questa sede. Sinteticamente può dirsi che, secondo la consolidata pratica delle Corti, il recesso datoriale per giustificato motivo oggettivo era ritenuto illegittimo se il datore di lavoro non provava anche l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti ovvero, in ipotesi, anche inferiori.

Mutatis mutandis occorrerebbe presagire che il licenziamento per motivi economici resta illegittimo⁶⁴ se il datore di lavoro non fornirà prova dell'impossibilità di adibire il dipendente a mansioni previste dal suo livello di inquadramento ma anche da quello inferiore, considerato che la soppressione del posto di lavoro configurerebbe senz'altro la modifica organizzativa di cui al comma 2 del novellato art. 2103 cod. civ.

All'ampliamento dell'area del debito di prestazione del lavoratore corrisponde così un restringimento – non si sa quanto voluto – del potere datoriale di licenziare per un giustificato motivo oggettivo⁶⁵.

la copertura del posto resosi libero e che gli consenta di riequilibrare inquadramento e mansioni. Convengono sul punto: BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 71; ZOLI, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁴ La questione della legittimità o meno del licenziamento è a monte del problema, solo successivo, del tipo di sanzione applicabile, reintegratoria o indennitaria, di cui all'art. 18 l. n. 300 del 1970, novellato dalla l. n. 92 del 2012 (sul punto v. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 435). Vi è chi ritiene che l'intervento normativo operi, anche se in maniera surrettizia, sulle ragioni giustificative del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, prima ancora che sulle conseguenze inerenti alla valutazione delle medesime: GARGIULO, *Il licenziamento economico alla luce del "novellato" art. 18*, in questa rivista, 2014, I, p. 87 e ss., ove viene esaminato tra l'altro il ruolo da riconoscere al *repechage* nella nuova disciplina (su cui v. anche L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, p. 138.

⁶⁵ Cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 42, secondo cui la maggiore flessibilità gestionale del posto di lavoro avrebbe come effetto indiretto quello di irrobustire la stabilità del posto di lavoro, seppur presidiata da una tutela sempre più debole.

7. *Gli accordi individuali in deroga*

Secondo il comma 6 della disposizione in esame “*possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione*”.

Con tali accordi è dunque possibile modificare, in senso peggiorativo per il lavoratore, non solo le mansioni, ma anche la categoria legale, il livello di inquadramento⁶⁶ e perfino la retribuzione acquisita.

Una così ampia potestà derogatoria è consentita nella ricorrenza di talune condizioni.

L'accordo dovrà esser stipulato “*nelle sedi di cui all'articolo 2113 c.c., quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione ...*”⁶⁷, con l'assistenza, ove richiesta dal lavoratore, di “*un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro*”⁶⁸.

Si tratta chiaramente dell'esigenza di proteggere la libera formazione della volontà del lavoratore dal rischio di pressioni indebite, tanto più ipotizzabili atteso che l'accordo avviene in costanza di rapporto di lavoro ed è perfino inutile dire dell'asimmetria delle condizioni psicologiche, e non solo, degli stipulanti.

Inoltre in tali casi l'accordo può farsi “*nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita*”, richiamandosi così taluni criteri direttivi della legge delega.

Al di là della difficoltà di dettagliare i possibili contenuti di siffatti interessi del lavoratore che giustificano la stipulazione⁶⁹, occorre soprattutto interrogarsi sul rilievo che essi possano avere sulla validità del negozio e sulla loro sindacabilità in giudizio.

Orbene, l'espressa previsione normativa ha fatto esprimere l'opinione che ritiene operante una nullità “*in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso*”⁷⁰.

⁶⁶ Anche più livelli di inquadramento inferiori secondo MIMMO, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁷ Si tratta delle cd. “sedi protette” previste dagli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater c.p.c. e dall'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003.

⁶⁸ Sui precedenti legislativi di tale modello di assistenza qualificata al lavoratore v. VOZA, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁹ Sui quali indaga GARGIULO, *Lo ius variandi*, cit., p. 629, cui si rinvia.

⁷⁰ Così DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 9. Al contrario, ZOLI, *op. cit.*, p. 20, ritiene discutibile che il

In realtà, una volta che il lavoratore avrà sottoscritto il patto, indicando la ricorrenza di uno degli interessi specificati dalla norma, il tutto con l'avallo della sede protetta, sarà per lui davvero complicato impugnare l'accordo con qualche probabilità di successo eccependo che detto interesse non sussisteva.

Piuttosto la tipizzazione degli interessi, in una ottica preventiva, dovrebbe rafforzare i compiti di vigilanza del soggetto innanzi al quale tali accordi sono conclusi, secondo taluno "tenuto a verificare la sussistenza dell'interesse addotto dal lavoratore"⁷¹, per cui, oltre a garantire una assistenza effettiva ed informata, l'organo di conciliazione dovrà valutare la genuinità della volontà dispositiva del subordinato in relazione all'interesse qualificato dalla norma.

8. Gli obblighi formativi

In base all'inedito comma 3 "Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni".

L'apprezzabile tentativo di introdurre il tema della formazione nelle dinamiche della mobilità endoaziendale si scontra con una discutibile formulazione della norma sul piano tecnico⁷², con prevedibili incertezze applicative che non consentono attese enfatiche.

C'è chi si interroga su quale parte del rapporto di lavoro gravi "l'assolvimento dell'obbligo formativo", considerato che vi è un obbligo di fornire formazione ma anche un dovere di eseguirla⁷³.

L'inciso "ove necessario" è talmente vacuo da rendere necessario confidare nell'intervento integrativo e chiarificatore della contrattazione collettiva.

Il generico richiamo al "mutamento di mansioni" e la collocazione del comma, incastonato tra il secondo ed il quarto, lasciano il dubbio se l'obbligo sorga solo in caso di adibizione a mansioni inferiori, ovvero anche nel caso

suddetto accordo sia sindacabile in giudizio in ordine alla veridicità delle ragioni addotte, sempre che non emerga un vero e proprio vizio del consenso o che sia fornita la prova della palese pretestuosità dell'interesse addotto, tale da condurre alla nullità dell'accordo per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge. Per FERRANTE, *op. cit.*, p. 9, il negozio sarebbe esposto ad un rischio di annullamento ai sensi dell'art. 1429 c.c.

⁷¹ VOZA, *op. cit.*, p. 13.

⁷² LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, cit., p. 12.

⁷³ LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, cit., p. 13.

di mobilità orizzontale e finanche di mansioni superiori, dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria.

L'unica cosa certa è che il mancato adempimento dell'obbligo formativo non invalida l'atto di assegnazione delle nuove mansioni, depotenziando però l'efficacia precettiva della norma⁷⁴.

Le conseguenze dell'inadempimento saranno, dunque, essenzialmente di tipo risarcitorio, anche se per il lavoratore sarà difficile allegare e provare il danno subito per la mancata formazione; potrebbe residuare un esercizio di autotutela da parte del dipendente che rifiuti di svolgere mansioni per le quali non ha la necessaria capacità⁷⁵, così come un esonero da responsabilità per lo svolgimento di compiti per i quali non è stato sottoposto alla necessaria formazione⁷⁶.

9. *Assegnazione a mansioni superiori*

Nel vigore della disciplina anteatta l'assegnazione a mansioni superiori diventava definitiva dopo un periodo comunque non superiore a tre mesi, in quanto la contrattazione collettiva poteva disporre solo in favore del lavoratore.

Attualmente, fermo il diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, la cd. promozione automatica si consegue “*dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi*” (comma 7)⁷⁷.

Dunque il periodo minimo che garantisce l'inquadramento superiore può essere liberamente determinato dalla contrattazione collettiva⁷⁸, sia *in melius* che *in peius*, e, ove essa manchi, il limite legale è comunque innalzato a “*sei mesi continuativi*”.

⁷⁴ In confronto basti pensare, ad esempio, alla ben diversa portata deterrente prevista per l'adempimento degli obblighi formativi nei contratti di formazione e lavoro suscettibili di conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

⁷⁵ MISCIONE, *op. cit.*, p. 444. In tal senso anche ZOLI, *op. cit.*, p. 18, il quale ipotizza tra le conseguenze ipotizzabili in ragione della previsione normativa anche l'esperibilità di un'azione di adempimento, ex art. 1453 c.c., ovvero la giusta causa delle dimissioni eventualmente rese dal lavoratore.

⁷⁶ GARGIULO, *Lo ius variandi ...*, cit., p. 627.

⁷⁷ La nuova disciplina si applica anche alla categoria dei quadri in quanto l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015 ha abrogato l'art. 6 della l. n. 190 del 1985 che prevedeva, in deroga all'art. 13 della l. n. 300 del 1970, che l'autonomia collettiva potesse allungare il termine di tre mesi previsto per la promozione.

⁷⁸ Anche in questo caso individuata dal rinvio di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015.

Si è esplicitato il requisito della continuità, già ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza, che ha però sovente sanzionato frazionamenti fraudolenti dell'adibizione a mansioni superiori operati dal datore di lavoro⁷⁹.

Inoltre il lasso temporale per conseguire il diritto all'inquadramento superiore era prima computabile tutte le volte in cui l'espletamento di mansioni superiori non avesse avuto luogo “*per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto*”⁸⁰, mentre ora si estende la preclusione dei periodi non utili ai fini della promozione automatica a tutte le ipotesi in cui l'assegnazione “*non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio*”.

Si esclude così che la sostituzione di un dipendente in servizio, qualsiasi sia la ragione dell'assenza, possa radicare il diritto alla stabilizzazione dell'inquadramento superiore⁸¹.

Infine, la disposizione lascia salva la “*diversa volontà del lavoratore*”, ipotizzando casi in cui il lavoratore per ragioni personali non ha interesse a conseguire la definitiva promozione⁸².

Si è detto trattarsi non di rifiuto a svolgere mansioni superiori, bensì di mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono, per cui, una volta superato il periodo minimo previsto, esso costituirebbe una rinun-

⁷⁹ Sugli orientamenti circa la cumulabilità dei distinti periodi di svolgimento delle mansioni superiori ai fini del conseguimento del diritto alla promozione, che dovrebbero tuttora mantenere una loro validità, v. BROLLO, VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da Persiani-Carinci), vol. IV, I, 2012, 576-577. Da ultimo cfr. Cass. n. 17870 del 2014.

⁸⁰ Secondo la Corte di cassazione per lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, la cui sostituzione da parte di altro lavoratore avente una qualifica inferiore non attribuisce a quest'ultimo il diritto alla promozione deve intendersi soltanto quello che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro, e non anche quello destinato, per scelta organizzativa del datore di lavoro, a lavorare fuori dell'azienda o in altra unità o altro reparto, o, ancora, inviato a partecipare ad un corso di formazione (Cass. n. 2280 del 2010; n. 14299 del 2006; n. 17659 del 2002; n. 3145 del 2002).

⁸¹ Viene fatto l'esempio della sostituzione del dipendente in ferie che non darebbe luogo a promozione automatica: DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 10; MISCIONE, *op. cit.*, p. 444, secondo il quale sarebbero escluse anche le sostituzioni “a cascata”, cioè le sostituzioni di chi sostituisce l'assente; precisa ZOLI, *op. cit.*, p. 21, che l'esenzione opera in tutti i casi in cui il lavoratore sia assente senza che il relativo rapporto sia sospeso, quindi non solo in caso di ferie, ma anche di permessi o di partecipazione a corsi di formazione o a missioni.

⁸² Si pensi alla volontà di sottrarsi alle maggiori responsabilità derivanti dal superiore inquadramento ovvero all'esigenza di evitare la perdita di tutele per il passaggio alla categoria dirigenziale (in termini CANALI DE ROSSI, *op. cit.*, p. 1345).

zia ad un diritto alla promozione già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, senza però meccanismi di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore⁸³.

Occorre tuttavia rammentare che per numerose pronunce della Cassazione, anche ove è in gioco la prosecuzione stessa del rapporto di lavoro, del diritto di impugnare il licenziamento il lavoratore può liberamente disporre, facendone oggetto di rinunce e transazioni che sono sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c.⁸⁴.

⁸³ Sul punto v. VOZA, *op. cit.*, p. 16, che registra una anomalia rispetto al regime generale di cui all'art. 2113 c.c. Secondo ZOLI, *op. cit.*, p. 23, la disposizione in esame "deroga espressamente la regola generale e configura quello alla promozione come un diritto disponibile". Si rammenta che la giurisprudenza che riconosceva validità ed efficacia alla rinuncia unilaterale del lavoratore alle mansioni superiori da lui svolte in concreto (Cass. n. 6515 del 1988; Cass. n. 11297 del 1991) si preoccupava di introdurre adeguati temperamenti per fugare il sospetto che l'atto dimissivo fosse frutto di un'imposizione del datore di lavoro in violazione dei limiti inderogabili posti dalla legge, onde richiedeva fosse acquisita la prova che la decisione unilaterale del lavoratore era stata determinata da una sua scelta esclusiva, operata in assenza di qualsivoglia sollecitazione, sia pure indiretta, del datore di lavoro, il quale l'aveva invece subita (Cass. n. 17793 del 1993).

⁸⁴ Tra le tante, cfr. Cass. n. 2721 del 1981; Cass. n. 12745 del 1992; Cass. n. 11581 del 1997; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 12301 del 2003.

Abstract

L'Autore esamina la riforma della disciplina delle mansioni introdotta dal d.lgs. n. 81 del 2015, anche attraverso una ricognizione ragionata dei primi commenti della dottrina. In particolare, si interroga se la scomparsa dell'equivalenza dal testo del novellato art. 2103 c.c. consenta di ritenere ancora tutelato, ed eventualmente entro quali nuovi confini, il bene della professionalità. Per dare una risposta attendibile si rammentano taluni significativi arresti delle Alte Corti onde verificarne il possibile effetto sull'interpretazione della mutata disciplina, prefigurando itinerari giurisprudenziali e prospettando qualche soluzione

The Author examines the new rules of employees' duties introduced by Legislative Decree no. 81/2015, through a rational analysis of the first doctrinal comments. He wonders particularly whether worker's expertise may be considered as still protected – and eventually within which new boundaries – since the notion of 'equivalence' has been repealed in new Article 2103 of Civil Code. In order to give a reliable answer, the Author recalls some significant judgments of the High Courts, verifying their potential impact on the interpretation of the new rules, proposes a possible jurisprudential development and suggests some solutions.

Key words

Mansioni, equivalenza, tutela della professionalità.

Tasks, equivalence, protection of expertise.

Paola Bozzao

Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme

Sommario: **1.** Le riforme del 2015: la collocazione degli ammortizzatori sociali nel disegno complessivo del Jobs Act. **2.** Sostegno al reddito e cessazione del rapporto di lavoro. **2.1.** Verso un modello unitario di tutela: la Naspi. **2.2.** Universalità di tutele: un obiettivo (ancora una volta) mancato. La Dis-Coll. **2.3.** Dalla corrispettività alla solidarietà: l'Asdi. **3.** Il sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro. **3.1.** La razionalizzazione delle integrazioni salariali. **3.2.** Le novità per i fondi di solidarietà bilaterali. **4.** I profili problematici della disciplina e alcune brevi conclusioni.

1. Le riforme del 2015: la collocazione degli ammortizzatori sociali nel disegno complessivo del Jobs Act

La materia degli ammortizzatori sociali è stata completamente revisionata nel corso del 2015, a seguito dell'entrata in vigore della l. 10.12.2014, n. 183 (c.d. Jobs Act) e dei suoi decreti attuativi. La nuova normativa, contenuta in due decreti legislativi emanati nei mesi di marzo e settembre 2015, si inserisce nel solco della riforma approvata appena tre anni fa (artt. 2 e 3, l. 28.6.2012, n. 92, c.d. Riforma Fornero), e porta a maturazione alcune delle scelte già delineate in quel provvedimento legislativo. Il nuovo impianto mira, nel suo insieme, a razionalizzare e semplificare l'intera disciplina pre-vigente, facendo propria un'accezione ampia e antica di ammortizzatori sociali che include gli strumenti di sostegno al reddito garantiti non solo in caso di disoccupazione involontaria, ma anche in costanza di rapporto di lavoro (integrazione salariale ordinaria e straordinaria, contratti di solidarietà e fondi di solidarietà bilaterali). Di tale nuovo e assai articolato impianto normativo il presente lavoro intende proporre una prima sistemazione critica, considerando in ogni caso che la complessità del nuovo assetto, e la sua re-

cente emanazione, non ne consentono, al momento, una valutazione troppo analitica. La prospettiva prescelta sarà, quindi, quella di verificare l'impatto innovativo in termini di assetto protettivo garantito ai lavoratori, con richiamo alle caratteristiche generali e qualche più puntuale approfondimento normativo, utile a confermare le valutazioni d'insieme e a evidenziarne i principali profili problematici.

La complessità del quadro normativo emerge, *in primis*, dalla diversa tecnica legislativa utilizzata nei due decreti. E infatti, il d.lgs. 4.3.2015, n. 22 innova i trattamenti di disoccupazione innestando la nuova normativa nel contesto di quella previgente (art. 2, l. n. 92/2012), che non risulta quindi abrogata. Così la Naspi è istituita "nell'ambito" dell'Aspi (art. 1), la cui disciplina resta in vigore «in quanto compatibile» (art. 14); di modo che è rimesso all'interprete il compito di raccordare le due discipline e individuare, di volta in volta, le disposizioni effettivamente applicabili¹. Nel caso delle misure di sostegno al reddito in costanza di lavoro, invece, il legislatore si è mostrato decisamente più ambizioso, e ha raccolto in un unico testo normativo una legislazione previdenziale estremamente frammentata, stratificatisi nel corso di circa 70 anni. Il recentissimo d.lgs. 14.9.2015, n. 148 riordina, così, l'intera materia, innovandone il contenuto, e abroga espressamente un lungo elenco di norme previgenti, indicando comunque "a chiusura" la clausola generale di abrogazione di ogni altra disposizione contraria o incompatibile con le nuove (co. 4).

Ai fini della comprensione della nuova disciplina, è fin d'ora necessario contestualizzarne i contenuti all'interno di un disegno riformatore ben più ampio, che ha investito – tra l'altro – le regole in materia di flessibilità in entrata e in uscita dal mercato del lavoro (tipologie contrattuali di accesso al lavoro e disciplina del licenziamento individuale), così come quelle dei servizi per l'impiego e delle politiche attive. Quest'ultimo intervento, attuato con il d.lgs. 14.9.2015, n. 150, investe in particolare il profilo della *governance*, in risposta all'inadeguatezza dimostrata, il più delle volte, dai centri per l'impiego nella gestione delle politiche attive e nell'accertamento degli obblighi di condizionalità per l'accesso alle politiche passive². La revisione così operata vuole garantire un più efficiente intreccio tra politiche attive e passive, collegando

¹ Per alcune prime indicazioni, v. le Circ. INPS 12.05.2015, n. 94, e 29.7.2015, n. 142.

² La complessità dell'intreccio è ben evidenziata da VARESI, *La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive*, in questa Rivista, 2014, p. 507 ss.

seriamente l'utilizzo degli ammortizzatori sociali, che costituiscono una risorsa nazionale, alle politiche attive, che rinvergono il loro perno operativo nei centri per l'impiego. L'accesso e il mantenimento di tutti i trattamenti di disoccupazione, così come degli strumenti di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, è oggi subordinato al rispetto di meccanismi di condizionalità ancora più rigidi che in passato, con previsione di un impianto sanzionatorio molto articolato e graduato in ragione della gravità del comportamento omissivo tenuto dal beneficiario della prestazione (artt. 21 e 22). L'enfasi è posta, inoltre, sulla valorizzazione della ricollocazione incentivata, il cui perno ruota intorno all'assegno di ricollocazione; istituto la cui portata applicativa è stata, invero, notevolmente attenuata a seguito della nuova disciplina introdotta dall'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015. Esso infatti, era stato originariamente rivolto a tutti i soggetti in stato di disoccupazione (art. 17, d.lgs. n. 22/2015); il timore di un eccessivo affollamento, difficilmente gestibile con le risorse organizzative, pubbliche e private, esistenti ha condotto il legislatore a circoscrivere il riconoscimento dell'assegno (già contratto) di ricollocazione³ esclusivamente ai percettori della Naspi, disoccupati da più di quattro mesi, qualora ne facciano richiesta. I compiti e le funzioni assegnate ai servizi per l'impiego risultano comunque, nel complesso, notevolmente arricchiti; da qui la necessità di un serio rafforzamento dell'apparato amministrativo ad esso preposto, così come di un sinergico coordinamento tra strutture pubbliche e private, che possa risultare davvero funzionale ad assicurare l'efficiente incontro tra domanda e offerta di lavoro.

2. *Sostegno al reddito e cessazione del rapporto di lavoro*

Muovendo da un esame diacronico della nuova disciplina, il primo provvedimento che viene in rilievo è il d.lgs. n. 22/2015, attuativo della delega contenuta nell'art. 1, co. 2, lett. b), l. n. 183/2014, con il quale si riordinano gli strumenti di sostegno al reddito in caso di disoccupazione involontaria⁴.

³ Con il d.lgs. 150 non si parla più, infatti, di "contratto di ricollocazione" ma di assegno; lo scarto semantico è ben evidenziato da ESPOSITO M., *Servizi e politiche per il lavoro nel "Jobs Act": riforme, vincoli e necessità*, in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di R. De Luca Tamajo.

⁴ Sui contenuti del d.lgs. n. 22/2015 v. diffusamente BOZZAO, *I nuovi trattamenti di disoccupazione: a piccoli passi verso l'Europa*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e*

Tale revisione fa da *pendant* alla ridefinizione delle regole di flessibilità in uscita per i lavoratori assunti a tempo indeterminato successivamente alla data del 7 marzo 2015 (di cui allo speculare d.lgs. n. 23/2015), nell'evidente auspicio di riequilibrare l'abbassamento delle tutele interne al rapporto con l'incremento di quelle apprestate nel mercato del lavoro; la strumentazione prescelta si incentra dunque, ancora una volta, su un mix di politiche di *flexibility* e *security* coerenti con i principi di matrice europea⁵.

Il nuovo decreto apre una seconda fase di riassetto normativo dei trattamenti di disoccupazione, che si articola, oggi, lungo tre linee direttrici: l'omogeneizzazione degli istituti vigenti in un unico trattamento (la Naspi), incentrato sul rafforzamento del criterio assicurativo; la sua universalizzazione, fino a ricomprendervi l'area del lavoro autonomo economicamente dipendente; l'introduzione di un sussidio di disoccupazione, a carattere non contributivo, rivolto ai disoccupati che hanno già usufruito della Naspi, se abili al lavoro e in condizione economica di bisogno. Quest'ultima misura appare, senza dubbio, quella dotata di maggiore portata innovativa, introducendosi per la prima volta un sussidio con funzione assistenzialistica, seppure a carattere non universalistico; con esso il sistema di protezione italiano si avvicina all'Europa, uniformandosi a modalità protettive già ampiamente diffuse in molti sistemi di sicurezza sociale vigenti in Paesi europei.

2.1. Verso un modello unitario di tutela: la Naspi

La strumentazione utilizzata per il *restyling* della materia si incardina su una nuova misura di sostegno al reddito, poco fantasiosamente denominata

Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23, Giappichelli, 2015, 201-218; NATALINI, *La riforma dell'Aspi nell'ambito del Jobs Act: nasce la Naspi. Come cambia il sussidio di disoccupazione. Le ulteriori novità: la Dis-Coll e l'Asdi*, ivi, 219 ss.; GAROFALO, *Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22: un primo commento*, in *RDSS*, 2/2015, 385 ss.

⁵ In questo senso, v. – già con riferimento alle disposizioni contenute nella l. n. 92/2012 – BOZZAO, *La tutela previdenziale nel c.d. lavoro flessibile*, in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet Giuridica, 2014, 2298 ss.; con riferimento alla normativa del 2015, v. EAD., *I nuovi trattamenti di disoccupazione...*, cit., spec. 202; di recente, riprende questa posizione ORLANDINI, *La via italiana alla flexicurity: la riforma degli ammortizzatori sociali nel Jobs Act*, in *QG*, 3/2015, 67. Per una prospettiva più generale, v. ZOPPOLI L., *Flexicurity*, voce *Enc. giur. Treccani on line*, 2015; e GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di Flexicurity: andata e ritorno*, in *LD*, 2015, 241 ss.

Nuova Aspi (Naspi), che sostituisce l'Aspi e la miniAspi⁶ per gli eventi di disoccupazione successivi al 1° maggio 2015.

Passando ad analizzare i tratti innovativi della Naspi, e le sue ricadute sulla protezione dei futuri disoccupati, il nuovo trattamento conferma, seppure con alcuni aggiustamenti, le linee essenziali delle misure previgenti, con indubbio rafforzamento della natura contributiva-assicurativa dell'istituto⁷. Tra le innovazioni più significative si segnala, in questa sede, la previsione di requisiti contributivi minimi richiesti per l'accesso alla Naspi⁸ meno stringenti rispetto alla normativa previgente, che dovrebbero consentire l'ampliamento della platea dei potenziali beneficiari, a vantaggio anche dei lavoratori occupati in attività lavorative precarie e discontinue⁹. Ma anche il rafforzamento del *quantum* della prestazione percepita nei primi mesi di disoccupazione, realizzato attraverso l'elevazione del limite massimo di importo a 1300 € mensili (rispetto ai 1.167,91 € mensili in vigore nel 2015); vantaggio iniziale significativamente ridimensionato, però, dalla repentina operatività del meccanismo del *decalage* del trattamento nel tempo (3% ogni mese, a partire dal quarto). Il reiterato abbattimento del trattamento è frutto, probabilmente, del necessario contemperamento con il prolungamento della durata di erogazione della Naspi, ora espressamente e in via generale rapportata all'anzianità contributiva vantata dal lavoratore, con «incremento della durata massima per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti» (art. 1, co. 2, lett. b), n. 2, l. n. 183/2014), con un massimo di 24 mesi¹⁰. A ben vedere, la stretta correlazione tra durata

⁶ Per l'analisi di tali istituti, v. BOZZAO, *Aspi*, voce *Enc. giur. Treccani on line*, 2014.

⁷ RENGA, *Post fata resurgo: la rivincita del principio assicurativo nella tutela della disoccupazione*, in *LD*, 1/2015, 77 ss.

⁸ Sono richiesti infatti – oltre alla presenza dello stato di disoccupazione – il soddisfacimento di almeno tredici settimane di contribuzione negli ultimi quattro anni, e trenta giornate di lavoro effettivo nell'anno precedente la disoccupazione (a prescindere dal raggiungimento del minimale contributivo).

⁹ Continuano però a restare esclusi dalla tutela i lavoratori con contratto di lavoro a tempo parziale verticale su base annua.

¹⁰ La Naspi è infatti corrisposta “per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni” (art. 5, d.lgs. n. 22/2015). Rispetto alla condizione di accesso all'Aspi, quindi, è ora richiesto il soddisfacimento di una raddoppiata anzianità contributiva, per poter accedere al medesimo periodo di fruizione della prestazione: si introduce, cioè, un rapporto “2 a 1”, mentre ai fini della percezione dell'Aspi il rapporto era “paritario”, riconoscendosi la prestazione per un periodo pari a quello lavorato, pur entro i massimali di 12/18 mesi. Ai fini del calcolo della durata di erogazione della Naspi, poi, non si computano i periodi contributivi che hanno già dato luogo all'erogazione dei trattamenti di disoccupazione

del trattamento e storia contributiva del beneficiario era già elemento caratterizzante l'erogazione dell'Aspi¹¹. La nuova previsione, piuttosto, supera la durata differenziata di godimento della prestazione in ragione dell'età anagrafica del beneficiario¹²; previsione, quest'ultima, finalizzata a favorire il disoccupato più anziano (over cinquantacinquenne), in ragione delle maggiori difficoltà occupazionali da questi rinvenute nel mercato del lavoro. La rigida applicazione del principio corrispettivo non rinviene, dunque, alcun correttivo a favore dei soggetti difficilmente ricollocabili; mentre sarebbe stato più opportuno mantenere criteri che valorizzassero, a tal fine, anche il profilo personale di occupabilità del disoccupato¹³. Il periodo di godimento della Naspi era stato, inizialmente, ridotto a 18 mesi (78 settimane) per gli eventi di disoccupazione successivi al 1° gennaio 2017. Sennonchè tale limitazione, riconducibile alla necessità di contenere gli oneri derivanti dal transito in Aspi dei percettori del trattamento di mobilità¹⁴, è stata opportunamente superata dal legislatore più recente (art. 43, co. 3, d.lgs. n. 148/2015), che ha esteso la durata dei 24 mesi anche per gli eventi di disoccupazione successivi al 2017.

Alla finalità di contenimento degli oneri economici è poi riconducibile la previsione che introduce un tetto retributivo alla contribuzione figurativa riconosciuta durante il godimento della Naspi, pari a 1,4 volte la misura massima mensile della Naspi per l'anno in corso (1820 €, per il 2015). Tale previsione – il cui impatto risulta attenuato per i soli lavoratori che applicano il sistema di calcolo misto (art. 10, co. 2) – colpisce negativamente i lavoratori più giovani, che ricadono integralmente nel metodo contributivo¹⁵; per essi l'apposizione del richiamato massimale impoverisce e rallenta la costruzione

(art. 5, co. 1); per il superamento – seppure limitatamente agli eventi di disoccupazione verificatisi entro il 31.12.2015 – dei problemi applicativi di tale norma nei confronti dei lavoratori stagionali, v. l'art. 43, co. 4, d.lgs. n. 148/2015.

¹¹ E infatti per i disoccupati di età superiore ai 55 anni, già la legge n. 92/2012 aveva disposto la corresponsione di tale trattamento per un periodo massimo di 18 mesi, «nei limiti delle settimane di contribuzione negli ultimi due anni» (art. 2, co. 11, lett. b).

¹² Per l'Aspi, tale durata sarebbe stata pari, a decorrere dal 1° gennaio 2016, a 12 mesi per i lavoratori con meno di 55 anni e 18 mesi per quelli con più di 55 anni: art. 2, co. 11, l. n. 92/2012; per il periodo transitorio, v. l'art. 2, co. 45.

¹³ Come si prevede, del resto, ai fini della determinazione dell'assegno individuale di ricollocazione, di cui all'art. 23 del d.lgs. n. 150/2015.

¹⁴ Per l'analisi di tale istituto sia consentito, per tutti, il rinvio a BOZZAO, *Indennità di mobilità*, voce *Enc. giur. Treccani on line*, 2015.

¹⁵ V. anche CINELLI, *Jobs act e dintorni. Appunti sulle metamorfosi in progress nel sistema delle tutele sociali*, in *RDSS*, 2/2015, 289 ss.

del montante contributivo individuale che darà luogo alla determinazione della pensione, potendo così ostacolare il raggiungimento della condizione economica di accesso alla pensione¹⁶.

Il decreto n. 22/2015 conferma, infine, la finalità occupazionale dell'Aspi, e riconosce ai beneficiari della Naspi – a particolari condizioni – la possibilità di svolgere una nuova occupazione, incentivando altresì l'avvio di un'attività autonoma professionale o imprenditoriale, ovvero l'associazione in cooperativa. La nuova disciplina riprende, in buona misura, quanto già disposto in materia dalla l. n. 92/2012, superando però il principio – ivi contenuto – di incompatibilità tra retribuzione da lavoro subordinato e percezione del trattamento di disoccupazione. Il nuovo regime di compatibilità e cumulabilità della Naspi con i redditi derivanti dal lavoro subordinato risulta modulato in base all'importo del reddito annuale derivante da tale attività: se esso è superiore al reddito minimo escluso da imposizione fiscale (8.000 €) si decade dalla prestazione, a meno che la durata del rapporto di lavoro non superi i sei mesi: in tal caso la Naspi è sospesa d'ufficio per tutta la durata del rapporto stesso. Se viceversa il reddito percepito è inferiore a tale soglia, è prevista la conservazione del trattamento di disoccupazione, secondo un regime di cumulabilità parziale analogo a quello previsto per i casi di svolgimento di attività lavorativa autonoma di importo modesto¹⁷. La generalizzazione di un regime di cumulo molto limitativo rischia, in realtà, di alimentare il fenomeno del lavoro sommerso, già molto diffuso nelle occupazioni poco remunerate.

In caso di avvio di un'attività di lavoro autonomo o di impresa individuale (nonché di associazione in cooperativa), risulterà maggiormente appetibile il ricorso alla liquidazione anticipata dell'indennità non ancora erogata, in un'unica soluzione (art. 8). Il legislatore del 2015 conferma infatti la possibilità di optare per la capitalizzazione del trattamento previdenziale, in luogo della tradizionale erogazione in forma periodica; si tratta, in questo caso, di una norma promozionale, volta a ridurre la pressione sul mercato del lavoro subordinato, attraverso la creazione dei presupposti affinché nuovi

¹⁶ V. l'art. 24, co. 7, d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito da l. 22.12.2011, n. 214.

¹⁷ Tale importo era originariamente parametrato al reddito utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione, di cui all'art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. 21.04.2000, n. 181. A seguito dell'abrogazione di tale norma (art. 34, co. 1, lett. g), d.lgs. n. 150/2015), il reddito da assumere a riferimento è, oggi, quello corrispondente a un'imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell'art. 13, d.P.R. 22.12.1986, n. 917: art. 10, co. 1, d.lgs. n. 22/2015, come mod. dall'art. 34, co. 3, let. a), d.lgs. n. 150/2015.

soggetti assumano iniziative di natura imprenditoriale o professionale. L'indennità perde, in tal modo, la sua connotazione di tipica prestazione di sicurezza sociale e si configura come un contributo economico destinato a sopperire alle spese iniziali di un'attività che il lavoratore svolgerà in proprio. Questo è il percorso maggiormente incentivato dal legislatore, e che ha già trovato ampio riscontro fattuale, soprattutto da parte dei disoccupati in età avanzata, difficilmente ricollocabili nell'area del lavoro subordinato; tanto che la possibilità di avvalersi dell'anticipazione del trattamento previdenziale, già temporaneamente prevista per l'Aspi, perde ora il carattere della sperimentaltà e diviene misura strutturale, non più assoggettata ad un *plafond* massimo di spesa.

2.2. Universalità di tutele: un obiettivo (ancora una volta) mancato. La Dis-Coll

Tra i principi dettati dalla legge delega n. 183/2014 era poi ricomparsa l'universalizzazione del campo di applicazione dell'Aspi, espressamente riferita alla «estensione ai lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, fino al suo superamento ... mediante l'abrogazione degli attuali strumenti di sostegno del reddito, l'eventuale modifica delle modalità di accredito dei contributi e l'automaticità delle prestazioni, e prevedendo, prima dell'entrata a regime, un periodo almeno biennale di sperimentazione a risorse definite» (art. 1, co. 2, lett. b), n. 3). Nelle intenzioni del legislatore delegante, l'enfasi sulla universalizzazione era dunque specificamente orientata alla parificazione delle tutele per tutti i lavoratori economicamente dipendenti, da realizzarsi attraverso l'inclusione di una più ampia cerchia di lavoratori autonomi, che inglobasse quella dei collaboratori a progetto, già destinatari di un'apposita indennità *una tantum*¹⁸. Per questi ultimi lavoratori, del resto, già la l. n. 92/2012, aveva previsto – all'esito di un apposito monitoraggio – l'intensificazione delle tutele, attraverso l'estensione della miniAspi.

L'obiettivo resta però, ancora una volta¹⁹, del tutto disatteso, registrandosi al riguardo lo scostamento più rilevante tra i principi della delega e la loro attuazione; per tali lavoratori il decreto n. 22/2015 introduce, infatti, un'indennità diversa dalla Naspi – per requisiti, durata e finanziamento – denominata *Dis-Coll*²⁰. Soffermando l'attenzione sui tratti principali della nuova

¹⁸ Art. 2, co. 51 ss., l. n. 92/2012.

¹⁹ V. già l'art. 1, co. 1, lett. d), l. n. 92/2012.

²⁰ Per la puntuale analisi dell'istituto v. NATALINI, *La riforma dell'Aspi nell'ambito del Jobs Act*, cit., spec. 239 ss. V. Anche la Circ. INPS 27.04.2015, n. 83.

misura, essa presenta, indubbiamente, un campo di applicazione soggettivo più ampio rispetto a quella previgente, essendo erogata mensilmente ai collaboratori²¹, anche a progetto, iscritti in via esclusiva alla Gestione separata²², che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione. Più *soft* sono poi le condizioni richieste per il suo godimento; diversa la modalità di determinazione dell'importo, in precedenza calcolato in percentuale (7%) del minimale annuo imponibile per artigiani e commercianti, moltiplicato per il numero minore tra le mensilità accreditate e quelle non coperte nell'anno precedente, e ora rapportato alla retribuzione imponibile ai fini previdenziali dell'anno in cui si verifica la scadenza del contratto e dell'anno solare precedente, con applicazione delle medesime modalità di calcolo previste per la Naspi; la prestazione è erogata mensilmente²³, per un periodo non superiore ai sei mesi.

Il vero limite della Dis-Coll si rinviene, però, nel suo carattere sperimentale, essendo riconosciuta in relazione ai nuovi eventi di disoccupazione involontaria verificatisi nel corso del 2015, sospendendosi, fino al 31 dicembre 2015, l'efficacia delle disposizioni che disciplinavano l'indennità *una tantum* per i collaboratori a progetto²⁴. La misura è stata, da ultimo, rifinanziata per gli eventi intercorsi nel 2016²⁵. Si tratta di una proroga opportuna, soprattutto a seguito del superamento della tipologia contrattuale da ultimo richiamata²⁶ e della prevedibile attrazione di tali lavoratori – laddove non sussistano i requisiti per la riconducibilità al lavoro subordinato – nella (seppur ridimensionata) area delle collaborazioni coordinate e continuative.

3.3. Dalla corresponsività alla solidarietà: l'Asdi

Il perno della riforma si rinviene, infine, nell'introduzione di un assegno universale per chi perde il posto di lavoro, l'Asdi (Assegno di disoccupazione);

²¹ Devono ritenersi inclusi nella platea dei possibili beneficiari anche coloro che abbiano collaborato in modo coordinato e continuativo con le pubbliche amministrazioni.

²² Sono esclusi gli amministratori, i sindaci, i pensionati e i titolari di partita IVA.

²³ L'indennità era pagata in un'unica soluzione nel caso l'importo fosse inferiore a 1.000 euro, in più rate mensili se l'importo risultava superiore.

²⁴ Art. 2, co. 51 ss., l. n. 92/2012.

²⁵ Seppure nel limite di un plafond di risorse: art. 1, co. 310, l. n. 28.12.2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

²⁶ Art. 52, co. 1, d.lgs. 15.6.2015, n. 81.

con tale misura si introduce un secondo livello di prestazioni di disoccupazione a carattere non (strettamente) contributivo. A ben vedere, all'Asdi può essere attribuita una natura mista: da una parte, esso assolve ad una funzione "assistenziale", essendo destinato a fornire un sostegno economico finanziato con risorse pubbliche, previa verifica della situazione di bisogno del beneficiario e del suo nucleo familiare; dall'altra, viene erogato al disoccupato solo in presenza di stringenti requisiti soggettivi e oggettivi. L'Asdi viene introdotto, infatti, facendo seguito alle ampie cautele mostrate dal legislatore delegante, evidentemente dettate dalla necessità di verificare attentamente la sostenibilità economica del nuovo istituto. E di tali cautele la nuova misura porta il peso, per: il suo carattere sperimentale, inizialmente limitato a pochi mesi del 2015 e, solo più di recente, temporalmente prorogato (art. 43, co. 5, d.lgs. n. 148/2015); il limite di un determinato *plafond* di risorse, che – privilegiando (ancora una volta) la logica del "chi tardi arriva male alloggia" – rende difficile l'inquadramento di tale posizione quale vero e proprio diritto soggettivo; il circoscritto campo di applicazione soggettivo, essendo lo strumento riservato ai soli beneficiari della Naspi in situazione di bisogno economico (con esclusione, quindi, dei percettori dell'Aspi, così come dell'intera area del lavoro autonomo beneficiaria della *Dis-Coll*) e destinato – nel suo primo anno di applicazione – prioritariamente ai disoccupati appartenenti a nuclei familiari con minorenni e, quindi, ai lavoratori in età prossima al pensionamento; la limitata durata di erogazione (sei mesi); il suo modesto importo, parametrato a quello dell'ultima indennità Naspi percepita e che non potrà, comunque, risultare superiore all'assegno sociale²⁷. Al pari degli altri trattamenti di disoccupazione, poi, anche l'Asdi è assoggettato ad un rigido regime di condizionalità, essendo la sua corresponsione vincolata all'adesione del beneficiario a un progetto personalizzato di inserimento nel mercato del lavoro, redatto dai competenti servizi per l'impiego. Tale connotazione "proattiva" caratterizza anche la Carta acquisti sperimentale, prestazione assistenziale avviata nel 2013 quale strumento di contrasto alla povertà assoluta, e prototipo del "Sostegno per l'inclusione attiva" (SIA)²⁸; misura, quest'ultima, con la quale l'Asdi dovrà essere attentamente coordinato²⁹.

²⁷ Sono previste maggiorazioni, in presenza di carichi familiari.

²⁸ Art. 60, d.l. 9.2.2012, n. 5, conv. da l. 4.4.2012, n. 35; e art. 1, co. 216, l. 27.12.2013, n. 147.

²⁹ Sulla disciplina di dettaglio necessaria per l'avvio dell'Asdi, v. il decreto interministeriale 9.10.2015, e la nota direttoriale 29.12.2015, prot. n. 33/6704.

3. *Il sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro*

La tenuta dell'impianto protettivo fin qui richiamato è funzionalmente correlata alla strumentazione predisposta dall'ordinamento per la gestione delle crisi occupazionali a carattere temporaneo, specie se di particolare intensità. La materia è oggi disciplinata nel d.lgs. n. 148/2015 che – in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, co. 2, lett. a) della l. n. 183/2014 – completa la revisione degli ammortizzatori sociali e riordina in un unico corpo normativo gli strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro, riconosciuti al verificarsi di sospensioni lavorative “qualificate”. La semplificazione non è solo formale, ma anche sostanziale, e mira a snellire e razionalizzare il ricorso alle integrazioni salariali, attraverso: la maggiore inclusività della cassa integrazione guadagni, così come dei fondi di solidarietà; l'uso più attento e responsabile della cassa integrazione, con previsione di norme che favoriscono il ricorso alla riduzione dell'orario di lavoro, piuttosto che alla sospensione lavorativa; la semplificazione delle procedure di autorizzazione e accesso all'integrazione ordinaria (artt. 15-16) e a quella straordinaria (artt. 24-25); il superamento degli ammortizzatori in deroga, già prospettato nella riforma del 2012 ma più volte rifinanziati, in ragione della perdurante crisi occupazionale³⁰.

3.1. *La razionalizzazione delle integrazioni salariali*

Alla revisione delle integrazioni salariali, solo marginalmente interessate dalla l. n. 92/2012³¹, è dedicato il Titolo I del decreto, articolato in norme generali (Capo I), che costituiscono una base di regole comuni applicabili ad entrambe le forme di integrazione salariale; e in norme specifiche, rivolte alla cassa integrazione guadagni ordinaria (Capo II) e straordinaria (Capo III)³².

Tra le disposizioni comuni, le novità più significative riguardano, in-

³⁰ V., da ultimo, l'art. 2, d.l. 21.5.2015, n. 65, conv. da l. 17.7.2015, n. 109. Per il rifinanziamento dello strumento, per l'anno 2016, v. l'art. 1, co. 304, l. 208/2015.

³¹ Per una recente ricostruzione della disciplina previgente, v. GAROFALO, *Cassa Integrazione Guadagni*, voce *Enc. giur. Treccani on line*, 2014, e ivi ampi riferimenti bibliografici.

³² Per l'analisi di tale nuova disciplina v. NICOLINI, *La nuova disciplina della cassa integrazione guadagni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 269/2015; per i primi criteri applicativi, v. la circ. INPS 2.12.2015, n. 197.

nanzitutto, l'ampliamento del campo di applicazione soggettivo dei trattamenti di integrazione salariale, ora concessi anche ai lavoratori assunti con contratto di apprendistato, ma solo nella tipologia professionalizzante (art. 2); gli apprendisti, peraltro, erano già beneficiari di una forma di tutela in costanza di lavoro, sia pure attraverso misure transitorie, per effetto della legislazione sugli ammortizzatori sociali in deroga degli anni passati. L'estensione incontra altri limiti, rinvenibili nelle circoscritte causali di intervento per essi integrabili (art. 2, co. 2)³³: di modo che il carattere protettivo risulta, per tali lavoratori, di fatto depotenziato. Il decreto introduce poi limiti temporali più stringenti per il ricorso alle integrazioni salariali: la durata massima complessiva viene fissata in 24 mesi³⁴ per ciascuna unità produttiva, da calcolarsi per di più in un quinquennio che torna ad essere mobile (come già previsto dalla l. n. 223/1991), contro gli attuali 36 mesi nel quinquennio fisso. Ancora, si incentiva l'utilizzo di strumenti di sostegno al reddito che prevedano la riduzione dell'orario di lavoro, piuttosto che la sospensione dell'attività lavorativa, in particolare attraverso il ricorso ai contratti di solidarietà³⁵; l'obiettivo è quello di favorire non solo la conservazione del posto di lavoro, ma anche la professionalità del lavoratore, che mantiene il legame con l'azienda da cui dipende, in attesa della normale ripresa produttiva. Ai lavoratori coinvolti in una riduzione dell'orario normale superiore al 50% dell'orario, e beneficiari di un'integrazione salariale (anche da parte dei fondi di solidarietà: v. *infra*, par. 3.2), si applica un rafforzato meccanismo di condizionalità, secondo modalità sanzionatorie modulate in base alla gravità della condotta non partecipativa del beneficiario.

Novità comuni, investono, infine, il profilo del finanziamento dei trattamenti di integrazione salariale. Qui si prevede una maggiore partecipazione delle imprese utilizzatrici, sulle quali grava un contributo addizionale non più commisurato all'organico aziendale, ma connesso all'utilizzo effettivo del trattamento (con un meccanismo che ne aggrava la misura all'aumentare del

³³ Ovvero la sola causale di crisi aziendale, per le imprese destinatarie della cassa integrazione straordinaria, o i soli trattamenti ordinari per le imprese destinatarie di entrambe le tipologie di integrazione salariale.

³⁴ Limite elevato a trenta mesi per alcune imprese, tra cui quelle del settore edile.

³⁵ Ai fini del raggiungimento dei 24 mesi la durata dei trattamenti per la causale del contratto di solidarietà (v. *infra*) viene infatti computata nella misura della metà (e per intero per la parte eccedente i 24 mesi): art. 22, co. 5.

ricorso: 9-12-15%, se si utilizza l'istituto rispettivamente meno di un anno, più di un anno o più di 24 mesi, sempre nel quinquennio mobile); aumento compensato, ma per la sola integrazione ordinaria, dalla parallela riduzione della contribuzione ordinaria. L'incremento del contributo addizionale vuole favorire una maggiore responsabilizzazione delle aziende nell'utilizzo dello strumento; e tuttavia, è indubbio che esso intervenga proprio nel momento di loro maggiore difficoltà, in una situazione di crisi economica del Paese che presenta confini temporali ancora molto incerti.

Scorrendo poi rapidamente le principali innovazioni introdotte dalle norme specifiche, il decreto riordina, innanzitutto, il trattamento ordinario di integrazione salariale, senza apportare sostanziali modifiche rispetto all'assetto normativo previgente. Tra le novità si segnala, comunque, oltre alla richiamata rimodulazione a ribasso (di circa il 10%) delle aliquote contributive ordinarie (differenziate in base ai diversi settori e alla dimensione aziendale: art. 13), la previsione per cui l'accesso alle prestazioni deve risultare sempre subordinato al conseguimento di un'anzianità minima di lavoro effettivo presso l'unità produttiva interessata, pari almeno a 90 giorni³⁶; così omogeneizzandosi, con chiara finalità antielusiva, le condizioni per il godimento di tutti i trattamenti di integrazione salariale³⁷. E quella riguardante la durata massima del ricorso all'istituto, che conserva il regime precedente, con previsione, però, di un contingentamento del numero massimo di ore autorizzabili, che non potrà eccedere il limite di un terzo delle ore ordinarie lavorabili nel biennio mobile, con riferimento a tutti i lavoratori dell'unità produttiva mediamente occupati nel semestre precedente la domanda di concessione dell'istituto (art. 12, co. 5). Di fatto, questa previsione ridurrà la durata massima del ricorso, soprattutto se lo strumento sarà utilizzato a zero ore e interesserà un numero consistente di lavoratori.

La cassa integrazione guadagni straordinaria subisce un significativo depotenziamento, che investe soprattutto le causali d'intervento e la durata. Così, relativamente alle prime, si porta a compimento l'eliminazione, a far data dal 1° gennaio 2016, della causale di crisi per cessazione dell'attività aziendale o di un ramo di essa (con una norma temporanea di salvaguardia,

³⁶ A meno che il ricorso alla c.i.g.o non avvenga per eventi oggettivamente non evitabili: art. 1, co. 2, d.lgs. n. 148/2015, come mod. ex art. 1, co. 308, l. n. 208/2015.

³⁷ Si ricorda che un'anzianità minima lavorativa di 90 giorni (seppure non effettiva) era già richiesta per l'accesso all'integrazione salariale straordinaria: art. 8, co. 3, d.l. n. 86/1988, conv. da l. n. 160/1988.

qualora sia concreta la possibilità che subentri un nuovo imprenditore). La finalità è quella – già perseguita dalla l. n. 223/1991 – di non consentire l'utilizzo dell'integrazione salariale in situazioni di eccedenza strutturale di personale: dal 2017, però, senza più il “paracadute” dell'indennità di mobilità. Tra le causali integrabili sono poi ricomprese la riorganizzazione aziendale (ma non si parla più della ristrutturazione e della riconversione aziendale) e il contratto di solidarietà difensivo di tipo A³⁸. Quest'ultimo costituisce, senza dubbio, la causale privilegiata dal legislatore³⁹; la sua disciplina viene ora integralmente ricondotta nell'ambito delle integrazioni salariali straordinarie, anche per quanto concerne la misura del trattamento⁴⁰ e il suo finanziamento; con previsione – però – di limiti alla riduzione oraria, che potrebbero renderne più difficoltoso l'utilizzo⁴¹. Relativamente alla durata, si introduce un forte ridimensionamento nell'utilizzo del trattamento di integrazione straordinario, riconosciuto entro limiti temporali tassativi (12-24 mesi), variabili in base alla causale integrabile, nel complesso ben più stringenti dei precedenti, e che premiano comunque il ricorso ai contratti di solidarietà difensivi (art. 22, co. 3 e 5)⁴²; con previsione altresì, a decorrere da 24 mesi dall'entrata in vigore del decreto e per i soli programmi di riorganizzazione e per crisi aziendale, di un tetto massimo di ore autorizzabili, non superiore all'80% delle ore lavorabili nell'unità produttiva, nell'arco temporale del programma stesso.

³⁸ La norma non richiama i contratti di solidarietà espansivi, la cui disciplina (contenuta nell'art. 2, d.l. 30.10.1984, n. 726, conv. da l. 19.12.1984, n. 863, oggi abrogato) è riconfermata, con alcuni aggiustamenti, nell'art. 41 del d.lgs. n. 148/2015.

³⁹ Tanto che ai fini della concessione del trattamento straordinario per le altre causali, le parti devono dichiarare espressamente la non percorribilità del contratto di solidarietà (salvo che per le imprese edili e affini: art. 24, co. 4).

⁴⁰ Che viene portata all'80% della retribuzione di riferimento, ma nel rispetto degli importi mensili massimi previsti per le integrazioni salariali.

⁴¹ La riduzione media oraria non può, infatti, essere superiore al 60% dell'orario giornaliero, settimanale o mensile dei lavoratori interessati al contratto di solidarietà; per ciascun lavoratore la percentuale di riduzione complessiva dell'orario di lavoro non può essere superiore al 70% nell'arco dell'intero periodo per il quale tale contratto è stipulato (art. 21, co. 5).

⁴² Ai fini del calcolo della durata massima complessiva di ricorso alle integrazioni salariali, la durata dei contratti di solidarietà (che non può eccedere i 24 mesi, anche continuativi, nel quinquennio mobile: art. 22, co. 3) si computa, infatti, per la metà “per la parte non eccedente i 24 mesi e per intero per la parte eccedente”: art. 22, co. 5.

3.2. *Le novità per i fondi di solidarietà bilaterali*

Il d.lgs. n. 148/2015 mette mano ai fondi di solidarietà, con l'obiettivo di promuovere la costituzione di un più inclusivo sistema protettivo obbligatorio, fondato sulla bilateralità. L'avvio di questo modello, delineato dalla l. n. 92/2012 per far fronte alle sospensioni o riduzioni dell'orario di lavoro dei dipendenti di aziende con più di 15 dipendenti, non coperte dalle integrazioni ordinarie e straordinarie, è stato, come è noto, affidato alle parti sociali; la sua realizzazione si è però rivelata insoddisfacente. Le parti sociali si sono mostrate molto caute, quasi timorose nella regolamentazione di istituti che, in ultima istanza, comportano un aggravio di costi per i datori di lavoro. Questa situazione di *impasse* ha portato il legislatore ad intervenire più volte in materia, prevedendo dapprima il differimento temporale del termine della conclusione degli accordi sindacali, poi l'eliminazione dello stesso, lasciando libere le parti di costituire il proprio fondo anche dopo la costituzione del Fondo residuale⁴³. L'attivazione di quest'ultimo presso l'INPS è stata, nel contempo, fissata al 1.1.2014 (v. il d.m. del 7.2.2014, n. 79141); in esso sono rifluiti i datori di lavoro appartenenti a settori, tipologie e classi dimensionali non coperti da altro fondo bilaterale, che da tale data contribuiscono al finanziamento del fondo residuale, nella misura definita dal legislatore stesso (0,5%). Nel corso dell'ultimo biennio si è comunque registrata una significativa accelerazione nell'adeguamento dei fondi già istituiti presso l'INPS⁴⁴: relativamente ai fondi alternativi (ex art. 3, co. 14, l. n. 92/2012), nel 2015 sono entrati a regime il Fondo di solidarietà alternativo dell'artigianato (FSBA) e quello per i lavoratori in somministrazione⁴⁵.

Su tale articolato sistema si innestano, oggi, le disposizioni contenute nel Titolo II del d.lgs. n. 148/2015, che operano in stretta correlazione con i richiamati principi generali previsti per le integrazioni salariali delle aziende cassintegrabili. L'impianto di fondo della riforma Fornero viene, nel suo in-

⁴³ Operante, fino al 31 dicembre 2015, nei riguardi dei datori di lavoro che occupano mediamente più di quindici dipendenti, appartenenti a settori, tipologie e classi dimensionali non rientranti nell'ambito di applicazione delle integrazioni salariali e che non hanno costituito altri fondi di solidarietà bilaterali: v. l' (abrogato) art. 3, co. 19, l. n. 92/2012 e, oggi, l'art. 28, d.lgs. n. 148/2015.

⁴⁴ L'elenco dei fondi di solidarietà ad oggi istituiti è rinvenibile nel sito <http://www.lavoro.gov.it/AreaLavoro/AmmortizzatoriSociali/FondiSolidarietaBilaterali/Pages/default.aspx>.

⁴⁵ V., rispettivamente, i D.M. 9.1.2015, n. 86986 e 17.4.2015, n. 89581.

sieme, mantenuto, ma si introducono diverse modifiche, che riguardano l'intera gamma dei fondi regolati dall'art. 3 di tale legge. Il tentativo è quello di costruire un sistema di tutele adeguate e paragonabili, per entità e durata, ai trattamenti previsti per le aziende incluse nel sistema della cassa integrazione guadagni; ma anche di dare certezza all'effettivo avvio di questo sistema di tutele per una più ampia platea di lavoratori, che ricomprende ora anche gli apprendisti con contratto professionalizzante. L'art. 39 funge, a ben vedere, quale norma di chiusura dell'intero sistema, estendendo ai fondi bilaterali alcune delle principali disposizioni proprie delle integrazioni salariali, seppure con differenziazioni tra tipologie di fondi che, se possono in parte essere ricondotte alle peculiarità proprie di alcune esperienze di bilateralità, aprono significativi vuoti di disciplina. È questo il caso dell'esclusione dei Fondi alternativi dal meccanismo di condizionalità, di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 150/2015; meccanismo che costituisce uno dei principi generali e comuni su cui si fonda l'intera tenuta delle nuove politiche attive del lavoro, e che viene invece esteso ai destinatari degli altri fondi bilaterali: con evidente disparità di trattamento rispetto a situazioni tra loro del tutto equivalenti. Per tutti i fondi bilaterali valgono, del resto, le medesime regole in materia di equilibrio finanziario: sussiste infatti l'obbligo generale di bilancio in pareggio e il divieto di erogare le prestazioni in carenza di disponibilità (con previsioni oltretutto più stringenti per i fondi di solidarietà e il fondo di integrazione salariale: art. 35, co. 3).

Entrando nel dettaglio della nuova disciplina, e seguendo l'articolazione del Titolo II, le novità più significative per i fondi di solidarietà c.d. "spuri"⁴⁶ si rinvergono nell'estensione, entro il 31.12.2015, del campo di applicazione soggettivo a tutti i datori di lavoro che occupano mediamente più di 5 dipendenti (non più 15, come in precedenza): il mancato adeguamento comporterà il trasferimento di tali datori di lavoro al Fondo di integrazione salariale (v. *infra*). Relativamente alle prestazioni erogate, il decreto prevede l'obbligo di assicurare l'assegno ordinario in relazione alle medesime causali previste per l'integrazione salariale ordinaria (art. 12) e straordinaria (art. 22), con una disciplina speculare a quella dettata per tali istituti: l'importo dell'assegno dovrà, infatti, essere pari – in relazione alla causale di intervento –

⁴⁶ L'espressione è di LISO, *Le prospettive di riforma degli ammortizzatori sociali, Libro dell'anno Treccani 2015*, e si riferisce ai fondi costituiti presso l'INPS, mediante decreto ministeriale a seguito di accordo tra le organizzazioni sindacali e imprenditoriali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

a quello dell'integrazione salariale, e la durata non potrà essere inferiore a 13 settimane nel biennio mobile nè superiore, in base alla causale invocata, alle durate massime previste per la Cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria (art. 30), nel rispetto della durata massima complessiva di ricorso a tali istituti (v. *supra*, par. 3.1).

Per quanto concerne i due fondi bilaterali alternativi, già operanti nei settori della somministrazione e dell'artigianato, il decreto ne salvaguarda ampiamente la peculiare disciplina, prevedendo che essi dovranno assicurare – adeguandosi entro il 31 dicembre 2015⁴⁷ – o un assegno di durata e misura pari all'assegno ordinario, o l'assegno di solidarietà, per un periodo massimo non inferiore a 26 settimane nel biennio; conseguentemente, si provvede a rimodulare l'aliquota di finanziamento, che non potrà essere inferiore allo 0,45% (prima, pari allo 0,20%) e sarà ripartita tra datore di lavoro e lavoratore in base a criteri rimessi alle parti sociali. Viene superata poi, la stretta integrazione fra risorse pubbliche e risorse di matrice contrattuale, che ha in passato consentito l'erogazione dell'Aspi ai lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali, subordinatamente ad un intervento integrativo – pari almeno alla misura del 20% dell'indennità stessa – a carico dei fondi bilaterali (art. 3, co. 17, l. n. 92/2012).

Il decreto innova infine, a far data 1° gennaio 2016, la disciplina del Fondo residuale, rinominato Fondo di integrazione salariale (art. 29); si completa, così, l'assetto protettivo della bilateralità, dal momento che ad esso saranno obbligatoriamente iscritti tutti i datori di lavoro con più di 5 dipendenti, non rientranti nel campo di applicazione delle altre misure di integrazione salariale. Vengono rafforzate le tutele per i lavoratori, seppure con significative differenziazioni legate alla consistenza dell'organico aziendale: si prevede infatti l'erogazione di una nuova prestazione a carattere generale, l'assegno di solidarietà, corrisposta per un periodo massimo di 12 mesi in un biennio mobile, che va a sostituire i contratti di solidarietà di tipo B (ossia quelli stipulati dai datori di lavoro non rientranti nel campo di applicazione delle integrazioni straordinarie)⁴⁸; e dell'assegno ordinario, che viene

⁴⁷ Diversamente, i datori di lavoro con più di 5 dipendenti che aderiscono a tali fondi confluiranno, a partire dal 1° gennaio 2016, nel Fondo di integrazione salariale di cui all'art. 29, e potranno chiedere le prestazioni dal 1° luglio 2016, data in cui cesseranno i contratti di solidarietà difensivi ex art. 5, co. 5, 7 e 8, l. 19.7.1993, n. 236.

⁴⁸ L'assegno è riconosciuto a seguito di accordo che stabilisca una riduzione dell'orario di lavoro, al fine di evitare o ridurre i licenziamenti collettivi e i licenziamenti plurimi individuali

però garantito solo per i datori di lavoro che occupano mediamente più di quindici dipendenti – per una durata massima di 26 settimane in un biennio mobile – in relazione alle causali di riduzione o sospensione dell'attività lavorativa previste dalla normativa in materia di integrazioni salariali ordinarie (ad esclusione delle intemperie stagionali) e straordinarie (limitatamente alle causali per riorganizzazione e crisi aziendale). A partire dal 1.1.2016 il Fondo sarà finanziato con un contributo differenziato in base alla consistenza dell'organico aziendale, e pari allo 0,45% della retribuzione per i datori con meno di 15 dipendenti, allo 0,65% per gli altri; ad esso si aggiunge un contributo addizionale (4% della retribuzione persa), ora omogeneo per tutti i datori di lavoro, a loro esclusivo carico e connesso all'utilizzo delle prestazioni da ultimo richiamate (art. 29, co. 8)⁴⁹. Il fondo potrà erogare le prestazioni entro un limite massimo pari a 4 volte l'ammontare dei contributi ordinari dovuti dall'azienda (tenuto conto delle prestazioni già fornite o deliberate a suo favore)⁵⁰.

4. *I profili problematici della disciplina e alcune brevi conclusioni*

La normativa fin qui analizzata muove, nel suo insieme, verso una condivisibile direzione: quella della responsabilizzazione nell'utilizzo degli strumenti di sostegno al reddito in costanza di lavoro, e una loro più equa distribuzione soggettiva, alla quale si affianca il rafforzamento delle tutele in caso di perdita involontaria del lavoro. Il disegno viene realizzato attraverso lo spostamento dell'equilibrio (e, di conseguenza, delle risorse) dalla tutela del posto di lavoro alla tutela nel mercato del lavoro; il miglioramento delle misure garantite in caso di disoccupazione (Naspi e Asdi) viene finanziato anche con la riduzione della durata complessiva del ricorso ai trattamenti di cassa integrazione⁵¹. Durata, quest'ultima, "bilanciata" dal favore verso il contratto di solidarietà, del quale si tenta il rilancio, attraverso il meccanismo

per giustificato motivo oggettivo: art. 31, co. 1, d.lgs. n. 148/2015; la riduzione oraria non potrà però superare i medesimi limiti indicati nella nota 40. I datori di lavoro con meno di 15 dipendenti potranno chiedere questa prestazione per le sole sospensioni o riduzioni di orario a partire dal 1° luglio 2016.

⁴⁹ In caso di ricorso a tali prestazioni, il contributo addizionale è dovuto anche a finanziamento degli altri fondi di solidarietà, in misura però non inferiore all'1,5% (art. 33, co. 2).

⁵⁰ È comunque previsto un sistema derogatorio "a scalare" fino al 2021, per consentire ai datori di lavoro di ottenere le prestazioni nella fase di avvio del Fondo: art. 44, co. 5.

⁵¹ Art. 43, d.lgs. n. 148/2015.

che computa per metà i periodi di utilizzo di tale causale, ai fini del computo del periodo massimo di godimento (che può raggiungere i 36 mesi e allinearsi, così, a quanto previsto dalla normativa previgente).

Non mancano tuttavia, a fronte di questo quadro complessivo, i profili problematici.

Accanto alle criticità evidenziate nei paragrafi precedenti, e limitandoci, in sede conclusiva, a considerazioni di carattere molto generale, un primo limite del nuovo impianto normativo si rinviene, senza dubbio, negli angusti spazi di manovra imposti dal necessario contenimento della finanza statale, in un contesto di incerta ripresa del ciclo economico: condizione, questa, indispensabile per ottenere risultati significativi in termini di creazione di nuovi posti di lavoro. È del tutto evidente, infatti, che ogni valutazione in termini di efficacia protettiva dei nuovi ammortizzatori sociali potrà essere valutata solo a posteriori, essendo strettamente funzionale, da una parte, alla configurazione che assumerà, nei prossimi anni, il mercato del lavoro, l'articolazione tipologica dei rapporti lavorativi (subordinati e non, a seguito della razionalizzazione operata dal d.lgs. n. 81/2015) e, quindi, l'andamento dei trend occupazionali; dall'altra, all'efficienza allocativa dei nuovi servizi per l'impiego, vero banco di prova su cui si fonda la tenuta dell'intero impianto legislativo del 2015.

Rispetto a questo incerto contesto, la strumentazione previdenziale gioca, per sua natura, d'anticipo, confermando le sue classiche funzioni. Si modella e conforma alle esigenze del mercato, modulando le tutele contro il rischio della mancanza (definitiva o temporanea) del lavoro; e mantiene, nel contempo, la sua valenza quale misura di politica economica, sostenendo ma anche orientando le scelte datoriali al verificarsi di eventi temporanei, determinanti la sospensione o la riduzione dell'attività produttiva. Tutto ciò attraverso la predisposizione di un assetto regolativo che – in linea di continuità con le innovazioni introdotte nel 2012 – si conferma indubbiamente più razionale e coerente rispetto al passato; ma che risente fortemente dei complessi equilibrismi giuridici cui è costretto il legislatore nel faticoso contemperamento tra l'esigenza del rispetto dei sempre più stringenti vincoli di bilancio (art. 81 Cost.), e il principio della garanzia di prestazioni adeguate (art. 38 Cost.). Si tratta di un processo ancora in corso, come dimostra il recentissimo riassetto della Naspi e dell'Asdi⁵²; il prolungamento della

⁵² Misura per la quale si dispone, per il 2016, un'ulteriore destinazione di risorse: v. l'art. 1, co. 387, lett. b), l. n. 208/2015.

durata di godimento della prima misura attenua il pericolo di scaricare su di essa le problematiche connesse alla gestione delle crisi economiche e occupazionali dei prossimi anni, ancor più aggravate in ragione della revisione, in senso restrittivo, del ricorso alla Cassa integrazione guadagni. E tuttavia, l'effetto del progressivo *decalage* del trattamento nel tempo atrofizza l'importo goduto dai disoccupati di lunga durata per i quali, raggiunto il periodo massimo di fruizione, la misura risulterà all'incirca dimezzata rispetto a quella inizialmente goduta⁵³. La penalizzazione si riflette, poi, nella determinazione del *quantum* dell'Asdi; di modo che gli importi finali goduti rischiano di essere, proprio per i soggetti più deboli sul mercato, decisamente irrisori. A ciò si aggiunga, ancora, il ridimensionamento dell'istituto della contribuzione figurativa nel periodo di godimento della Naspi, e la sua esclusione in caso di fruizione della Dis-Coll: il che si traduce, di fatto, nella penalizzazione dei trattamenti pensionistici futuri, a danno soprattutto delle generazioni più giovani.

Il problema della scarsità delle risorse disponibili investe anche gli strumenti di sostegno riconosciuti in costanza di lavoro: l'esigenza di una maggiore responsabilizzazione nel loro utilizzo va di pari passo con la razionalizzazione “a ribasso” delle integrazioni salariali, colpite soprattutto (ma non solo) con riguardo alle durate massime usufruibili. Del pari, la forte attenzione posta dal legislatore agli equilibri gestionali dei fondi di solidarietà, insieme al rigido nesso tra prestazioni erogate e “consistenza contributiva” dell'azienda, se da una parte riflette la necessità di un uso oculato delle risorse accantonate, dall'altra comporta la mancata erogazione delle prestazioni, in caso di insufficienza economica; con evidente penalizzazione in termini di protezione riconosciuta ai lavoratori.

Se si guarda, poi, al campo di applicazione soggettivo degli strumenti di sostegno al reddito, l'universalizzazione appare ancora lontana. Dal nuovo assetto di tutele contro la disoccupazione involontaria restano, innanzitutto, ancora esclusi i lavoratori a tempo parziale verticale su base annua; tipologia contrattuale in crescita, specie per la sua componente involontaria⁵⁴, ma priva di forme di sostegno – se non a carattere volontario e oneroso – nei periodi di inattività connaturati al rapporto lavorativo in essere⁵⁵. Introdotta, “in zona

⁵³ Non sarà quindi infrequente che il disoccupato arrivi a percepire importi estremamente modesti, al limite della adeguatezza sancita dall'art. 38, co. 2, Cost.

⁵⁴ V., da ultimo, la Rilevazione Istat 15.09.2015, *Il mercato del lavoro*, II semestre 2015.

⁵⁵ In tal senso, v. già Corte cost. 24 marzo 2006, n. 121, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 810, con

cesarini”, la proroga della Dis-Coll (per il solo 2016) ai lavoratori autonomi economicamente dipendenti, permane l’assenza di misure di sostegno per l’intera area del lavoro autonomo “puro”, bacino di confluenza verso il quale il legislatore tenta di convogliare le opportunità occupazionali dei disoccupati, per decongestionare l’area del lavoro subordinato⁵⁶. Anche dalla prima area giungono, invero, sollecitazioni per la predisposizione di misure a sostegno del reddito, in mancanza di lavoro. Sintomatica è la recente – e, ancora una volta, temporanea – rivitalizzazione, nel settore del commercio, dell’indennizzo economico riconosciuto agli iscritti alle Gestione degli esercenti attività commerciali in caso di cessazione dell’attività, per accompagnare fino alla pensione coloro che si ritirano definitivamente dal lavoro⁵⁷; così come la previsione, per le Casse dei liberi professionisti, della possibilità di destinare aggiuntivi risparmi di gestione anche al «sostegno dei redditi dei professionisti» nelle fasi di crisi⁵⁸.

Per quanto riguarda i destinatari degli strumenti di sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro, è invece sicuramente apprezzabile l’estensione ai datori di lavoro di piccole dimensioni e agli apprendisti (ai quali la l. n. 92/2012 ha già esteso anche i trattamenti di disoccupazione). Tuttavia, relativamente ai primi, essi – se confluiti nel Fondo di integrazione salariale – restano privi di tutele fino a luglio 2016 (pur versando il contributo da inizio anno). Mentre per i secondi l’impatto inclusivo risulterà ostacolato in ragione dell’incremento del costo del lavoro derivante dall’estensione delle nuove misure; il che, sommato all’inapplicabilità delle consistenti agevolazioni contributive introdotte dalla l. 23.12.2014, n. 190⁵⁹, potrebbe costituire, per il 2015, un serio disincentivo nell’utilizzo di tale istituto contrattuale.

nota di Alessi; e l’art. 13, comma 9, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con mod. in l. 14 maggio 2005, n. 80. Sulla limitata protezione dei lavoratori a tempo parziale, v. BOZZAO, *Part-time, genere e accesso al welfare: una lettura del caso Elbal Moreno nell’ottica dell’ordinamento italiano*, in questa Rivista, 2013, 187 ss.

⁵⁶ V. *supra*, par. 2.1.

⁵⁷ La misura è stata introdotta temporaneamente per un primo biennio (1996-1998: d.lgs. 28.03.1996, n. 207); più volte riattivata per brevi periodi, è stata da ultimo ripristinata fino al 31.12.2016 (art. 1, co. 490, l. 27.12.2013, n. 147).

⁵⁸ Art. 10-*bis*, comma 1, d.l. n. 76/2013, conv. in l. n. 99/2013.

⁵⁹ Il ridimensionamento del richiamato esonero contributivo disposto dall’art. 1, co. 178 ss., l. n. 208/2015, renderà invece più favorevole, per il 2016, il ricorso all’apprendistato, potendo il datore di lavoro ancora beneficiare del regime di sgravi di cui all’art. 22, co. 1, l. 12.11.2011, n. 183.

Resta da rilevare, in conclusione, che l'articolato assetto di tutele delineato nel corso del 2015 si conferma, nel complesso, ancora tarato su una disoccupazione di tipo strutturale, quale è quella caratterizzante l'attuale mercato del lavoro; e impatta su una emergenziale e diffusa situazione di povertà, che da quella prioritariamente deriva⁶⁰. L'apparato protettivo resta, inoltre, saldamente incardinato su un sistema di *welfare* occupazionale, prevalentemente rivolto ai lavoratori subordinati che perdono una precedente occupazione; lasciando esclusa buona parte del lavoro autonomo, così come gli inoccupati e i disoccupati di più lungo periodo, involontariamente ai margini del mercato del lavoro⁶¹. La cronica carenza di opportunità lavorative – e, in particolare, di lavori di qualità – non può, però, essere sopperita da strumenti di sostegno al reddito selettivi, ad efficacia temporale limitata e di importo – specie nell'ultimo periodo di godimento – estremamente modesto. Sarebbe necessario, invece, un complessivo ripensamento del sistema di *welfare*, ancora più equo e inclusivo, incentrato su politiche volte a sostenere la laboriosità di tutti coloro che, in situazione di bisogno economico, vorrebbero accedere al sistema produttivo, ma sono impossibilitati in ragioni delle condizioni oggettive nel mercato del lavoro⁶². Qualche timido segnale si rinviene nelle iniziative legislative più recenti (è il caso dell'Asdi); ma si tratta di misure ancora fortemente selettive quanto a beneficiari, durata, importo e condizioni di accesso, e che richiedono un attento raccordo con i programmi di lotta alla povertà e di inclusione sociale attiva, ancora oggi in fase di avvio⁶³, anche a seguito della forte sollecitazione promossa a livello europeo, da ultimo nel-

⁶⁰ Si veda, da ultimo, la *Relazione annuale del Presidente dell'INPS*, 2015, spec. 3 ss., in www.inps.it/docallegati/News/Documents/Relazione_Presidente_INPS_2015_Mail.pdf; e la proposta normativa presentata dall'Inps il 5 novembre 2015 (*Non per cassa, ma per equità*), ove si prospetta l'introduzione di una rete di protezione sociale per gli over cinquantacinquenni, in quanto fascia di età maggiormente colpita dalla crisi economica degli ultimi anni.

⁶¹ In senso critico v., già, BOZZAO, *L'assicurazione sociale per l'impiego (Aspi)*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, spec. 429 ss. Tale carenza si intreccia con la mancanza di strumenti universalistici di sostegno al reddito, su cui rinvio a BOZZAO, *Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali*, in *DLRI*, 2011, 589 ss.

⁶² Sul punto v. ampiamente BOZZAO, *Reddito di base e cittadinanza attiva nei nuovi scenari del welfare*, in *RGL*, 2/2014, 325 ss.

⁶³ Dal 2012 si susseguono affannosi tentativi di avviare, con progressiva estensione su scala nazionale, programmi volti al superamento delle condizioni di povertà, all'inserimento e al reinserimento lavorativo: v., da ultimo, l'art. 1, co. 387, lett. a), l. n. 208/2015.

l'ambito della Strategia EU 2020⁶⁴. L'auspicio è che non si perda questa importante opportunità, e che si abbandoni quanto prima la fase sperimentale, in sé temporalmente definita, per costruire un sistema di tutele stabile e a carattere effettivamente universale⁶⁵.

⁶⁴ Tra gli obiettivi della strategia è infatti inserito anche quello della lotta alla povertà e all'esclusione sociale. Si tratta di un'importante novità nell'attenzione politica posta al più alto livello dell'Unione, come risulta confermato dalla destinazione obbligatoria, nel Regolamento del Fondo Sociale, di una quota pari al 20% dell'ammontare delle risorse alle politiche di inclusione sociale. Nel ciclo di programmazione 2014-2020, poi, oltre l'80% delle risorse stanziate nel Programma Operativo Nazionale (Pon) Inclusion (paria a circa 1,2 miliardi di Euro) sono state destinate a supportare l'estensione sull'intero territorio nazionale della sperimentazione del Sostegno per l'inclusione attiva (SIA).

⁶⁵ L'art. 1, co. 388, l. n. 208/2015, prevede "per gli anni successivi al 2016" il riordino dei trattamenti "di natura assistenziale o comunque sottoposti alla prova dei mezzi", al fine di introdurre un'unica – ma ancora del tutto indefinita – "misura nazionale di contrasto alla povertà".

Abstract

La materia degli ammortizzatori sociali, da molti anni in attesa di riforma, è stata completamente ridisegnata ad opera dei decreti attuativi della l. n. 184 del 2014 (c.d. Jobs Act). La nuova normativa tenta di semplificare il composito apparato regolativo previgente e di razionalizzare gli istituti, definendo un insieme di regole tra loro più coerenti e coordinate. Il presente contributo vuole ricostruire i tratti essenziali del nuovo impianto normativo, cercando di evidenziare i profili problematici della complessa materia.

The essay analyzes the system of income support in the event of unemployment, introduced by Law n. 184/2014 (so-called Jobs Act). The new legislation aims to simplify and rationalize the set of rules previously in force, by introducing rules more coherent and coordinated. The A. focuses on the essential features of the new legislation, highlighting the problematic aspects of this complex matter.

Key words

Disoccupazione, sostegno al reddito, Jobs Act.

Unemployment, income support, Jobs Act.

Maurizio Cinelli

Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)*

Sommario: **1.** Sentenze che costano e *welfare*. **2.** I diritti sociali tra sostenibilità economica e sostenibilità sociale. **3.** La perequazione automatica quale strumento di effettività delle tutele sociali. **4.** Quale tutela per le prestazioni pensionistiche “elevate”? **5.** Tra “proporzionalità” e “adeguatezza”: la doppia anima del sistema pensionistico. **6.** Vincoli veri e presunti della solidarietà intergenerazionale. **7.** Arrendersi alla prospettazione della “scarsità delle risorse”? **8.** Le prospettive del *welfare* tra sperimentazione e rigidità dei vincoli valoriali.

I. *Sentenze che costano e welfare*

L’ampiezza del dibattito suscitato da recenti pronunce della Corte costituzionale per i relativi esiti, particolarmente “sensibili” in ragione del “costo” (sentenze nn. 6, 10, 70 e 178 del 2015) – ma, prima tra tutte, dalla sentenza n. 70, che ha dichiarato l’illegittimità del blocco temporaneo della perequazione automatica delle pensioni, imposto dall’art. 24, comma 25, legge n. 214/2011 –, ha una valenza emblematica, perché investe, in una prospettiva di sistema, questioni di cruciale rilevanza costituzionale; ma anche (e, forse, soprattutto) perché quel dibattito, attraverso la sua stessa vivacità e varietà di accenti, rivela come la Corte, in particolare, con la suindicata pronuncia, abbia toccato un “nervo scoperto” dell’attuale società: il modo stesso di intendere il *welfare* e il suo ruolo nella realtà di oggi.

* Lo scritto prende spunto dalla relazione svolta al Seminario sul tema “La sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale”, congiuntamente promosso dalla *Rivista giuridica del lavoro* e dalla *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, svoltosi a Roma il 9 settembre 2015 presso la Sala delle Colonne della Luiss.

2. I diritti sociali tra sostenibilità economica e sostenibilità sociale

Incontestabile è la particolare delicatezza delle questioni evocate dalla sentenza n. 70: quella del rapporto tra vincoli di bilancio e garanzia dei diritti fondamentali cd. costosi – quali sono, tipicamente, quelli connessi al rapporto previdenziale –, e quella relativa alla dialettica tra discrezionalità politico-legislativa e ambiti di incidenza del controllo di costituzionalità, e, dunque, in definitiva, tra la prima e la discrezionalità del Giudice delle leggi.

Sul modo con il quale la sentenza ha affrontato tali questioni non appare necessario dilungarsi nella presente occasione. La sentenza è stata oggetto dell'attenzione di numerosissimi commentatori (il sottoscritto compreso)¹, sia “a caldo”, sia all'esito di più meditate riflessioni; appare opportuno, dunque, rinviare ai termini e agli esiti di quelle analisi².

¹ CINELLI, *Illegittimo il blocco della indicizzazione delle pensioni: le buone ragioni della Corte*, in *RDSS*, 2015, p. 429.

² Analisi ampiamente caratterizzate, nel complesso, da una sconcertante varietà di visioni e accenti. Senza pretesa di completezza e di rispetto della sequenza cronologica: direttamente in rete, PROSPERETTI, *Alla ricerca di una ratio del sistema pensionistico italiano*; SANDULLI, *La “telenovela” costituzionale della perequazione pensionistica*; CAZZOLA, *Pensioni: se la Consulta bombarda il quartier generale*; in *www.federalismi.it*, n. 10/2015, i contributi, rispettivamente, di: BOZZAO, MORANDO, CECCANTI, MORRONE, NORI, STERPA, SALERNO G.M.; in *Menabò di Etica ed economia*, 2015, i commenti: di GIUBBONI e di GRASSO; in *www.forumcostituzionale.it*, 2015, i commenti: di PEPE e di BALBONI. V., inoltre: CASSESE, *Le possibili strade della Corte*, in *Corriere della sera*, 12 maggio 2015; AINIS, *Politica e giustizia, la nuova contesa tra i poteri*, *ivi*, 21 maggio 2015; BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta figura per la Corte*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2015; CINELLI e GIUBBONI, *Le pensioni nello Stato costituzionale: note minime sulla sentenza n. 70 e sul decreto legge n. 65*, in *Nuove tutele*, 2015, p. 69; PROSPERETTI, *L'immodificabilità delle pensioni e il problema del loro finanziamento nella sentenza n. 70*, *ivi*, p. 77; D'ONGHIA, *Sostenibilità economica versus sostenibilità sociale. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 70/2015, passa dalle parole (i motivi) ai fatti*, in *RDSS*, 2015, p. 319; PESSI R., *Ripensando al salario previdenziale: la sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2015, p. 400; ROMBOLI, *Il problema delle sentenze costituzionali “che costano” e il segreto della camera di consiglio*, in *FI*, 2015, I, c. 1867; FERRARI, *La perequazione delle pensioni fra adeguatezza e aspettative legittime*, *ivi*, c. 1869; LIETO e PASQUINO, *La Consulta decide: e poi?*, in *Il Mulino*, 2015, p. 655; SANDULLI, *Dal monito alla caducazione delle norme sul blocco della perequazione delle pensioni*, in corso di pubblicazione in *GCost*; FERRANTE, *Incostituzionale il blocco della perequazione delle pensioni*, in *DRI* 2015, p. 840; PERSIANI, *Ancora incertezze su adeguatezza e proporzionalità delle prestazioni pensionistiche*, in *GI*, 2015, I, 1, c. 1177; LEONE, *Progressività e ragionevolezza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: primi riflessi della sentenza n. 70/2015*, in *RIDL*, 2015, II, p. 215; GAROFALO D., *La perequazione delle pensioni: dalla Corte costituzionale n. 70 del 2015 al d.l. n. 65 del 2015*, in *LD*, 2015, p. 680; DE IOANNA, *Tra diritto ed economia: la Corte costituzionale fissa alcuni punti fermi, ma riapre un nesso cruciale*, in corso di pubblicazione in *RGL*.

Nella presente discussione, ci si può limitare a sottolineare, per andare all'essenziale, come detta sentenza si segnali per la valorizzazione dello statuto costituzionale dei diritti sociali di prestazione – dei quali esplicitamente ricorda il radicamento nei principi “cardine” di eguaglianza sostanziale e di solidarietà (artt. 2 e 3, comma 2, Cost.) –, a fronte della propensione, sempre più diffusa, ad assegnare una sorta di pregiudiziale prevalenza gerarchica al principio dell'equilibrio di bilancio, di cui al nuovo testo dell'art. 81 Cost. (e alla c.d. legge “rinforzata” n. 243/2012).

Ciò non significa – come, “a caldo”, è stato argomentato da alcuni – che, in tale occasione, la Corte abbia sottovalutato il vincolo posto da quest'ultimo precetto costituzionale. Da una attenta lettura si può ricavare, piuttosto, come essa abbia inteso riposizionare il principio dell'equilibrio di bilancio nella prospettiva di un reale, fattivo bilanciamento con gli altri valori costituzionalmente protetti (nella specie, quelli considerati dagli artt. 3, 36 e 38 Cost.); e tanto, nell'evidente presupposto che neppure quando contingenze economiche e finanziarie particolarmente rilevanti imponessero misure di contenimento della spesa i diritti pensionistici possano essere abbandonati a scelte politiche che, in nome dell'emergenza finanziaria e dell'esigenza di contenere i costi, pretendano, appunto, una sorta di immunità dal controllo sostanziale di legalità costituzionale. Che credito potrebbe attribuirsi, del resto, ad un'impostazione concettuale, che fosse intesa ad accreditare, nei fatti, che tanto più consistente è il sacrificio imposto ai diritti sociali (in nome, appunto, di ragioni di risparmio finanziario), tanto più “resistente” al sindacato costituzionale deve essere la norma che quel sacrificio economico imponga?

Volendo sintetizzare, si può, dunque, affermare che la recente sentenza ha il merito di avere, sì, avvertito il problema che pone l'esigenza di garantire l'equilibrio di bilancio; e, pur tuttavia, di aver inteso richiamare con forza³ l'attenzione sui “diritti” e sulla necessità di uno scrupoloso, adeguato bilanciamento tra due obiettivi – quello della sostenibilità economica e quello della sostenibilità sociale – che, in nessun caso, possono essere vissuti come obiettivi antagonisti o di diversificata gerarchia. In sostanza, la sentenza si allinea con la tesi interpretativa che evidenzia come il principio dell'equilibrio di bilancio non possa esser concepito come un “supervalore”.

Un segnale particolarmente significativo e apprezzabile, dunque, quello

³ Dopo il “monito” espresso da C. Cost. 11 novembre 2010 n. 316 del 2010, in *GI*, 2011, I, 1, c. 877, con nota di PESSI R.

che la sentenza n. 70 ha così offerto, specie in un periodo, come l'attuale, nel quale sempre più spesso – troppo spesso – il settore previdenziale risulta essere bersaglio privilegiato delle manovre di politica finanziaria, e i diritti cui esso presiede finiscono per essere pesantemente conculcati dalle “ragioni” dell'economia.

3. *La perequazione automatica quale strumento di effettività delle tutele sociali*

Il giusto valore della sentenza, in ogni caso, non potrebbe essere colto, se non si prestasse la dovuta considerazione, innanzitutto, alla valenza tecnica e concettuale della perequazione automatica delle prestazioni pensionistiche: un meccanismo, risalente all'art. 10, legge n. 903/1965, che, come è noto, è funzionale alla conservazione del valore reale delle prestazioni, e che, dunque, vale ad assicurare effettività al principio dell'“adeguatezza” di cui all'art. 38, comma 2, Cost. Palese è il collegamento ideale, in tal senso, della sentenza n. 70 con quanto già espresso, a suo tempo, dalla Corte con la nota sentenza n. 497/1988 sull'indicizzazione dell'indennità di disoccupazione⁴.

La perequazione, dunque, pur non godendo di garanzia costituzionale (sentenze n. 62/1999, n. 256/2001, n. 531/2002) – è scontato che l'effettività del principio dell'“adeguatezza” potrebbe essere conseguita, ad esempio, anche attraverso periodici interventi legislativi *ad hoc* di rideterminazione degli importi delle prestazioni stesse –, idealmente fa corpo con quello stesso principio costituzionale.

Per tale ragione, l'adeguamento non può essere meramente nominale, né essere vanificato (in assenza di strumenti alternativi) da una passiva soggezione al processo di incremento del costo della vita, o pregiudizialmente sacrificato a mere istanze di contenimento della spesa.

4. *Quale tutela per le prestazioni pensionistiche “elevate”?*

Ribadito ciò, non può in alcun modo essere contestato, però, che, quando cogenti esigenze di contenimento della spesa (cioè, di sostenibilità economica) lo richiedano – ma anche nei casi in cui lo richiedano, in ipotesi,

⁴ C. Cost. 27 aprile 1988 n. 497, in *GI*, 1989, I, I, c. 171.

esigenze di riconduzione del sistema (o di segmenti di esso) ad una più compiuta equità –, il legislatore sia legittimato a procedere tanto a prelievi “diretti” sulle pensioni nelle forme che ritenga opportune (fermo, beninteso, il rispetto, del criterio della ragionevolezza: v., ad esempio, sentenze n. 166/2012 e n. 69/2014), quanto a quel particolare prelievo “indiretto”, che si realizza, appunto, tramite il temporaneo blocco della relativa perequazione automatica. È da ribadire, peraltro, che in entrambi i casi, per quanto già osservato, il vaglio di costituzionalità è destinato ad esercitarsi, *in primis*, in riferimento al suddetto parametro dell’adeguatezza.

Si può assumere che altrettanto debba valere quando si tratti della perequazione di prestazioni pensionistiche “elevate”?

Per poter rispondere a siffatto, delicato quesito, occorre muovere dalla considerazione che, anche se elevata, l’entità della prestazione cui quell’automatismo è destinato ad accedere corrisponde – in via di principio, e in difetto di inequivoche indicazioni contrarie – a quanto il legislatore ordinario, nell’ambito, sì, della sua discrezionalità, ma da presumere improntata, in via di massima, ai precetti costituzionali, a suo tempo ha considerato come trattamento “adeguato”; un trattamento, dunque, anch’esso destinatario (in via di principio) della garanzia di cui all’art. 38, comma 2, Cost.

Già per tale ragione non mi sembra condivisibile quella, pur radicata, giurisprudenza della Corte (ad esempio, sentenze n. 227/1997 e n. 33/2013) che pone una distinzione netta tra la pensione minima e le altre, per postulare che solo il conseguimento della pensione al minimo è un bene costituzionalmente protetto, mentre intangibile sarebbe la discrezionalità che il legislatore può esercitare nella determinazione dell’ammontare delle altre.

In realtà, sebbene debba convenirsi sul fatto che, da un lato, l’“adeguatezza” cui si riferisce la garanzia costituzionale, in quanto funzionale alla soddisfazione di “bisogni socialmente rilevanti” (e solo di essi), non possa superare un certo importo – indubbiamente di problematica individuazione, nella sua materialità, ma, a ben considerare, a causa di un sostanziale disimpegno da parte degli studiosi, la circostanza va rimarcata, nell’elaborazione di opportuna strumentazione definitoria –, e che, da un altro lato, il legislatore ordinario, nel regolare la materia pensionistica di determinati settori o situazioni, possa spingersi o essersi spinto, nei fatti, ben oltre quel limite (come gli è consentito, d’altronde, dalle discrezionali prerogative che gli appartengono), deve darsi per certo che quella garanzia non si ferma al “minimo”.

Valgano, al proposito, già le considerazioni di cui sopra; ma altrettanto può ricavarsi (come conferma un'ampia, nota letteratura) già dal semplice confronto testuale del canone dell'"adeguatezza", di cui al comma 2, con quello della "sufficienza", di cui al comma 1 del medesimo art. 38 Cost.

5. *Tra "proporzionalità" e "adeguatezza": la doppia anima del sistema pensionistico*

Da più parti si è rimproverato alla sentenza n. 70 di essere stata troppo "fedele", nella propria visione dell'assetto costituzionale del sistema pensionistico, a quella sua stessa, tralatticia giurisprudenza (v. già la sentenza n. 26/1980)⁵ a termini della quale, attraverso la generalizzazione di quanto a suo tempo poteva considerarsi giustificato nei confronti dei trattamenti di quiescenza del pubblico impiego, la pensione viene ancora concepita come forma di retribuzione differita (sentenze n. 3/1966, nn. 8 e 275/1976, n. 286/1987, n. 501/1988), e, dunque, come tale, direttamente ricadente nel raggio applicativo del criterio di proporzionalità, di cui al primo comma dell'art. 36 Cost.

In effetti può colpire detto perdurante richiamo ad una categorizzazione delle prestazioni pensionistiche come retribuzione differita, categorizzazione che può giudicarsi ormai superata da tutta la più recente evoluzione dell'ordinamento, e, dunque, di fatto, anacronistica. Stupisce meno (anzi, non deve stupire) l'"apertura" all'impostazione "meritocratica" del sistema pensionistico, che a quel richiamo risulta sotteso.

Vero è, infatti, che la pensione, proprio in quanto "frutto del lavoro", non può prescindere del tutto dalle caratteristiche modali e temporali di quest'ultimo; ed è quanto materialmente evidenzia, d'altronde, l'intera legislazione pensionistica, *pre* e *post* riforma del 1995.

In fondo, già lo stesso assolvimento al dovere di lavorare in funzione del "progresso materiale o spirituale della società", sancito dall'art. 4, comma 2, Cost. (dovere del quale è inequivoca espressione l'apporto della contribuzione previdenziale, a sua volta parametrata sui corrispettivi del lavoro svolto), offre, a ben considerare, una testuale giustificazione (costituzionalmente radicata) alla pretesa di un trattamento pensionistico che dia concreto riscontro al "me-

⁵ C. Cost. 13 marzo 1980 n. 26, in *GCost*, 1980, I, p. 444, con nota di PERSIANI.

rito” di chi abbia pienamente e correttamente assolto quel dovere nei confronti della comunità. Una conferma emblematica e illuminante, questa, se vogliamo, al più alto livello, della doppia anima che caratterizza la struttura costituzionale del sistema previdenziale nazionale (già significativamente confermata, d'altronde, dalla conversione dal retributivo al contributivo del criterio di calcolo delle pensioni, ad opera della legge n. 335/1995): “solidaristica”, per un altro verso, “meritocratica” (che non necessariamente vuol dire “proporzionalistica”), per un altro verso; in un contesto dove la stessa logica costituzionale richiede il reciproco bilanciamento dei due termini: lo scostamento tra pensioni e retribuzioni correnti deve essere, in ogni caso, “sopportabile”, ha specificato la Corte con la sentenza n. 226/1993.

6. *Vincoli veri e presunti della solidarietà intergenerazionale*

La sentenza n. 70 è stata criticata, per altro verso, perché non si sarebbe fatta il dovuto carico degli equilibri specifici del sistema previdenziale, e, dunque, degli interessi delle generazioni a venire.

Si tratta di critica autorevolmente espressa e ampiamente condivisa⁶, che, però, può essere giudicata fragile e, al fondo, non convincente.

Innanzitutto, considerato che la cosiddetta solidarietà intergenerazionale è una sorta di “catena”, risulta alquanto imbarazzante farsi carico della sorte degli anelli successivi di quella catena e, nel contempo, trascurare che l’anello attuale, sul quale si pretende di incidere, è sostenuto da quelli che lo hanno preceduto; sicché un (programmatico) indebolimento di esso in funzione di esigenze a venire non può non suonare come una sorta di tradimento della presente generazione, quale effettiva destinataria delle tutele tempo addietro programmate (anche finanziariamente) per l’oggi.

Vero è, infatti, che il contenimento delle pensioni in corso è destinato a penalizzare (in una parte certamente non trascurabile di casi) proprio chi, a suo tempo, fondando le sue stesse scelte di vita sulle “promesse” del legislatore dell’epoca, ha contribuito ad alimentare e sostenere, con la propria contribu-

⁶ Cfr., in particolare, il commento alla sentenza n. 70 di PERSIANI, *op. cit.*, e, in precedenza, più diffusamente, ID, *Crisi economica e crisi del welfare state*, in *DLRI*, 2013, p. 641; nonché, seppur, in una diversa prospettiva, LUCIANI M., *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *DSoc*, 2008, p. 145; BIFULCO, *Diritti e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.

zione – e, spesso, senza conseguire poi particolari, personali vantaggi (si pensi ai numerosi lavoratori con carriere retributive sostanzialmente stabili) – quelle “generosità” del sistema contro le quali oggi si reagisce; e senza che (in ipotesi) il risparmio che così si programma possa, neppure *pro parte*, essere “dirottato” verso forme atte a compensare, in qualche modo, il sacrificio economico di allora (naturalmente nei casi in cui esso effettivamente vi sia stato), e comunque la subita destabilizzazione dei programmi di una vita.

Paradossalmente, dunque, la misura appare suscettibile di risolversi, essa stessa, in un *vulnus* a quel vincolo della solidarietà intergenerazionale, che pur si invoca: un *vulnus*, in definitiva, alle stesse logiche di convivenza delle quali quel sistema è espressione.

Con ciò non si vuol di certo sostenere che non ci si debba preoccupare degli svolgimenti futuri del sistema delle pensioni e del destino delle generazioni a venire. Non si può trascurare, tuttavia, che è proprio il raffronto degli interessi delle contrapposte generazioni che evidenzia, nella prospettiva che qui si considera (“trasferimento” di risorse attuali ad impieghi futuri), aspetti di forte equivocità.

Se si considera la situazione con sufficiente distacco, infatti, non si può non riconoscere che il diritto a poter disporre di mezzi adeguanti alle esigenze future di vita ha un valore comparativo nettamente superiore per coloro che, avendo concluso il periodo di vita lavorativa, non hanno più alcuna concreta possibilità – a differenza degli appartenenti alla generazione più giovane, e, dunque, ancora in attività o potenzialità di lavoro – di provvedersi di rimedi aggiuntivi o surrogatori della perdita delle aspettative sulle quali, a suo tempo, ciascuno aveva fondato il proprio personale progetto di vita. In fondo, la stessa innovazione, rappresentata dalla introduzione della previdenza complementare come “secondo pilastro” del sistema, è stata concepita proprio in funzione di sostegno delle nuove generazioni, in vista di un periodo di restrizioni dell’intervento del “primo pilastro”.

In ogni caso, ci sarebbe da chiedersi quale credibilità (*rectius*, razionalità) possa, in ipotesi, essere riconosciuta all’imposizione di sacrifici attuali a diritti sociali fondamentali, in funzione di una soluzione pregiudizialmente bloccata e unidimensionale – quella, appunto, della destinazione delle risorse risparmiate all’alimentazione finanziaria delle pensioni delle future generazioni –, la cui effettiva attuazione, però, non può credibilmente essere in alcun modo garantita, se non altro per difetto di specifici strumenti di controllo o di giustiziabilità; ma anche a causa delle tante variabili, destinate, con ogni verosi-

miglianza, ad intervenire nel tempo e a cambiare irrimediabilmente le “carte in tavola”.

E si potrebbe anche obiettare che si tratta di una prospettiva imposta in nome, da un lato, di esigenze a venire, solo approssimativamente definite o definibili; e, da un altro lato, di un “equilibrio di bilancio” (che non vuol dire “pareggio”, si badi bene), esplicitamente concepito e accettato dalla stessa norma costituzionale come situazione non predefinita, ma oscillante (art. 81, comma 1, Cost.) tra “fasi avverse” e “fasi favorevoli del ciclo economico”.

Alla luce di tali riflessioni, ancorché schematiche, c’è da chiedersi se l’argomento di critica alla sentenza n. 70/2015, che fa leva sul patto intergenerazionale, in forza della sua indubbia suggestione non finisca per mettere in ombra quanto, viceversa, è realmente in grado di condizionare gli svolgimenti futuri del sistema di *welfare*: la volontà politica di prendere in considerazione (anche) la possibilità di distogliere da altre utilizzazioni le risorse necessarie alla tutela dei diritti sociali fondamentali, non escluso, ovviamente, il ricorso alla leva fiscale.

Non può sfuggire, d’altro canto, che la giustificazione di misure recessive in materia di pensioni, fondata sul “patto tra generazioni” (sacrificare le pensioni oggi, per consentire il pensionamento domani), concettualmente implica, a ben considerare (e a tacer d’altro), proprio quel “controllo sulla destinazione delle risorse”, che, invece, in via generale, si dà per esclusa dalle possibilità di sindacato della Corte. Un controllo che, oltretutto, come testé osservato, nella specie sarebbe materialmente impossibile, stanti la proiezione della complessiva vicenda su di un arco temporale necessariamente assai lungo, esposto, dunque, all’interferenza delle inevitabili, sopravvenienti contingenze.

Questione ben diversa è quella dei rimedi da apprestare per eliminare o ridurre le non poche e innegabili iniquità dell’attuale sistema.

In tale prospettiva, però, il vincolo determinato dal “patto tra generazioni” non appare essere la leva giusta sulla quale fare forza. Centrali sono, piuttosto, i problemi che pone l’esigenza di una corretta individuazione di idonei criteri, atti a selezionare, innanzitutto, le situazioni che, in nome di una maggiore equità, siano realmente meritevoli di essere rivisitate – scontato essendo il fatto che, come già accennato, non tutti i pensionati beneficiari del calcolo retributivo possono considerarsi essere stati “pregiudizialmente” favoriti –, e che valgano ad individuare, in secondo luogo, le misure idonee ad ottenere il risultato suddetto.

È di detti criteri, dunque, che, *in primis*, occorre preoccuparsi, e con una

cura particolare. Un'analisi e, rispettivamente, una calibratura che, come è evidente, richiedono entrambe particolari approfondimenti e molti distinguo, e non possono di certo essere affrontate con logiche generalizzanti o massimaliste.

7. *Arrendersi alla prospettazione della "scarsità delle risorse"?*

Volendo tirare le fila delle schematiche considerazioni sin qui svolte, l'impressione è che l'impatto mediatico – e anche emotivo – che la recente sentenza n. 70 della Corte costituzionale ha incontrato in gran parte dipenda anche dal fatto che, come osservato all'inizio delle presenti riflessioni, il relativo *dictum* ha toccato un "nervo scoperto" della società civile e politica; precisamente, detta sentenza ha, innanzitutto, riacutizzato ragioni di critica – o, se vogliamo, di risentimento – che tuttora, nonostante i reiterati, specifici interventi di riforma in senso rigorista, sedimentatisi nel corso degli ultimi lustri, il vigente sistema delle pensioni può suscitare.

In altre parole, appare quasi trattarsi di una sorta di "resa dei conti" (inutile dire fino a che punto tardiva) sia con la risalente riforma Brodolini, sia con la più recente riforma Dini: la prima, per la eccessiva "generosità" del criterio di calcolo retributivo delle pensioni (seppur "calmierato" da un "tetto"), adottato in una prospettiva – quella del sostanziale mantenimento del tenore di vita raggiunto al termine della carriera lavorativa – da tempo divenuta del tutto anacronistica, e vissuto, anzi, come causa delle principali disfunzioni dalle quali il sistema pensionistico è tuttora affetto; la seconda, per il compromesso del troppo lungo periodo transitorio accordato alla sopravvivenza di quel criterio di calcolo, una volta assunta la (salutare) decisione di "convertire" il sistema pensionistico al più ragionevole ed equo (anche in prospettiva "meritocratica") calcolo contributivo.

Poiché è scontato che non è dei (perduranti) difetti del vigente sistema previdenziale (veri o presunti che essi siano) che la Corte avrebbe potuto farsi carico (neppure) con la sentenza qui più volte richiamata, si appalesa come l'aspetto controverso che ha alimentato e acceso le polemiche in questione sia altro: precisamente, quello che attiene al grado di condivisione delle logiche del *welfare* da parte della società attuale, nelle sue diverse espressioni e articolazioni.

Appare innegabile, in effetti, che le forze di governo, nel trincerarsi die-

tro la formula della “scarsità delle risorse”, quando si tratta di diritti sociali fondamentali, nei fatti finiscano per eludere, come già accennato, una questione fondamentale: questione che è non tanto (o non soltanto) se vi siano, o meno, le risorse per soddisfare in misura adeguata detti diritti, quanto se vi sia, o meno, la volontà politica di destinare a tale impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni, fino a porle, se del caso, addirittura a carico della fiscalità.

Sembrirebbe quasi di poter cogliere in detto atteggiamento una sorta di metamorfosi dello stesso fondamentale principio di solidarietà. Un principio, invero, storicamente “tributario” del sistema previdenziale – perché essenzialmente destinato a determinare un flusso di risorse dall’esterno (solidarietà generale) o, al massimo, circolante all’interno del sistema stesso (nel senso della redistribuzione della ricchezza internamente alla platea dei pensionati/pensionandi) –, che, però, attualmente, appare sempre più sospinto – anche per effetto di più o meno giustificate imposizioni “esterne”, quali sono quelle promananti dalle autorità comunitarie – in una direzione del tutto diversa: cioè, a farsi flusso di risorse che muovono dall’interno del sistema previdenziale nella direzione dei fabbisogni (veri o presunti) della società civile: con quanto di anomala sovrapposizione, in *surplus*, con i criteri dell’imposizione fiscale, è facile intuire.

La questione, al fondo, può essere espressa in termini ancor più crudi: il *welfare* è da apprezzare come fattore di ricchezza e sviluppo sociale e economico (e, dunque, come obiettivo da sostenere), o è da temere come fonte di costo e dispendio di risorse altrove allocabili (e, dunque, da contenere, se non da rifuggire)?

Si tratta di interrogativi inquietanti, che, come è evidente, rimandano a contrapposizioni interne al corpo sociale, ma anche, e correlativamente, allo stato di crisi dei modelli storici di tutela dei diritti e, in definitiva, del fondamento stesso del costituzionalismo⁷.

Non occorre ricordare come nel nostro paese emblematiche di detta situazione siano già le ben note politiche di progressiva, ingravescente riduzione dello statuto protettivo del lavoro, drammaticamente in atto ormai da alcuni anni. Un problema, invero, che affligge, in maniera conclamata, come sappiamo – e con reciproche interazioni –, non solo il nostro paese, ma l’intero contesto dei paesi dell’Unione europea.

⁷ Cfr. GIUBBONI, *Lavori e diritti in crisi: il caso italiano in prospettiva europea*, in *PD*, 2015, p. 257.

8. *Le prospettive del welfare tra sperimentazione e rigidità dei vincoli valoriali*

In una realtà che è, come quella testé evocata, complessa e in movimento, in affannosa ricerca di nuove vie – e, tuttavia, senza l’ausilio di una vera bussola che la governi, o una chiara visione del futuro –, si può assumere che la Corte costituzionale con la sentenza n. 70, idealmente ci ammonisca che quel processo evolutivo, sia pure frutto di una crisi generalizzata, non può eludere il confronto con alcuni “punti fermi”.

E, in effetti, se è incontestabile che la riflessione sulle trasformazioni globali del recente periodo è inevitabilmente destinata a dare spazio a scelte inedite, va preso atto, nel contempo, anche del fatto che non tutto può risolversi con la mera “sperimentazione”, al di fuori di un preciso disegno o di precisi valori di riferimento. Se si vuole che la società in cui viviamo non rischi di perdere la propria identità, e di pregiudicare, così, con i valori che la hanno storicamente caratterizzata e fatta progredire, lo stesso livello di civiltà raggiunto, appare indispensabile, infatti, che la sperimentazione di nuovi percorsi avvenga senza perdere di vista ben precisi e solidi riferimenti valoriali.

Ed è proprio a questo proposito, come mi sembra, che si ripropone con forza il ruolo del giudice costituzionale, quale “garante delle rigidità” della Costituzione (come è stato icasticamente osservato), o, se si preferisce, dei dati qualificanti il livello di civiltà che la nostra Carta fondamentale esprime. Ruolo che, per quanto fin qui osservato, la recente sentenza, cui più volte si è fatto qui riferimento, appare aver interpretato con puntuale, fattiva e altamente pedagogica determinazione.

Abstract

La Corte costituzionale ha riaperto il dibattito sui diritti sociali. In particolare, in merito al rapporto tra “sostenibilità economica” e “sostenibilità sociale”, la Corte ha evidenziato come il principio dell’equilibrio di bilancio non possa essere concepito come un valore destinato a prevalere sugli altri valori di rilevanza costituzionale.

The constitutional Court has reopened the debate on the social rights. Particularly, regarding the relationship among “economic sustainability” and “social sustainability”, the Court has underlined as the principle of the equilibrium of budget cannot be conceived as a value destined to prevail on the other values of constitutional importance.

Key words

Diritti sociali, principio del pareggio di bilancio, adeguatezza delle prestazioni sociali, rivalutazione automatica, solidarietà intergenerazionale.

Social rights, principle of the balance of budget, adequacy of the social performances, automatic revaluation, intergenerational solidarity.

Maximilian Fuchs

Dove va il diritto del lavoro europeo?*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Le difficoltà connesse al gran numero degli Stati membri. **3.** Il fallimento della contrattazione collettiva europea. **4.** La legislazione *à la carte*. **5.** La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. **6.** Accordi transnazionali. **7.** La gestione europea della crisi e il suo influsso sui diritti del lavoro nazionali. **8.** Conclusioni.

1. *Introduzione*

1. *Introduzione*

Per darvi un'idea di come intendo affrontare il tema che ho scelto, mi sembra opportuna una breve premessa metodologica. Prendo spunto da quanto ho letto nell'introduzione del noto libro “*Civilization*” dello storico americano Niall Ferguson che scrive¹: “*Infatti, non esiste in realtà alcun futuro (che si può declinare) al singolare; esistono soltanto diversi possibili futuri, al plurale. Ci sono molteplici interpretazioni della storia, nessuna delle quali definitiva, ma esiste un solo passato. E benché il passato sia cessato (...), esso è indispensabile per comprendere ciò che viviamo e ciò che ci attende domani ed in futuro*” (trad. di M.F.). Questa è la ragione per cui gran parte della mia presentazione si occupa del passato, magari del passato recente, per poi gettare uno sguardo sul futuro. Del resto, un'impostazione simile viene adottata anche da Brian Bercusson nella seconda edizione (apparsa postuma) del suo manuale “*European Labour Law*”². L'Au-

* Questo scritto riproduce la *lectio magistralis* tenuta a Caserta il 26 maggio 2015 presso la Seconda Università degli Studi di Napoli. Il testo mantiene lo stile colloquiale della *lectio*. Ringrazio il Prof. Raffaello Santagata che mi ha dato una mano preziosa nella sua stesura.

¹ FERGUSON, *Civilization*, 2012, p. xix.

² BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009.

tore, partendo da una prospettiva rivolta al passato, dedica tre capitoli a “*The futures of European labour law*”, nei quali ipotizza, appunto, gli scenari futuri³.

Dall'esame dell'evoluzione del diritto del lavoro europeo possono scaturire, a volte in via diretta, altre volte indiretta, alcune risposte sui possibili sviluppi futuri. Pertanto, vorrei partire dalla fase antecedente al Trattato di Roma che istituisce la Comunità Economica Europea, entrata in vigore nel 1958, per poi illustrare le tappe più importanti del processo di integrazione, i filoni ispiratori ed il pensiero di alcune personalità che hanno influito sulle linee di *policy*, per poi approdare agli inizi del nuovo millennio ed al successivo periodo. L'intento sotteso a questa presentazione, più o meno descrittiva, è quello di condurre un'analisi che tenti di dare una risposta al quesito posto nel titolo, cercando d'intuire in anticipo quale futuro, quali possibilità si disegnano all'orizzonte. L'esame si limita a considerare i principali cambiamenti in atto nella normativa prodotta dagli organi deputati a legiferare anche alla luce del “diritto” creato dalla contrattazione collettiva europea. Una riflessione sui possibili approdi della giurisprudenza della Corte di Giustizia avrebbe richiesto una ricerca a sé stante, sicuramente poco agevole.

Come è noto a tutti voi, la Comunità economica europea, la cui nascita coincide con il 1° gennaio 1958, persegue un chiaro obiettivo. In tutti i grandi discorsi tenuti all'indomani della Seconda Guerra Mondiale con riguardo ad un'unione europea, questioni quali il mantenimento della pace e l'eliminazione dell'ostilità fra la Francia e la Germania assumono un ruolo di primo piano⁴. Un passo importante in questa direzione è rappresentato dalla istituzione di una Comunità europea del carbone e dell'acciaio nel 1951. L'idea era quella di realizzare la produzione di carbone e acciaio attraverso una cooperazione paneuropea in modo da prevenire un nuovo conflitto.

L'esperienza positiva che aveva rappresentato la realizzazione di una Comunità europea del carbone e dell'acciaio induce a mettere in campo un progetto che vada oltre l'ambito del carbone e dell'acciaio e che preveda una cooperazione economica. Questo progetto diviene realtà in occasione della conferenza di Messina del 1955 svoltasi tra i ministri degli affari esteri ap-

³ BERCUSSON, *op. cit.*, pp. 641-737.

⁴ Sono ben noti i discorsi di Winston Churchill a Zurigo (1946) e di Robert Schumann del 9 maggio 1950 il quale affermava: “L'Europa non potrà farsi una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto. L'unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania: l'azione intrapresa deve concernere in prima linea la Francia e la Germania”.

partenenti alla CECA. Viene dunque dato il via libera ai negoziati per la stesura dei Trattati di Roma – denominazione che deriva dal luogo delle trattative – con i quali l'integrazione economica viene approvata ed inserita nel Trattato della Comunità Economica Europea.

Questione assai controversa è quella di stabilire se in tale Trattato debbano essere incluse anche disposizioni di diritto del lavoro e della sicurezza sociale⁵. Ad avanzare tale richiesta sono in particolare i capo negoziatori francesi, secondo cui l'armonizzazione dei sistemi sociali dei singoli Stati membri costituisce una condizione essenziale per realizzare un mercato comune: nella loro ottica soltanto un adeguamento delle normative avrebbe consentito di garantire un carico uniforme sulle imprese e dunque di parificare le condizioni della concorrenza all'interno della Comunità. La Francia, in particolare, teme che le imprese nazionali subiscano uno svantaggio concorrenziale rispetto a quelle degli altri paesi a causa dei più elevati costi del lavoro⁶. A questa posizione si oppone fermamente la delegazione tedesca, sostenuta dalla maggioranza nei sei stati membri fondatori⁷. In tale contesto si inserisce l'*Ohlin-Report* (dal nome dell'economista svedese che coordinava il gruppo di esperti), che si propone di esaminare i diversi punti di vista con riguardo agli "aspetti sociali dei problemi della cooperazione economica europea"⁸. Il rapporto giunge alla conclusione che l'armonizzazione richiesta dai francesi non sia necessaria. L'unico punto su cui esso dà ragione alle pretese francesi è rappresentato dalla parità retributiva tra uomini e donne, ed è per questo che tale principio si trova oggi sancito nel Trattato della Comunità Economica Europea.

Un altro nodo da sciogliere concerne l'inserimento nel Trattato della libertà di circolazione dei lavoratori come diritto fondamentale. Dalla lettura del rapporto finale dell'atto costitutivo della Comunità Economica Europea,

⁵ Su questo dibattito v. FUCHS, MARHOLD, *Europäisches Arbeitsrecht*, Verlag Österreich, 2014, pp. 6 ss.

⁶ In Francia la presenza di differenziali salariali di genere più bassi rappresentava uno svantaggio concorrenziale in settori con una porzione femminile alta, come nell'industria tessile ed elettronica, cfr. su questo (anche con cifre statistiche) BARNARD, *The Economic Objectives of Art. 119*, in HERVEY, O'KEEFE, *Sex Equality Law in the European Union*, 1996, pp. 324 ss.

⁷ Sulla sorte dell'idea dell'armonizzazione molto utile è l'analisi di SIMITIS, LYON-CAEN, *Community Labour Law: A Critical Introduction to its History*, in AA.VV., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*. Liber amicorum Lord Wedderburn of Charlton, 1997, Clarendon Press, pp. 4 ss.

⁸ INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ed.), *Social Aspects of European Economic Co-operation*, 1956, 74 *International Labour Review*, 99.

presentato dal ministro per gli affari esteri belga Spaak⁹, traspare che per alcuni Stati membri non è stato facile accettare l'idea che la manodopera debba essere libera di poter valicare i confini senza ostacoli e indiscriminatamente. Si renderà infatti necessaria una lunga opera di persuasione per raggiungere un consenso unanime sulla necessità di garantire la libera circolazione dei lavoratori come libertà fondamentale, il cui nucleo centrale si identifica nel divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Ciò non toglie che nella Comunità Europea, allora appena istituita, la presenza di una politica sociale sia inizialmente molto modesta per la caratteristica "frigidità sociale" – per dirlo con la famosa affermazione di Mancini¹⁰ – dei padri fondatori.

L'assenza di un diritto del lavoro a livello europeo contrassegna anche il primo decennio degli anni '60 del secolo scorso. Il 1968 è un anno importante, per l'adozione del reg. sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità¹¹, che completa il processo di progressiva attuazione della libera circolazione dei lavoratori riconosciuta nel Trattato, specificando in particolare gli obblighi degli Stati Membri strumentali alla garanzia della parità di trattamento tra i lavoratori¹².

Un punto di svolta si realizza negli anni '70 del secolo scorso. A spianare la strada è il programma d'azione sociale della Commissione, che porta a tre importanti direttive in materia di diritto del lavoro¹³. Tuttavia, è anche il contesto economico paneuropeo di quel periodo a contribuire a questo sviluppo. Gli anni '70, segnati dalla crisi petrolifera, portano a processi di profonda riorganizzazione nelle imprese e a licenziamenti di massa¹⁴. E qui si coglie un tratto caratteristico dell'evoluzione del diritto del lavoro europeo: la Comunità Europea mostra un particolare attivismo quando nel mondo del lavoro si manifestano problemi e situazioni critiche¹⁵. In un simile con-

⁹ RAPPORT DES CHEFS DES DÉLÉGATIONS, Comité Intergouvernemental, Secrétariat, Bruxelles, 1956.

¹⁰ MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati Membri*, in RDE, 1989, p. 9.

¹¹ GU del 19 ottobre 1968 n. l. 252/2.

¹² Per la nascita e gli sviluppi di questo Regolamento v. i contributi in: EUROPEAN COMMISSION (ed.), *Thirty Years of Free Movement of Workers in Europe*, 1998.

¹³ GU del 12 febbraio 1974 N. C 13/1.

¹⁴ Per una descrizione della situazione economica e il suo influsso sul diritto del lavoro comunitario v. BERCUSSON, *op. cit.* (ma ed. del 1994), pp. 234 ss.

¹⁵ BERCUSSON, *op. cit.*, p. 629 parla di "catalytical events". Le esperienze nel gruppo olandese AKZO hanno condotto alla direttiva sui licenziamenti collettivi (cfr. FUCHS, MARHOLD, *op. cit.*,

testo economico vengono varate la direttiva in materia di trasferimento d'impresе, la direttiva sui licenziamenti collettivi e, alla fine del decennio, la direttiva sull'insolvenza del datore di lavoro. Peraltro, negli stessi anni si chiude un altro cantiere. L'idea che la disparità di trattamento tra uomini e donne nella vita lavorativa debba essere contrastata non solo nel campo della retribuzione¹⁶, ma, in generale, in tutti gli ambiti del diritto del lavoro, fa sì che alla dir. del 1975 sulla parità retributiva segua l'approvazione nel 1976 di un'altra dir. *sulla parità nelle condizioni di lavoro*. Con queste cinque direttive si viene a formare una parte centrale dell'ossatura del diritto del lavoro europeo su cui ancora oggi si basano gli ordinamenti nazionali.

Veniamo dunque agli anni '80. Questo decennio viene etichettato anche come "eurosclerosi"¹⁷. Una denominazione, questa, legata principalmente alla personalità dominante del primo ministro inglese *Margaret Thatcher*. Ed infatti il Governo *Thatcher* si propone non solo di smantellare elementi essenziali del diritto del lavoro britannico, ma anche di impedire che un diritto del lavoro "puro", come quello britannico, possa essere contaminato da sostanze velenose provenienti dal Continente. Tuttavia, con riferimento a questo periodo, non certo favorevole allo sviluppo del diritto del lavoro europeo, è da segnalare un'altra importante figura di spicco che propone una nuova strategia. Si allude a *Jacques Delors*, l'allora ministro delle finanze francese, divenuto Presidente della Commissione Europea. *Delors* ha una visione molto chiara del quadro comunitario ed è consapevole di come il percorso tradizionale, basato sull'armonizzazione normativa del diritto del lavoro attraverso direttive, si riveli poco praticabile soprattutto per la difficoltà di raggiungere una maggioranza tra i paesi membri. Ciò lo induce a perorare, sulla falsariga di pratiche svolte in molti ordinamenti nazionali, un metodo di concertazione fra le parti sociali, che, da allora in poi, prende il nome di dialogo sociale¹⁸. In effetti, il dialogo sociale consiste inizialmente solo in un *forum* di discussione di cui le parti sociali europee, oltre alla Commissione, si

n. 5, p.10). Più tardi le vicende nella ditta Hoover a Dijon hanno spianato la strada al varo della direttiva sui CAE.

¹⁶ La prima pietra l'aveva posta la C. Giust. con le sentenze Defrenne I, II e III, cfr. BARBERA, *Discriminazioni e eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1991, pp. 191 ss.

¹⁷ V. HERVEY, *European Social Law and Policy*, Longman, 1998, p. 17 s.

¹⁸ Sui concetti e gli sviluppi del dialogo sociale v. DEL MAR RUIZ CASTILLO, *Dialogo sociale*, in: BAYLOS GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (ed.), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, 1996, p. 163 ss.

avvalgono esclusivamente per intavolare un confronto. A prima vista non sembra avere molto successo. E queste difficoltà si riflettono nell'approvazione della *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali*, alla quale solamente 14 Stati membri si dichiarano favorevoli, ed il Regno Unito si colloca naturalmente tra i contrari. Tuttavia l'importanza e la crucialità di questo documento come fonte di ispirazione e come segnale di un deciso impegno della Comunità nella realizzazione di un programma di legislazione sociale, è oggetto di comune riconoscimento¹⁹.

Il Trattato di Maastricht, stipulato nel 1992, cambia di poco il quadro descritto. Tuttavia, ad esso si deve una delle innovazioni più importanti per lo sviluppo del diritto del lavoro europeo. Al Trattato viene aggiunto un Accordo sulla politica sociale, nel quale i 14 Stati membri, già firmatari della Carta, si impegnano a collaborare e a trovare degli accordi in ambito di politica sociale europea²⁰. Particolarmente importante è anche l'inclusione all'interno del Trattato di un ulteriore modello negoziale che ricalca l'idea del dialogo sociale promossa da *Jacques Delors*. Tale modello è oggi consacrato negli artt. 154 e 155 TFUE²¹. Le parti sociali europee, e quindi i sindacati dei datori di lavoro e dei lavoratori, possono stipulare tra loro un accordo a livello comunitario e dunque decidere se rimmetterlo alle associazioni nazionali per una sua eventuale trasposizione nel diritto nazionale oppure optare per un'altra soluzione, e cioè quella di demandare al Consiglio il compito di emanare una direttiva che obblighi gli Stati membri a recepire i contenuti di tale accordo.

Le parti sociali non riescono a sfruttare immediatamente l'opportunità del nuovo modello negoziale contemplato nel Trattato. In quel periodo la dir. 94/45/CE sui Comitati aziendali europei²² è ancora in fase di elaborazione da parte della Commissione e necessita dell'approvazione del Consiglio. È però significativa la circostanza che, dopo il cambio di governo nel Regno Unito nel 1997, con la presidenza di Tony Blair, ciò che fino a quel momento costituiva l'*acquis communautaire* venga adottato ed inserito nel Trattato²³.

¹⁹ V. in questo senso BERCUSSON, *op. cit.*, pp. 139 ss.

²⁰ Per il contenuto e l'importanza dell'Accordo v. ARRIGO, *Politica sociale*, in BAYLOS GRAU, CARUSO, D'ANTONA, SCIARRA (ed.), *cit.*, p. 248 ss.

²¹ Per un'analisi dettagliata di queste disposizioni cfr. RIESENHUBER, *European Employment Law*, 2012, § 4.

²² GU del 30 settembre 1994 n. l. 254/64.

²³ Questa nuova politica viene descritta in BARNARD, *The United Kingdom, the "Social Chapter" and the Amsterdam Treaty*, in *ILJ*, 1997, 275.

Alla fine degli anni '90 sembra che il nuovo modello negoziale che punta sull'iniziativa delle parti sociali possa riservare un futuro radioso. Le parti sociali europee raggiungono un accordo con riguardo al lavoro a tempo determinato, al lavoro a tempo parziale²⁴ e anche con riguardo ai congedi parentali.

Manca un'ultima tessera musiva riguardo all'evoluzione del diritto del lavoro europeo in atto a cavallo dei due millenni. Si tratta dell'ampliamento della tutela antidiscriminatoria. Già in passato l'accento era stato posto sulla parità di trattamento di uomini e donne sul lavoro. Il Trattato di Amsterdam contempla ora al proprio interno una nuova disposizione, che pone il divieto della discriminazione per motivi di razza, di origine etnica, religione e convinzioni personali, disabilità, età e orientamento sessuale. Questa nuova previsione, oggi contenuta nell'art. 19 Tfu, costituirà di lì a poco la base giuridica per l'adozione (nel 2000) di tre importanti direttive che vietano, nell'ambito del diritto del lavoro, la discriminazione per uno qualsiasi dei motivi sopra citati²⁵.

A conclusione di questa indagine retrospettiva sullo sviluppo della legislazione del diritto del lavoro europeo, meritano almeno un accenno ancora due atti normativi, entrambi emanati nei primi anni del nuovo millennio, che costituiscono una componente importante del diritto delle relazioni collettive di lavoro²⁶. In primo luogo la dir. n. 2001/86 che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori. Come è noto, con questo atto si conclude una storia durata quasi trent'anni, durante i quali ci si è preoccupati di realizzare uno statuto della società europea che assicurasse la partecipazione dei lavoratori. Negli anni a venire sono state emanate altre direttive, basate sullo stesso principio, ma destinate ad altri tipi di società, quale, ad esempio, la società cooperativa europea. Infine, bisogna richiamare la dir. n. 2002/14, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori nella Comunità Europea.

²⁴ Per un'analisi esaustiva di queste direttive v. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in SCIARRA, CARUSO (ed.), *Il lavoro subordinato*, 2009, p. 309.

²⁵ Per una prospettiva ampia del diritto europeo contro le discriminazioni cfr. BELL, *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, in CRAIG, DE BÚRCA (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 2011, p. 611.

²⁶ Per un'ampia documentazione e analisi di questa legislazione si v. ALAIMO, *Il coinvolgimento di lavoratori nell'impresa, informazione, consultazione, partecipazione*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *op. cit.*, pp. 641 ss.

Il percorso sin qui tratteggiato per descrivere lo sviluppo del diritto del lavoro europeo, utilizzando la “lente” dei singoli atti legislativi, mi consente ora di proporre una tesi, che assumo come punto di partenza per poi articolare le mie argomentazioni. In particolare, a me pare si possa affermare che nel 2002 la normativa europea abbia subito una battuta d’arresto nel campo del diritto del lavoro. Anzitutto devo chiarire i termini essenziali della tesi che vi sottopongo. La mia non vuole essere un’affermazione valida in assoluto, in quanto ritengo sia necessario capire se esistono sviluppi ed avvenimenti che si pongono realmente in controtendenza.

Molti di voi potrebbero subito obiettare che anche negli anni successivi possono rinvenirsi direttive in ambito giuslavoristico. Questa circostanza non mi è affatto sfuggita. E proprio per questo motivo devo chiarire il mio punto di vista, ponendo in rilievo che, a partire dal 2002, non emerge alcuna iniziativa legislativa dell’Ue, che abbia affrontato *ex novo* e regolamentato in modo sostanziale un ambito del diritto del lavoro. La gran parte delle direttive, varate dal Consiglio dopo il 2002, introduce modifiche marginali, o punta semplicemente ad un consolidamento della giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia europea o ad una codificazione di modifiche già apportate in passato a direttive precedenti. La scelta di codificare direttive già esistenti ha avuto inizio nel 2001 con la dir. n. 2001/23 sul trasferimento d’impresa²⁷. Questa prassi è poi proseguita con la dir. n. 2003/88 che ha codificato la disciplina previgente concernente aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, senza apportarvi sostanziali innovazioni²⁸. E lo stesso è avvenuto con il reg. n. 492/2011 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno dell’Unione²⁹. Nel primo considerando si legge che a causa delle numerose e sostanziali modificazioni del reg. n. 1612/68 è opportuno, ai fini di una maggiore chiarezza e razionalizzazione, procedere alla codificazione di tale regolamento.

Appare fin troppo evidente come la Commissione si mostri sempre meno in grado di avviare processi innovatori nel campo del diritto del lavoro. Si è fatto giustamente notare come l’Agenda sociale 2005-2010 non contenga neppure una proposta per una nuova normativa nel campo del diritto del lavoro³⁰. Nel 2006 la Commissione presenta un Libro verde allo scopo di

²⁷ V. Considerando (1) del preambolo.

²⁸ V. Considerando (1) del preambolo.

²⁹ GU dell’11 febbraio 2011 n.l. 257/2.

³⁰ BERCUSSON, *op. cit.*, p. 627: “*What is Striking is That There is Not One Single Proposal for New Legislation in the Labour Law Field*”.

dare vita ad una consultazione pubblica ed incoraggiare risposte³¹. Le risposte a tale documento sono state in gran parte critiche³² e, comunque, non hanno avuto alcun seguito³³.

Meritano invece di essere menzionate due direttive, approvate nel 2014, nelle quali il legislatore europeo, ugualmente, non innova sul piano sostanziale la normativa esistente. Esse sono, piuttosto, volte a preservare il diritto vigente. La dir. 2014/54/UE relativa alle misure intese ad agevolare l'esercizio dei diritti conferiti ai lavoratori nel quadro della libera circolazione dei lavoratori³⁴, aspira a migliorare la tutela effettiva dei diritti relativi alla libera circolazione dei lavoratori. Non si tratta di un tema nuovo. Già nel 1997 un rapporto stilato da un gruppo di esperti ad alto livello sulla libera circolazione delle persone, presieduto da *Simone Veil*, mostrava una casistica assai rilevante di discriminazioni di lavoratori fondate sulla nazionalità. La dir. 2014/54/UE, come risulta chiaramente dal preambolo, affronta ora le medesime criticità relative all'attuazione della normativa europea, di diritto primario e secondario, in materia di libera circolazione³⁵. In questa prospettiva, il legislatore fa ricorso a modelli e tecniche già adottati nelle precedenti direttive antidiscriminatorie di nuova generazione. Così come la dir. 2000/78/CE che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la dir. 2014/54/UE contiene previsioni volte a promuovere la diffusione delle informazioni, il dialogo con le parti sociali e con le pertinenti organizzazioni non governative; inoltre, si prevede la possibilità di avviare qualsiasi procedimento amministrativo o giudiziario finalizzato all'attuazione dei diritti relativi alla libera circolazione dei lavoratori, anche mediante l'aiuto di organizzazioni che abbiano un legittimo interesse a garantire il rispetto delle disposizioni della direttiva.

Analogo carattere procedimentale riveste anche una seconda direttiva particolarmente degna di nota, ossia la dir. 2014/67/UE concernente l'applicazione della dir. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito

³¹ Libro Verde, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM(2006) 708 def.

³² FUCHS, MARHOLD, *op. cit.*, p. 41; RIESENHUBER, *op. cit.*, § 1 par. 40; SCIARRA, *EU Commission Green Paper, Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century*, in *ILJ*, 2007, p. 375 ss.

³³ Dopo una valutazione delle risposte (COM(2007) 627 def.) la Commissione non ha più portato avanti alcun progetto.

³⁴ In GU L. 128/8.

³⁵ In particolare si fa riferimento al reg. 1612/68 (adesso reg. 492/2011).

di una prestazione di servizi. Come risulta espressamente dall'art. 1, tale dir. non incide sul campo di applicazione della dir. del '96, ma si prefigge lo scopo di garantire una corretta applicazione di quella, riproponendone anche gli obiettivi, ossia il rispetto di un livello "appropriato" di tutela dei lavoratori distaccati ed il contrasto dell'uso abusivo del distacco, al fine di creare condizioni di concorrenza leale tra i prestatori di servizi. Vengono dunque introdotte regole che riguardano soprattutto l'adozione di misure per il controllo (da effettuarsi mediante la designazione di autorità competenti da parte di ciascuno Stato) sul rispetto delle previsioni della direttiva sul distacco, il regime sanzionatorio, ed infine, la cooperazione amministrativa tra gli Stati membri.

Alla luce di queste due dir. risulta confermato che il legislatore europeo, tenendo conto della situazione attuale, sembra orientato a prestare più attenzione alla salvaguardia del diritto vigente. Appare poco probabile che vengano messe in *agenda* iniziative per rafforzare in modo effettivo il diritto del lavoro europeo. Il compito di garantire la conservazione e l'applicazione dell'*acquis communautaire* risulta già abbastanza difficoltoso. In effetti, tale giudizio è condiviso anche nella dottrina italiana. Analogamente Roccella e Treu³⁶ parlano di un ammorbidimento dei contenuti del diritto europeo e del passaggio a forme di *soft law* caratterizzate da *guidelines* e *benchmarks*, ritenendo che questa scelta sia giustificata "da ragioni essenzialmente politiche, cioè dalla necessità di eludere le persistenti resistenze nazionali agli interventi normativi comunitari, superando sia le difficoltà dell'armonizzazione legislativa, sia le debolezze registratesi nella pratica dello stesso dialogo sociale". Concordo pienamente con questa diagnosi. Tuttavia, nelle pagine che seguono vorrei illustrare come si è arrivati a questa situazione. A tal fine ho selezionato sei ambiti problematici che farò oggetto di indagine per poter comprendere i fenomeni descritti ed abbozzare possibili scenari sul futuro³⁷.

³⁶ ROCCELLA, TREU, *Diritto del Lavoro dell'Unione europea*, Cedam, 2012, p. 23.

³⁷ Non ritengo che i sei ambiti problematici individuati nel testo esauriscano tutto il territorio su cui il diritto del lavoro continua a svilupparsi e a modificarsi. Altre aree potrebbero rivelarsi decisive.

2. Le difficoltà connesse al gran numero degli Stati membri

Anche se ciò può apparire relativamente scontato, penso che una prima ragione, da non sottovalutare, della stasi delle politiche sociali europee sia riconducibile al fatto che l'Unione Europea, a partire dal 2004, non è più composta da 15 Stati membri, bensì da 28. Ciò implica che oggi 28 Stati membri partecipano alla formazione delle decisioni e delle deliberazioni riguardanti ciascun atto. Per l'approvazione di una direttiva l'art. 153 TFUE non richiede più l'unanimità, essendo sufficiente la maggioranza qualificata. Tuttavia, come mostrano i più recenti sviluppi delle proposte normative, tale maggioranza non è sempre facile da raggiungere. La direttiva sull'orario di lavoro³⁸ offre un ottimo esempio per mettere in evidenza le difficoltà che gli Stati Membri incontrano nel raggiungere un numero sufficiente di consensi sulle politiche sociali più adeguate. Già all'epoca della sua approvazione, nel 1993, la direttiva suscitò forti resistenze. Il Governo del Regno Unito propose un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia europea per un suo annullamento³⁹. In seguito, la Corte europea in occasione di diverse pronunce (riguardanti l'orario di lavoro del personale medico) ha ritenuto che il periodo di servizio di guardia che svolgono i medici delle unità di pronto soccorso dovesse rientrare interamente nell'orario di lavoro⁴⁰. E così anche molti altri Stati membri hanno abbracciato l'idea che fosse necessaria una revisione della direttiva. In quest'ottica, è stata oggetto di dibattito anche la clausola del cosiddetto *opt-out* dell'art. 17 della dir. 2003/88/CE, in particolare della previsione sulla durata massima della prestazione lavorativa.

Su tali problematiche mi sembra utile e pertinente il richiamo ad un interessante studio effettuato presso l'Università di Treviri⁴¹. Da un punto di vista teorico, tale studio ha fatto ricorso ai principi della scelta razionale (*rational choice*), accolti tra gli studiosi di scienza politica, che si basano sull'assunto del comportamento utilitarista-razionale degli individui. In particolare,

³⁸ Dir. 2003/88/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, GU n. l. 299/9.

³⁹ C. giust., 12 novembre 1996, C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, in *Racc. giur. C. giust.*, 1994, I-5755.

⁴⁰ Si tratta delle sentenze C-303/98 (SIMAP), EU:C:2000:528, C-151/02 (Jaeger) EU:C:2003:437 e C-14/04 (Dellas), EU:C:2005:728. Per un'ampia documentazione di questa giurisprudenza v. ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, pp. 368 ss.

⁴¹ V. HORST, *Die gescheiterte Novellierung der Arbeitszeitrichtlinie, Arbeitspapiere zur Europäischen Integration*, Universität Trier, 2011.

si sostiene che gli attori sono guidati dalla logica della consequenzialità in quanto il loro comportamento è determinato da una combinazione delle conseguenze attese in vista della soddisfazione di preferenze date. Ad una cooperazione con altri attori si giunge solo se essi ricevono una contropartita corrispondente per tale comportamento. Il contesto istituzionale gioca soltanto un ruolo marginale. Le aspettative vengono soddisfatte solo quando l'attore si aspetta un futuro beneficio. Ebbene, se tali assunti vengono applicati al processo legislativo a livello europeo, possiamo far discendere la conclusione che le istituzioni aspirano a trasfondere nella legge da adottare le proprie preferenze nella misura in cui queste siano sufficientemente stabili nei contenuti nel breve e medio periodo.

Tornando alla direttiva sull'orario di lavoro, pur senza voler dare conto ora del dibattito protrattosi per anni sulla sua revisione (dall'inizio del 2004 fino al fallimento nel 2009), possiamo tuttavia evidenziare come nei singoli paesi si siano costituiti alcuni schieramenti solidi e ben definiti, ai quali, in ultima analisi, è imputabile il fallimento del tentativo di revisione della direttiva. A favore del mantenimento della clausola dell'*opt-out* si era schierato naturalmente il Regno Unito, che aveva ottenuto l'appoggio della Germania, Polonia e di alcuni dei paesi baltici, Slovacchia e Malta. Sul fronte opposto si ponevano, per contro, Francia, Spagna, Belgio, Grecia, Lussemburgo e Ungheria. I restanti paesi, invece, facevano propria la soluzione compromissoria prospettata dalla Commissione. In un contesto simile, furono compiuti all'interno delle varie istituzioni europee (Parlamento, Commissione e Consiglio), numerosi tentativi di formare una maggioranza su un pacchetto che includesse la questione della qualificazione del servizio di guardia e la durata massima della prestazione lavorativa. Alla fine, tali tentativi sono interamente naufragati in quanto tutte le parti si sono mostrate consapevoli che il fallimento dei negoziati fosse lo sbocco migliore. Chi ha la pazienza di leggere queste ricostruzioni può farsi un'idea delle complesse decisioni riguardanti i primi tentativi di modificare la direttiva, e può anche intuire le difficoltà, apparentemente insormontabili, che si porranno nel futuro. Intanto è da segnalare che di recente è fallito un altro tentativo della Commissione⁴². E ciononostante la Commissione auspica che una nuova proposta possa andare in porto nel quadro del programma REFIT⁴³.

⁴² V. COM(2010)106 e COM(2010)801.

⁴³ Cfr. COM(2015) 215 fin.

3. *Il fallimento della contrattazione collettiva europea*

Un'altra ragione che spiega la mancanza di nuove norme sostanziali può essere ricondotta al fallimento, o a voler essere meno drastici, all'indebolimento del modello negoziale contemplato a favore delle parti sociali dagli artt. 154 e 155 TFUE⁴⁴. Questo giudizio non si riferisce alla contrattazione europea di settore che continua a mostrare una certa vitalità, bensì ai cosiddetti accordi-quadro. Originariamente promossi da Jacques Delors, il dialogo sociale e la sua introduzione nel Trattato inaugurano un nuovo capitolo delle relazioni industriali a livello europeo. Nella seconda metà degli anni '90 il modello di contrattazione di livello europeo viene sperimentato con un certo successo⁴⁵. Dopo questa prima fase però le parti sociali cominciano ad incontrare sempre più difficoltà ad adottare questa tecnica⁴⁶. Talvolta, optano per gli accordi-quadro di *soft law* di cui all'art. 155, co. 2, primo inciso, TFUE, cioè per quelli non destinati ad essere recepiti da una fonte formale a livello europeo e perciò senza l'obbligo da parte degli Stati Membri di attuarli. In particolare, tale modello viene utilizzato per il telelavoro⁴⁷ e per l'Accordo sullo stress sul lavoro⁴⁸. È evidente che le parti sociali a livello europeo possano essere indotte a valutare forme più elastiche di *soft law* per uscire da situazioni di *impasse* specie nei casi in cui vi sono forti divergenze fra le associazioni datoriali e le Confederazioni dei lavoratori⁴⁹. In tal modo però, come si è giustamente rilevato, esse depotenziano il proprio ruolo di *social policy maker*⁵⁰.

⁴⁴ Per un'analisi approfondita degli artt. 154 e 155 Tfu v. CARUSO, ALAIMO, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo*, in *ADL*, 2012, p. 1123 ss. (Parte I); 2013, p. 32 ss. (Parte II).

⁴⁵ Si pensi agli Accordi quadro concernenti il lavoro a tempo parziale (Direttiva 97/81) ed il lavoro a tempo determinato (Direttiva 99/70).

⁴⁶ Sulla terza tipologia di lavoro flessibile, il lavoro tramite agenzia interinale, non si riuscì a trovare un accordo, come ricordato nei considerando (6) e (7) della Direttiva 2008/104.

⁴⁷ V. ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, p. 273 s.

⁴⁸ Sui due accordi v. PROSSER, *The Implementation of the Telework and Work-Related Stress Agreements: European Social Dialogue Through Soft Law?*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2011, pp. 245 ss.

⁴⁹ Cfr. ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, p. 276.

⁵⁰ Osserva BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford University Press, 2012, p. 75: "Some commentators express concern that the predominance of autonomous agreement and other process-oriented texts has diluted the role of the social partner directives as an instrument of European social policy-making" (riferendosi a KELLER, WEBER, *Sectoral Social Dialogue at EU Level: Problems and Prospects of Implementation*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2011, pp. 227 ss.).

Al di là di qualche modifica marginale o di un semplice aggiornamento di direttive in vigore, possiamo affermare che da 15 anni nessun accordo è stato più concluso secondo il modello *hard*⁵¹. Il che può essere ricondotto a vari fattori. Oltre alla presenza, a cui ho già accennato, di forti divergenze di posizioni, un dato importante da evidenziare è che le associazioni nazionali sono poco propense ad affidare le redini del potere regolativo alle parti sociali europee. Su questioni importanti riguardanti il diritto del lavoro, esse preferiscono trovare soluzioni a livello nazionale⁵². Da qui deriva una sostanziale sfiducia nei confronti delle istituzioni europee.

4. *La legislazione à la carte*

Con l'espressione riportata nel titolo del § vorrei richiamare l'attenzione su una direttiva che introduce innovazioni sostanziali nella regolamentazione di un ambito del diritto del lavoro e che dunque potrebbe in parte smentire il mio assunto di partenza. Alludo alla dir. 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale, approvata nel 2008⁵³. Il cuore di tale dir. è costituito dal principio di parità di trattamento di cui all'art. 5, che ha rappresentato il vero pomo della discordia nel corso delle trattative intercorse fra gli Stati membri e protrattasi per ben otto anni. Spostando l'attenzione su tali trattative e sul loro esito colgo l'occasione per chiarire il mio assunto, precisando che la proposta di un atto legislativo può avere maggiori *chance* di successo se contiene un *menù à la carte* dal quale ciascuno Stato membri possa estrarre, all'occasione, il modello di regolamentazione più confacente alle specificità del contesto nazionale. Sotto questo profilo vorrei soffermarmi sull'art. 5.

La prima proposta di direttiva della Commissione prevedeva la possibilità di derogare al principio di parità di trattamento per le missioni di durata pari o inferiore a sei settimane⁵⁴. Tale proposta viene osteggiata da molti paesi

⁵¹ BERCUSSON, *op. cit.*, p. 562, 635 ha parlato di un declino precipitoso del dialogo sociale dopo gli Accordi quadro vincolanti dal 1996 al 1999.

⁵² V. WEISS, *Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung*, FS Birk, 2008, pp. 957 ss.

⁵³ GU 2008 no. L 327/9.

⁵⁴ Per una informazione dettagliata dell'*iter* delle delibere fra Commissione, Consiglio e Parlamento v. ZAPPALÀ, *The Regulation of Temporary Work in the Light of Flexicurity: Between Soft Law and Hard Law*, in *Working Paper C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'*, no. 21/2003, disponibile su http://aei.pitt.edu/1632/1/n21_zappala.pdf.

che propongono di restringere la portata della deroga al solo stipendio. Contro di essa si schierano anche il Comitato economico e sociale ed il Parlamento europeo. Germania, Irlanda e Regno Unito invece mantengono ferma la propria posizione a favore della possibilità di deroga. Dopo otto anni di discussione la Commissione si trova a dover scegliere se rinunciare all'adozione di una direttiva ovvero offrire un *menu à la carte*. Ebbene, il *menu* oggi disponibile è contenuto nei primi quattro co. dell'art. 5 della dir. 2008/104/CE che contemplano una serie di deroghe al principio della parità di trattamento.

Queste deroghe consentono, fra l'altro, di individuare quello che è stato definito "modello tedesco"⁵⁵. In particolare, viene prevista, in primo luogo, la possibilità di introdurre una deroga al principio di parità di trattamento nelle ipotesi in cui il lavoratore somministrato percepisce lo stipendio durante gli intervalli non lavorativi. Nella medesima prospettiva si pone la previsione che accorda agli Stati membri la possibilità di riconoscere ai contratti collettivi un potere derogatorio rispetto al principio di parità di trattamento. Con tali previsioni si è voluto venire incontro alle richieste svedesi, e così pure a quelle tedesche. Al fine di rispondere invece alle esigenze del Regno Unito, là dove manca un sistema che conferisca efficacia generalizzata ai contratti collettivi, il co. 4 dell'art. 5⁵⁶ riconosce agli Stati la possibilità di accordarsi con le parti sociali a livello nazionale su modalità alternative rispetto al principio di parità di trattamento, purché sia garantito un livello adeguato di protezione. Tali accordi – si prevede – possono includere un "periodo di attesa per il conseguimento della parità di trattamento", anche se il legislatore non fissa alcun limite temporale. In tal modo si ottiene il *placet* del Governo britannico, il quale, nel recepire la direttiva nel diritto inglese, introduce un periodo di attesa di dodici settimane⁵⁷. Ebbene, se si tiene conto che l'utilizzo di lavoratori interinali nel Regno Unito, nella gran parte dei casi, non dura più di dodici settimane, si deve constatare che per molti di essi il principio di parità di trattamento non opera. Appare dunque assai pertinente quanto ha scritto un autore svedese: "la Direttiva appare piena di buchi come un formaggio svizzero. È una specie di direttiva-quadro che cerca di trovare soluzioni compromissorie per i diversi paesi che hanno sollevato delle obie-

⁵⁵ ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, p. 271.

⁵⁶ Sulla situazione specifica del Regno Unito v. FUCHS, *The Implementation of Directive 2008/104/EC on temporary agency work in the UK and Germany*, in *European Journal of Social Law*, 2013, pp. 156-175.

⁵⁷ Art. 7(2) of SI 2010/93 The Agency Workers Regulations 2010.

zioni. In questo modo viene offerta una soluzione per la Germania, un'altra per la Svezia e una terza per il Regno Unito. Per questo motivo si può paragonare la Direttiva ad un pezzo di formaggio svizzero, nei cui buchi si possono trovare i diversi accordi per il mercato del lavoro confezionati su misura per i diversi Stati Membri"⁵⁸.

5. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

Venendo ora a considerare una fonte giuridica di notevole rilievo, vale a dire, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, occorre chiedersi anzitutto se sia legittimo aspettarsi che essa possa contribuire a dare nuova linfa allo sviluppo del diritto del lavoro europeo. Il significato della Carta è da lungo tempo oggetto di un ampio dibattito in ambito europeo. In questa sede non posso entrare nei dettagli. Volendo però azzardare una cauta previsione sugli sviluppi futuri del diritto del lavoro europeo, qualche rapida considerazione deve essere fatta. Peraltro, sebbene in dottrina si sia ben lontani dall'aver raggiunto una posizione unitaria e sebbene nella giurisprudenza della Corte europea permangano talune incertezze, possiamo tuttavia fissare alcuni punti fermi.

È possibile rinvenire nella Carta norme che si riferiscono non solo, ma anche, al diritto del lavoro. Il titolo IV, dedicato alla solidarietà, contiene disposizioni che interessano il diritto del lavoro, nelle quali sono contemplati diritti sociali sia di natura collettiva che di natura individuale (in particolare agli artt. 27 e ss.). Questo è abbastanza insolito, anche per quei paesi che, come la Germania, dispongono di un catalogo di diritti fondamentali sancito espressamente nella Costituzione, dove però non compare nessun diritto sociale fondamentale. Per l'Italia il discorso è diverso: penso in particolare agli artt. 35 e segg. della Costituzione. Già il fatto che tali diritti fondamentali siano stati catalogati in un documento normativo segna un significativo punto di svolta. Tuttavia, le opinioni divergono, e non poco, quando ci si interroga in che modo questi diritti fondamentali abbiano inciso sul diritto del lavoro europeo e nazionale.

Per rispondere a questa domanda, occorre distinguere a seconda che ci

⁵⁸ EKLUND, *Who is Afraid of the Temporary Agency Work Directive?*, in *Skrifter till Anders Victorinssminne*, 2009, p. 139 (156).

si riferisca al periodo anteriore o successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁵⁹. Con riferimento al periodo anteriore, non è possibile dare una risposta univoca, anzi oggi non è neppure più necessario farlo. In linea generale, si può dire che l'impatto è stato limitato, specie se il pensiero corre alle sentenze della Corte di giustizia europea. In questo periodo, le disposizioni della Carta sono state più volte oggetto di un richiamo da parte della Corte, ma non hanno mai assunto una portata rilevante sul piano giuridico⁶⁰.

Con il Trattato di Lisbona il quadro giuridico subisce un profondo mutamento. Come è noto, a seguito della nuova formulazione dell'art. 6, co. 1 TUE, la Carta dei diritti fondamentali ed il Trattato hanno ormai lo stesso valore giuridico. Tuttavia, sembra difficile stabilire quale impatto sistematico possa derivare da questa più solida base giuridica dei singoli diritti fondamentali sotto il profilo della loro efficacia⁶¹. Il problema si pone in quanto tutti i diritti sociali fondamentali sono riconosciuti ad una condizione predefinita, dovendo essere tutelati conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali⁶². Inoltre, in base all'art. 51, co. 1 TUE, il campo di applicazione delle norme della Carta è limitato alle istituzioni dell'Unione, come pure agli Stati membri, "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione".

A questo proposito forse posso offrire qualche spunto per riflettere sugli sviluppi futuri e sulla possibile soluzione da dare a questi problemi. La domanda che si pone è – come mostrano i precedenti giudiziari – quella di stabilire quando si verifica un conflitto tra due diritti o libertà fondamentali. Sono a tutti note le questioni poste dalla giurisprudenza *Laval*, *Viking* e *Rüffert*⁶³.

Molti commentatori di queste decisioni hanno contestato il fatto che

⁵⁹ Esiste una vasta bibliografia sul valore giuridico della Carta, v. per esempio ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰ Per un'utile e concisa presa di posizione sulla portata giuridica della Carta cfr. il saggio (spesso citato) dell'Opinione del Ag nella causa *Bectu*, v. C-173/99, EU:C:2001:81, par. 28.

⁶¹ V. nell'ampia letteratura ROCCELLA, TREU, *op. cit.*, pp. 33 ss.; FUCHS, MARHOLD, *op. cit.*, pp. 25 ss.; SARMIENTO, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *CMLR*, 2013, p. 1267 ss.

⁶² Per esempio nell'art. 27 il diritto di informazione e consultazione è riconosciuto "nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali".

⁶³ Per un esame analitico e critico delle sentenze v. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro, Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, pp. 67 ss.; FUCHS, MARHOLD, *op. cit.*, pp. 457-472.

la Corte abbia dato per presupposta una gerarchia di valori capovolta rispetto agli assetti costituzionali, finendo con l'attribuire alle libertà economiche fondamentali, quali la libertà di prestazione di servizi e la libertà di stabilimento, un rango superiore rispetto al diritto di sciopero⁶⁴. Come giustamente si è evidenziato, i giudici europei avrebbero potuto operare concretamente un bilanciamento in grado di assicurare che entrambi i diritti o le libertà fondamentali in gioco fossero tutelati in modo ottimale.

In questa prospettiva si era mossa la Corte di Giustizia nella sentenza *Schmidberger*⁶⁵, allorché era stata chiamata a pronunciarsi sulla responsabilità dell'Austria per gli intralci posti alla libertà di circolazione delle merci in conseguenza del blocco dell'autostrada del Brennero da parte di gruppi di ambientalisti. In tal caso, la Corte, pur intervenendo in un ambito estraneo al diritto del lavoro, aveva operato un bilanciamento non "sbilanciato" tra il diritto alla libera circolazione e le libertà fondamentali di espressione e di riunione dei manifestanti.

Naturalmente, la tecnica di bilanciamento è ben nota nei diritti costituzionali nazionali. In Germania si parla di "*pratica concordanza*"⁶⁶, ma una tecnica analoga viene utilizzata anche nel diritto costituzionale italiano, come emerge da diversi contributi dottrinali⁶⁷. Essa dunque potrebbe trovare un'applicazione adeguata anche a livello europeo. In un caso, sorto prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, l'Ag *Trstenjak* aveva già evidenziato questa esigenza⁶⁸, mostrandosi contrario al riconoscimento di una prevalenza gerarchica tra diritti fondamentali e libertà fondamentali e suggerendo di operare un contemperamento di interessi sulla base del principio di proporzionalità.

Resta da vedere se la Corte deciderà in futuro di far proprie queste raccomandazioni, peraltro offerte prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. A me pare sia fuori discussione che essa debba accordare ai diritti

⁶⁴ All'analisi critica di tali pronunce Brian Bercusson dedica un intero capitolo (il cap. 21) del suo manuale *European Labour Law* (seconda edizione), pp. 655-714. È significativo che l'Autore faccia rientrare le problematiche poste da questa giurisprudenza in una delle tre parti che formano – nella sua dizione – "*the futures of European labour law*".

⁶⁵ C. giust., C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333.

⁶⁶ JARASS, PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, 2012, Vorbemerkung art. 1, par. 52.

⁶⁷ Cfr. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in: SCIARRA, CARUSO (ed.), *op. cit.*, pp. 746 ss.

⁶⁸ Opinione C-271/08 (Commissione/Germania), EU:C:2010:183, par. 183 ss.

fondamentali, ancorati nella Carta, un'efficacia rilevante in concreto nella prospettiva del contemperamento di interessi. Questo finora è avvenuto in un solo caso, nel quale effettivamente la decisione emessa risulta essere il frutto di un contemperamento di interessi con riferimento ad un diritto fondamentale. Tuttavia – per ironia del destino – la sentenza non si occupa di un diritto fondamentale di cui è titolare il lavoratore, in quanto ha ad oggetto il diritto di libertà di impresa riconosciuto nell'art. 16 della Carta. Mi riferisco alla sentenza emessa nel caso *Alemo-Herron*⁶⁹, nella quale i giudici di Lussemburgo affrontano la questione, sollevata in via pregiudiziale da una Corte inglese, relativa all'applicabilità di un contratto collettivo nell'ambito di un trasferimento d'azienda. In tal caso essi pongono la tutela del lavoratore, che si fonda sulla direttiva sul trasferimento d'azienda, in una posizione gerarchicamente subordinata rispetto alla libertà d'impresa, nel presupposto che, in caso contrario, sarebbe inficiato il contenuto essenziale del diritto alla libertà d'impresa. Mi limito per ora a fare queste rapide osservazioni. Una cosa è certa: prima o poi i casi di conflitto giungeranno davanti alla Corte di Giustizia.

6. Accordi transnazionali

La mia impressione è che un rimedio allo stallo del legislatore europeo, o al *deficit* dell'attività legislativa, potrebbe essere effettivamente individuato nel fenomeno in genere qualificato con l'espressione “accordi transnazionali” (*TCA*). Da molti anni si assiste all'apertura di nuovi livelli di negoziazione che interessano i grandi gruppi di imprese multinazionali. Il numero di accordi transnazionali, quale emerge dalla lista tenuta dalla Commissione europea, è ora cresciuto fino a 282⁷⁰. Per quanto riguarda l'Italia, possiamo senz'altro richiamare gli accordi ENEL, ENI, Generali, Italcementi, Marazzi, Unicredit, tanto per citarne alcuni.

Dal lato dell'impresa tali accordi vengono conclusi e firmati da parte della direzione. Dal lato dei lavoratori i soggetti firmatari sono molto spesso i Comitati aziendali europei (Cae) e/o le Confederazioni dei sindacati europee e, talvolta, anche le organizzazioni sindacali a livello nazionale. Per

⁶⁹ C. Giust., C-426/11, EU:C:2013:521.

⁷⁰ [Http://eu.europa.eu/social/TCA](http://eu.europa.eu/social/TCA).

quanto riguarda le materie regolate, appare emblematico un documento di lavoro della Commissione⁷¹, nel quale si afferma che gli accordi transnazionali costituiscono “strumenti disponibili per gestire in modo socialmente responsabile, al livello aziendale, gli effetti socio-economici delle ristrutturazioni. Basandosi sull’esperienza del dialogo sociale al livello aziendale, tali accordi possono contribuire ad un’equa distribuzione in anticipo o in situazioni critiche, dei costi di adeguamento, concorrendo così anche a prevenire, attenuare o abbreviare il conflitto industriale. Oltre all’organizzazione del dialogo sociale, gli accordi transnazionali affrontano tematiche specifiche, come salute e sicurezza sul lavoro, uguaglianza in materia di occupazione, formazione e mobilità, programmazione dei fabbisogni di lavoro e di competenze, misure per evitare i licenziamenti e misure di accompagnamento in caso di ristrutturazione”.

In altre parole, si tratta di strumenti regolativi che assumono notevole rilievo nella realtà. Tuttavia, si deve subito porre la questione: il diritto prodotto da tali “fonti” può considerarsi un diritto vero e proprio? Si può dire che gli accordi transnazionali assolvano ad una funzione normativa in senso stretto? Se è così, qual è la base giuridica di tali accordi? Se teniamo conto delle parti stipulanti, in quale ambito essi possono avere efficacia? E soprattutto tali soggetti dispongono o no di un potere negoziale? Pensiamo ai Cae. Questi soggetti hanno ottenuto un riconoscimento giuridico proprio nella direttiva ad essi dedicata. Eppure, i Cae non posseggono alcuna soggettività negoziale e la stipula di accordi aziendali del tipo di cui ora discutiamo non rientra nei poteri conferiti loro dalla direttiva. D’altra parte, occorre chiedersi in che termini si pone la questione per quanto riguarda le imprese? Si può ad esse riconoscere un potere negoziale? Ed ancora, che natura giuridica hanno gli accordi che esse stipulano? Secondo l’art. 155 cpv. 1 del Tfu solo le parti sociali possono concludere contratti collettivi a livello dell’Unione. Ma tali accordi possono anche essere attuati legittimamente, ad esempio, ad opera dei giudici?

Tutte le questioni ed i problemi sollevati sono ben noti. In questa situazione di incertezza la Commissione ha tentato di fare luce, commissionando alcuni studi, a cominciare dal rapporto Ales⁷². Lo scorso anno, su incarico

⁷¹ Staff Working Document on the role of TCAs in the context of increasing international integration, SEC(2008), p. 2155.

⁷² *Transnational Collective Bargaining. Past, Present and Future*. Final report 2006. Inoltre è stato richiesto un rapporto su aspetti di diritto privato e di composizione delle controversie

della Confederazione Europea dei sindacati, è stata anche elaborata una proposta di un quadro giuridico a base opzionale per la conclusione di TCA⁷³. La mia impressione è che per il momento la Commissione non intenda promuovere alcuna iniziativa per l'introduzione di una disciplina del fenomeno, come pure era stato richiesto ed auspicato in passato da vari gruppi di lavoro. In effetti, l'ipotesi di una "giuridificazione" non è vista con favore dalle parti datoriali⁷⁴. Ciò non toglie, per concludere sul punto, che gli accordi transnazionali rappresentino uno strumento che, indipendentemente da una possibile "giuridificazione", assolvono un ruolo importante nelle imprese coinvolte, anche se ovviamente non possono sostituire una legislazione che riguardi un ambito più ampio.

7. *La gestione europea della crisi e il suo influsso sui diritti del lavoro nazionali*

Quando nel giugno del 2011 la *Deutsche Bank* annunciò la vendita di alcuni miliardi di euro di titoli di Stato italiani, l'allora presidente della Banca centrale europea – Jean-Claude Trichet – insieme al suo successore designato – Mario Draghi – scrissero una lettera all'allora presidente del Consiglio dei ministri italiano Berlusconi, nella quale il Governo italiano fu invitato ad intraprendere tre riforme delle quali due in materia di lavoro. In primo luogo veniva segnalata "l'esigenza di riformare ulteriormente" il sistema di contrattazione collettiva facendo in modo che il livello più importante di contrattazione collettiva diventasse quello aziendale. In secondo luogo, Trichet e Draghi auspicavano un'accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione ed un insieme di efficaci misure di politica del

collegato alla contrattazione transnazionale, v. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=4815&langId=en>. Un altro rapporto è stato steso da un *Expert Group* in cui partecipavano in particolare parti sociali, esperti nominati da governi, v. *Expert Group, Transnational Company Agreements*, 12: <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7679&langId=en>. Infine, nel 2012 un gruppo di ricerca ha presentato uno studio sulle caratteristiche e gli effetti giuridici di accordi tra imprese e rappresentanti di lavoratori, v. <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7631&langId=en>.

⁷³ V. SCIARRA, FUCHS, SOBCEK, *Verso un quadro giuridico per accordi societari stipulati da imprese transnazionali*, CES, 2014.

⁷⁴ V. EXPERT GROUP, *Transnational Company Agreements*, cit.

lavoro che fossero “in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi”⁷⁵. Ad una platea che segue, in modo attento e qualificato, le riforme del diritto del lavoro italiano degli ultimi anni, non debbo certo rammentare gli sviluppi seguiti alla lettera dell'estate del 2011 e alle pressioni provenienti da varie istanze della UE. Inoltre, non è questa la sede per discutere e valutare le recenti riforme come strumenti atti a rimediare alle deficienze del mercato di lavoro italiano⁷⁶.

Come è noto l'esempio italiano non è isolato nel panorama europeo. Più in generale, potremmo osservare che non si tratta di un esempio sorprendente ed imprevedibile in tempi di crisi economica e finanziaria. Già anni addietro il giuslavorista spagnolo Palomeque aveva scritto che le crisi rappresentano un compagno di viaggio abituale del diritto del lavoro⁷⁷. Occorre, tuttavia, riconoscere che questa volta il viaggio ha assunto proporzioni particolari anche sul piano qualitativo. In un crescendo senza sosta sono stati elaborati a livello europeo metodi di gestione finanziaria sempre più invasivi, i quali hanno prodotto effetti che vanno ben oltre i mercati finanziari.

Tutto ha avuto inizio, tutto sommato in sordina, con il patto Euro-Plus al quale già era però collegato un controllo dei costi del lavoro. Sono seguiti poi rapidamente altri meccanismi strategici⁷⁸: alludo al *Meccanismo Europeo di Stabilità* ed al *Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria*. Ma un particolare risalto deve essere dato al cd. *Fiscal Compact* nonché agli accordi bilaterali (*Memorandum of understanding*), contrattati con i singoli Stati membri che hanno fatto richiesta di protezione da parte del cd. ombrello di salvataggio (*bail-*

⁷⁵ V. NOGLER, *Das italienische Arbeitsrecht im Kontext der Krise - Teil 1*, in *AR*, 2014, p. 58.

⁷⁶ Non sorprende che riforme del diritto del lavoro, come quelle fatte in Italia, incontrino oppositori e difensori a seconda dell'angolo visuale di ciascun osservatore. Chi parte dai diritti e dalle posizioni acquisiti dei lavoratori si esprime in modo critico nei confronti del diritto nuovo, v. per esempio SPEZIALE, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi*, CSDLE, It, n. 233/2014. Chi pone l'accento sulle esigenze del mercato del lavoro condivide le misure realizzate, v. fra altri ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia*, in *RIDL*, 2015, I, 205 ss. In un recente articolo (“*New Trajectories of Labor Law in the European crisis: the Italian Case*”, in *CLLPJ*, 2014, p. 181, 197 s.) CARUSO si esprime a favore di un giudizio più equilibrato e mette in guardia dal tentativo di valutare le riforme italiane dal solo punto di vista che chiama “*the traditional labor law narrative*”.

⁷⁷ PALOMEQUE, *Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica*, in *Revista de política social*, 1984, p. 15.

⁷⁸ Tutti questi strumenti sono stati oggetto di uno studio approfondito in SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*, cit., pp. 14 ss. V. anche BARNARD, *EU Employment Law*, cit., pp. 127 ss.; FUCHS, MARHOLD, *op. cit.*, pp. 43 ss.

out). Orbene, tutte queste misure di intervento europeo includono sempre anche richieste di riforma dei diritti del lavoro e della previdenza nazionali.

Oggi sono disponibili numerosi studi da cui traspare l'esatta portata che hanno avuto i mutamenti dei diritti del lavoro nazionali collegati alle strategie ed ai meccanismi politico-finanziari europei⁷⁹. Non è qui il caso di soffermarsi su questi profili. Tuttavia possiamo accennare a due aree che assumono particolare importanza per valutare gli obiettivi primari delle misure politico-finanziarie. La prima consiste nella disciplina contro i licenziamenti ingiustificati⁸⁰. In tale ambito si è perseguito l'obiettivo di una ri-regolazione volta a trasformare il potere di licenziamento in uno strumento datoriale di facile gestione in virtù della previsione che, in caso di recesso ingiustificato, obbliga a corrispondere "solo" un indennizzo monetario quanto più predeterminato. A questo riguardo, al di là degli appelli diretti nei confronti dei singoli paesi a modificare la loro disciplina nazionale dei licenziamenti, si è creato un clima generale favorevole a modifiche peggiorative della disciplina stessa. L'esempio più lampante è rappresentato dalla creazione di un'"employee shareholder status" nel diritto del lavoro inglese⁸¹: è stato reso possibile un accordo tra il datore di lavoro ed il lavoratore nel quale il primo si obbliga a procurare al secondo un certo pacchetto di azioni della sua società in cambio della rinuncia alla protezione nei confronti dei licenziamenti ingiustificati. La pressione esercitata nei confronti di singoli Stati ad intraprendere licenziamenti di lavoratori nel settore pubblico rappresenta un tema sul quale ci potremmo soffermare a lungo.

Il secondo profilo rilevante è rappresentato dalle misure strategiche dirette ad influenzare i livelli retributivi. In questo caso l'obiettivo è stato soprattutto quello di incidere sulla struttura della *contrattazione collettiva* in modo tale da attribuire al livello aziendale la competenza a determinare le principali componenti della retribuzione⁸². A questo riguardo l'esempio italiano – con la vicenda Fiat – è molto significativo.

⁷⁹ CLAUWAERT, SCHÖMANN, *The Crisis and National Labour Law Reforms*, in *European Labour Law Journal*, 2012, pp. 54 ss.

⁸⁰ Per una panoramica generale sugli sviluppi recenti cfr. PRASSL, *Contingent Crises, Permanent Reforms: Rationalising Labour Market Reforms in the European Union*, in *European Labour Law Journal*, 2014, pp. 211 ss.

⁸¹ Per una disamina approfondita sul tema v. PRASSL, *Employee-Shareholder „Status“: Dismantling the Contract of Employment*, in *ILJ*, 2013, pp. 307 ss.

⁸² Cfr. SEIFERT, *Neue Formen der Wirtschaftssteuerung in der EU und das Arbeitsrecht in den Mitgliedstaaten*, in *Soziales Recht*, 2014, pp. 19 ss.

A me interessa concentrare l'attenzione su due aspetti che considero preminenti. Il primo aspetto è di natura economica. Dal momento che non sono un economista sarò prudente nelle mie valutazioni. Sono, tuttavia, dell'opinione che anche il non-economista può trarre insegnamenti dal discorso economico e che ciò non risulta neppure troppo difficile. Tutti noi conosciamo le cause della crisi finanziaria globale, e sappiamo in particolare che essa non è dipesa dai costi del diritto del lavoro e della previdenza sociale. La gestione della crisi finanziaria viene però condotta a livello europeo come se tale collegamento fosse scontato⁸³. E proprio per questo essa accolla ai lavoratori svantaggi economici rilevanti. Il concetto politico di austerità⁸⁴, che viene associato a tale modo di procedere, fa ormai parte del *mainstream*, malgrado esistano voci autorevoli, anche tra i destinatari del premio Nobel per l'economia, i quali mettano in guardia contro gli effetti disastrosi di tali impostazioni politiche⁸⁵.

È evidente che la filosofia economica e le idee guida della politica economica tedesche ("pareggio del bilancio") hanno pesato molto sullo stile e sui contenuti delle strategie impiegati per il superamento della crisi finanziaria. Il ruolo di supremazia della Germania nel contesto europeo degli ultimi anni non è stato esente da forti resistenze. L'idea di far leva sul risparmio ad ogni costo come unico rimedio per superare la crisi ha suscitato diverse obiezioni⁸⁶. Con il passare del tempo anche in Germania si sono levate una serie di voci critiche. Tra le prime si segnala quella del sociologo – di recente scomparso – Ulrich Beck⁸⁷, che, in un recente scritto, richiamando il famoso dilemma lanciato da Thomas Mann fra la Germania europea e l'Europa tedesca, dalla quale metteva in guardia, attacca la linea del governo Merkel per

⁸³ V. sullo stesso argomento PRASSL, *Employee-Shareholder „Status“*, cit., p. 211 (215).

⁸⁴ Per il concetto dell'austerità e la sua critica v. BLYTH, *Austerity. The History of a Dangerous Idea*, Oxford University Press, 2013.

⁸⁵ In varie occasioni Joseph Stiglitz and Paul Krugman hanno fortemente criticato la strategia dell'UE.

⁸⁶ In un recente articolo l'economista Jeffrey Sachs mette in guardia contro gli effetti dannosi derivanti dagli obblighi imposti alla Grecia proprio sullo sfondo delle esperienze vissute dalla Germania in passato, v. *Der Tod durch Schulden* (= la morte per debiti), pubblicato in *Süddeutsche Zeitung* del 1/2 agosto 2015. Contro questa linea di argomentazione v. la replica di SINN (presidente dell'istituto Ifo), *Schulden schnitt nach Austritt*, in *Süddeutsche Zeitung* del 5 agosto 2015.

⁸⁷ Noto come il fondatore della teoria del rischio, v. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, il Mulino, 2013.

la sua azione volta ad imporre il modello tedesco a tutti i paesi in difficoltà economiche⁸⁸. Intanto il numero dei critici sta crescendo. Da ultimo, l'ex ministro degli affari esteri, Joschka Fischer, su un giornale tedesco, sottopone ad una critica serrata l'azione strategica della Germania, che, nel perseguire l'idea di un'Europa tedesca, ha finito per danneggiare il ruolo della Germania fra gli Stati membri dell'Ue⁸⁹.

Puntando l'attenzione sulle vicende delle trattative fra l'Unione Europea (incluso il FMI) ed i paesi che hanno avuto bisogno di ausili finanziari (*bail-out*), sembra chiaro che, anziché una politica di crescita, sinora ha dominato una politica di rigore (il "pareggio del bilancio" è l'idea guida). È fuori discussione che gli Stati membri in questione in passato hanno commesso errori, anche gravissimi, se pensiamo alla Grecia. Ma questa diagnosi richiedeva risposte adeguate da parte dell'Unione europea che, alla stregua del Tue, dovevano essere guidate anche dall'obbligo di solidarietà⁹⁰.

In questo senso appaiono più che censurabili le conseguenze scaturite da un punto di vista di politica sociale dalla negoziazione fra l'Ue ed i paesi di volta in volta interessati. Nel campo del diritto del lavoro gli interventi richiesti sono stati di ampia portata⁹¹. In non pochi casi le misure adottate per adempiere gli obblighi nati dai crediti concessi hanno condotto ad un parziale smantellamento del sistema giuslavoristico e di conseguenza ad una degradazione delle condizioni economiche delle persone colpite⁹².

Accanto alle riforme del diritto del lavoro domestico non vanno trascurati alcuni profili riconducibili all'area della sicurezza sociale, ed in particolare l'aggravamento dei diritti pensionistici. È da ricordare che la Carta sociale europea prescrive il rispetto di certi *standards*⁹³. La *Troika* ha richiesto

⁸⁸ V. BECK, *Das deutsche Europa, Neue Machtlandschaften im Zeichen der Krise*, Suhrkamp, 2015, p. 50 (trad. it.: *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, 2013).

⁸⁹ V. *Süddeutsche Zeitung* del 27 luglio 2015.

⁹⁰ L'Ue promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri (art. 3, 3 co. del Tue).

⁹¹ SEIFERT, *op. cit.*, pp. 19 ss.

⁹² Gli effetti più drammatici erano e sono ancora visibili in Grecia, v. KOUKIADAKI, KRETOSOS, *Opening Pandora's Box: The Sovereign Debt Crisis and Labour Market Regulation in Greece*, in *ILJ*, 2012, pp. 276-304.

⁹³ Sugli standards nella Carta sociale europea v. DE MARS, PIETERS, SCHOUKENS, 'Security' as General Principle of Social Security Law in Europe: Conclusions on Legislative Aspects, in: BECKER, PIETERS, ROSS, SCHOUKENS (a cura di), *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, in *Europa Law publishing*, 2010, p. 616.

alla Grecia restrizioni pesanti nel settore pensionistico tali da compromettere questi *standards* per cui il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha lamentato possibili violazioni dell'art. 12, co. 3 della Carta⁹⁴. Peraltro scenari inquietanti emergono anche dalla situazione dei mercati del lavoro nazionali che in alcuni paesi raggiungono livelli drammatici⁹⁵.

Il secondo aspetto della mia critica riguarda i risvolti istituzionali delle evoluzioni più recenti e, pertanto, l'interrogativo su come, e da chi, vengono decise le politiche europee e, quindi come abbiamo visto, del diritto del lavoro. Tutti concordano ormai sul dato per cui tali evoluzioni recenti sono figlie di un periodo di *sospensione del modello sociale europeo*. Ci eravamo abituati all'idea che il diritto del lavoro europeo fosse costituito soprattutto di direttive. Molto spesso le direttive sono state anzi la conseguenza di accordi-quadro delle parti sociali europee. Tale modo di normare è scomparso dall'inizio del nuovo millennio e, ancor più radicalmente, dall'inizio della crisi finanziaria globale. Consentitemi di riassumere conclusivamente questo passaggio del mio ragionamento con le parole di uno dei più attenti osservatori della politica sociale europea e cioè Wolfgang Streeck, direttore dell'istituto *Max-Planck* per la *Bildungsforschung*, il quale in un suo recente libro scrive⁹⁶:

“Le prescrizioni che la politica fiscale indirizza agli Stati membri diventano sempre più dettagliate. Il loro rispetto viene prospettato come contropartita per misure di salvataggio da parte della comunità degli stati europei ed, in particolare, per la sua disponibilità, estorta in modo minaccioso dai “mercati”, a condividere i rischi creditizi pubblici o privati. I governi nazionali sono sottoposti ad obblighi sempre più incisivi ad intraprendere modifiche via via più estese dei loro ordinamenti giuridico, economico e sociale (...). Essi devono inoltre trovare il modo di adeguare i loro modelli di determinazione dei salari agli obiettivi macro-economici di stabilità definiti a livello dell'Unione europea e di porsi nella situazione di incidere in senso riformistico sulle proprie istituzioni nazionali se del caso anche contro la resistenza della popolazione e in modo irrispettoso sia dell'autonomia collettiva che delle regole dei Trattati europei (...). Alle istituzioni europee, siano esse

⁹⁴ V. Complaints 76,77,78,79/2012.

⁹⁵ Il tasso di disoccupazione è 25,4% in Grecia, 22,7% in Spagna. Ancora più drammatico è il numero di disoccupati giovanili (persone al di sotto di 25 anni): 50,1% in Grecia, 49,6% in Spagna e 49% in Italia. V. Eurostat <http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6862104/3-03062015-BP-EN.pdf/efc97561-fad1-4e10-b6c1-e1c80e2bb582>.

⁹⁶ STREECK, *Die gekaufte Zeit*, Suhrkamp, 2013, p. 153 s.

quelle già esistenti oppure quelle nuove create a tale specifico scopo, vengono attribuite prerogative sempre più incisive di vigilare sulle politiche economiche, sociali e finanziarie degli Stati membri e di certificazione *ex ante* della correttezza delle decisioni degli stessi Parlamenti nazionali”. Questa citazione dimostra che assistiamo ad una significativa perdita di sovranità delle istituzioni democratiche che sono titolari della competenza legislativa sia a livello europeo che nazionale e allo stesso tempo di un potere crescente delle istituzioni finanziarie⁹⁷.

8. Conclusioni

Quali conclusioni trarre da quanto esposto? Non ho potuto offrire una disamina completa degli avvenimenti degli ultimi anni. Nella mia esposizione ho voluto mettere in rilievo quelli che a mio avviso costituiscono un insieme di fattori determinanti per gli sviluppi futuri. La mia previsione è che l’arresto della legislazione europea di cui ho parlato sopra perdurerà nel futuro prossimo. Per quanto riguarda i principali attori a cui è rimesso lo sviluppo del diritto del lavoro europeo, a quanto mi consta, la Commissione intende avviare un processo di revisione delle direttive sui licenziamenti collettivi, sul trasferimento di imprese e sull’informazione e consultazione. Ma finora non ci sono certezze sulla direzione da prendere. Che le parti sociali europee cambino rotta mi sembra inverosimile. Con ogni probabilità, proseguirà la prassi di stipulare in via informale accordi transnazionali nei gruppi multinazionali.

Temo che anche nei prossimi anni l’esigenza del superamento della crisi finanziaria prevarrà nelle iniziative assunte a livello europeo con le conseguenti ricadute sui diritti nazionali. Penso che la sorte del diritto del lavoro e delle relazioni industriali possa essere definita più sul territorio nazionale che su quello europeo, per il semplice motivo che a livello europeo è difficile ipotizzare un ampio consenso fra gli Stati Membri. In questo ambito dobbiamo fare dunque affidamento sulla giurisprudenza della Corte della Giustizia, sperando che essa sia in grado di guidare la “nave” del diritto del lavoro europeo in modo abile. Sarebbe auspicabile in particolare che nelle sentenze della Corte fosse accentuata la rilevanza della Carta dei diritti fondamentali.

⁹⁷ Cfr. per un’analisi in chiave storica di questi processi cfr. VOGL, *Der Souveränitätseffekt*, Diaphanes Verlag, 2015.

La valutazione poc'anzi offerta coincide, per molti versi, con la prognosi (o meglio: con le aspettative) dei “*futures of European labour law*” di Bercusson. Tale Autore osserva che “*the evolution of European labour law impresses with its sheer variety of strategies adopted over the past half century*” e che, di conseguenza, “*the future of European labour law is unpredictable*”; eppure, egli avverte la necessità di prospettare, a conclusione del suo manuale, i “*possible futures of European labour law*”⁹⁸. A suo giudizio l'evoluzione futura del diritto del lavoro europeo dipende dalle agende di tre attori istituzionali: l'agenda della Commissione per quanto riguarda la modernizzazione (alla luce del Libro Verde), quella della Corte di Giustizia (auspicando in un impatto della Carta dei diritti fondamentali) e l'agenda degli Stati membri e del Parlamento europeo (con l'auspicio della realizzazione della dimensione sociale e della giustizia sociale inerenti al Trattato di Lisbona). Quando un giorno non sarà più la crisi finanziaria a dettare i contenuti del diritto del lavoro nazionale avremo bisogno, al livello europeo, di riflettere su una nuova concezione riguardo alle caratteristiche e alla funzione protettiva del diritto del lavoro europeo, includendo anche la sicurezza sociale, ed in particolare gli ammortizzatori sociali⁹⁹. Peraltro, potrebbe essere messo sul tappeto anche un altro tema. Facendo riferimento anche alle recenti pubblicazioni di premi Nobel come Stiglitz¹⁰⁰ o Atkinson¹⁰¹ o ad altre opere che riflettono sulla tematica della disuguaglianza come Rosanvallon¹⁰², oppure il libro di Piketty¹⁰³ – che fornisce una documentazione empirica della disuguaglianza – mi sembra addirittura inevitabile che un dibattito su questo argomento si apra anche in ambito europeo, in considerazione della accentuata disuguaglianza e distribuzione dei patrimoni e dei redditi. In questo dibattito, anche il giuslavorista deve offrire un contributo, in quanto i contenuti del diritto del lavoro influiscono sulla distribuzione della ricchezza o povertà. Un riferimento ad uno studio recente di Oecd¹⁰⁴ conferma questo nesso fra disuguaglianza e

⁹⁸ BERCUSSON, *European Labour Law*, cit., pp. 642 ss.

⁹⁹ È da ricordare che l'idea dell'instaurazione di un'assicurazione europea contro la disoccupazione è presente nell'agenda della Commissione, cfr. DULLIEN, *A Euro-Area Wide Unemployment Insurance as an Automatic Stabilizer: Who Benefits and Who Pays?*, Paper prepared for the European Commission, 2013.

¹⁰⁰ STIGLITZ, *The Price of Inequality*, Penguin Books Ltd, 2012.

¹⁰¹ ATKINSON, *Inequality. What Can Be Done?*, Harvard University Press, 2015.

¹⁰² ROSANVALLON, *La société des égaux*, Editions du Seuil, 2011.

¹⁰³ PIKETTY, *Le capital au 21ème siècle*, Editions du Seuil, 2014.

¹⁰⁴ OECD, *In it Together: Why Less Inequality Benefits All*, OECD Publishing, 2015.

diritto del lavoro. Gran parte dei rimedi proposti sono rivolti a riformare singoli aspetti di diritto del lavoro. Ma questi contributi saranno mai in grado di influire sul mondo accademico e di sviluppare un discorso alternativo? E la letteratura guarderà con favore la prospettiva di fornire un quadro giuridico di salari minimi? Invece di difendere un minimalismo giuslavoristico, riusciremo a convincere il mondo politico a cambiare rotta? Quale sarà la sorte di una libertà fondamentale, qual è il diritto della libera circolazione dei lavoratori, che rappresenta il fondamento del diritto del lavoro europeo? In questo ambito, lo scenario che si profila si allontana dall'*acquis communautaire*? Se pensiamo all'esito delle elezioni nel Regno Unito, e se pensiamo alle idee sostenute dalla maggioranza parlamentare di questo paese un discorso che mette in dubbio lo stesso diritto di libera circolazione dei lavoratori nel suo *status quo* potrebbe raggiungere la terra ferma dell'Europa. In questo caso dovremmo parlare di fissazione di quote per lavoratori migranti e di periodi di attesa da completare come condizione per la fruizione di diritti sociali. Come si vede, Fergusson ha ragione: non c'è un solo futuro, ci sono diversi possibili futuri.

Abstract

Dopo una sintetica analisi retrospettiva nella quale si ripercorre la genesi del diritto del lavoro europeo e la graduale affermazione delle politiche sociali, l'articolo offre una panoramica degli attuali sviluppi e delle prospettive future del diritto del lavoro europeo. Secondo l'Autore, la normativa europea in materia di lavoro ha subito, a partire dal 2002, una significativa battuta d'arresto che ha determinato una sostanziale stasi delle politiche sociali europee, come confermato anche dal graduale passaggio dall'*hard law* a forme di *soft law* caratterizzate da *guidelines* e *benchmarks*. Per comprendere le ragioni di questi fenomeni ed abbozzare possibili scenari sul futuro, l'autore punta l'attenzione su: (a) le difficoltà dell'armonizzazione legislativa, connesse alla estrema diversità dei 28 Stati membri, evidenziate anche dall'approvazione della direttiva sull'orario di lavoro; (b) il declino del dialogo sociale e della contrattazione collettiva europea; (c) il principio di parità di trattamento introdotto dalla dir. 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale; (d) l'applicazione della Carta di Nizza da parte della Corte di giustizia; (e) le resistenze ad una "giuridificazione" degli accordi transnazionali; e infine (f) l'impatto che le più recenti politiche di austerità ha avuto sulle riforme del diritto del lavoro domestico.

This article provides an overview of the status quo of the European Labour Law with the aim to reflect on its future. First of all, the steps taken from an originally mere market approach to recognition of the social dimension are illustrated. According to the Author, since 2002 European regulation of employment and labor law is at a standstill, as it is confirmed by the increasing importance of these soft norms characterized by guidelines and benchmarks in the European integration process. To understand the reasons for these phenomena, the author has chosen to focus on six problem areas: (A) the EU directive on working hours, an emblematic example of the difficulties of harmonization of legislations, related to the utmost diversity between the different Member States; (B) the decline of the social dialogue on European level and the so called voluntary framework agreements; (C) the principle of equal treatment between agency workers and workers directly employed by the user firm introduced by the EU directive 2008/104/EC; (D) the fundamental social rights and the application of the Charter of Nice by the ECJ; (E) the resistance to a "juridification" of transnational agreements; and, finally (f) the impact that the latest EU austerity policies have had on the domestic labor law reforms.

Key words

Diritto del lavoro europeo, diritti sociali fondamentali, dialogo sociale.

European labour law, social fundamental rights, social dialogue.

Arianna Avondola

**La preesistenza nel trasferimento di ramo d'azienda:
l'impatto degli orientamenti dottrinali sulla giurisprudenza***

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Evoluzione storico-normativa dell'art. 2112 c.c. **3.** Il “*de profundis*” della preesistenza. **4.** Gli interventi della giurisprudenza: dalle Direttive CE alla Cassazione italiana. **5.** Stato attuale della giurisprudenza.

I. Premessa

Il diritto del lavoro è da sempre una materia dai mutevoli aspetti e soprattutto in eterna evoluzione; e ciò in quanto, per sua natura, questa disciplina ha lo scopo (talora la sola velleità) di rispondere alle esigenze storiche, politiche, economiche e sociali della realtà che di volta in volta si configura nel preciso momento in cui il legislatore è chiamato a intervenire.

Se questo assunto risulta valido in termini generali, appare, in alcuni casi, condizione imprescindibile per una corretta interpretazione di alcuni istituti, che, per la loro centralità nel contesto dell'economia industriale, più di altri sono divenuti oggetto dell'intervento reiterato del legislatore.

È certamente ascrivibile a quest'ultima categoria la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda, la cui contrastata vicenda normativa è stata autorevolmente descritta come un “cantiere aperto” “...dove tutti gli operatori, pur impegnati in una affannosa costruzione, non sembrano a conoscenza del progetto complessivo”¹.

* Il contributo è destinato agli *Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*.

¹ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 569.

L'evoluzione ultracinquantenaria di questo istituto è stata, infatti, diversamente interpretata in dottrina, a seconda del punto di vista da cui si intendeva procedere ad esaminare (*rectius*, a giustificare) la pluralità degli interventi normativi che si sono susseguiti nel tempo.

Pertanto, talvolta il trasferimento di ramo d'azienda ha rappresentato un esempio emblematico della varietà delle tecniche normative di cui può avvalersi il legislatore (nonché – conseguentemente – delle diverse linee di politica del diritto dal medesimo utilizzate)²; talaltra, l'istituto è stato analizzato sulla base delle tecniche di tutela che caratterizzano i fenomeni di esternalizzazione³; altri autori hanno, altresì, sottolineato il confronto tra contesto normativo e giurisprudenziale, che da sempre arricchisce la materia di spunti di ulteriore riflessione⁴; anche partendo da una prospettiva comunitaria⁵.

2. *Evoluzione storico-normativa dell'art. 2112 c.c.*

Com'è noto, l'art. 2112 c.c. disciplina la sorte dei rapporti di lavoro inerenti ad imprese o rami di impresa oggetto di trasferimento, prevedendo la prosecuzione di tali rapporti con il cessionario anche senza il consenso dei lavoratori ceduti⁶.

Posta in deroga alla disciplina generale sulla cessione dei contratti prevista ex art. 1406 e ss. c.c., l'originaria formula codicistica della norma appariva prevalentemente imperniata su una *ratio* di tutela imperativa del lavoratore, benchè in concorrenza con una altrettanto evidente attenzione rivolta all'interesse datoriale.

Il legislatore dell'epoca, infatti, pur nel vigore del principio di libertà di recesso dal rapporto di lavoro, ritenne indefettibile (o, meglio, inderogabile⁷)

² DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., pp. 569 e 570.

³ PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, Cedam, 2003, 2, pp. 473 e ss.

⁴ SALIMBENI, *Il trasferimento di ramo d'azienda torna a coincidere per la Cassazione con il trasferimento di "piccola azienda"*, in questa rivista, 2003, 1, pp. 204 e ss.

⁵ SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in *WP C. S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT"*, 2006.

⁶ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, vol. VI, in CARINCI, PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1455.

⁷ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 570.

l'esigenza di garantire in modo coattivo la conservazione dei trattamenti pregressi, nonché il passaggio di tutti i lavoratori occupati al cessionario, in un regime di solidarietà tra cedente e cessionario rispetto alle posizioni creditorie dei dipendenti ceduti.

Proprio su una linea di tutela massima riservata al lavoratore, si pongono i primi interventi di modifica dell'art. 2112 c.c.; tant'è che, con la legge n. 480 del 1990, non solo, viene definitivamente chiarito che il trasferimento non può mai costituire giustificato motivo di licenziamento (ciò anche a seguito dell'entrata in vigore della legge 604/66), ma, sulla scia della prima Direttiva comunitaria in materia (dir. 77/187/CE del 14 febbraio 1977), viene, altresì, ulteriormente rafforzata la posizione creditoria dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, sia radicando la presenza sindacale sulle vicende circolatorie dell'impresa o di suoi rami, sia garantendo la conservazione della disciplina economica e normativa applicata ai lavoratori prima del trasferimento così come fissata dai contratti collettivi e già osservata dall'alienate⁸.

Sta di fatto, però, che, nonostante l'evidente *favor* per il lavoratore a cui si ispira, l'intera disciplina si è sempre caratterizzata per una sorta di "insofferenza interpretativa", dovendo il legislatore confrontarsi con una difficilissima opera di equilibrismo giuridico, volto a conciliare gli opposti interessi coinvolti nel trasferimento: ponendosi, da una parte, la necessità di tutelare gli interessi del lavoratore, che improvvisamente (e senza poter essere interpellato) si trova alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro, e, dall'altra, l'opportunità di garantire la libertà dell'imprenditore di trasferire il proprio complesso aziendale (purchè la dismissione non avvenga a mero scopo fraudolento).

Pertanto, anche i primi interventi effettuati sulla formula codicistica, benchè improntati principalmente a garantire il lavoratore, non hanno potuto ignorare le crescenti esigenze di flessibilità nella gestione dell'attività economica aziendale; richieste che da subito (sempre a norma dell'art. 47 l. n. 480/1990) si sono tradotte quanto meno nell'opportunità per il cedente di essere liberato dalle obbligazioni pregresse, consentendo al lavoratore il ricorso alle procedure conciliative di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c.

⁸ Disciplina poi modificata dal d.lgs. 18/2001, che – come sottolinea DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, p. 570 – “fa salva l'applicazione del contratto collettivo del cedente solo nell'ipotesi in cui difetti una disciplina collettiva operante per il cessionario (disciplina altrimenti prevalente e sostitutiva)”. V. anche DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *GDLRI*, 1998, *passim*.

Non è un mistero che, a poco a poco, proprio nel segno di una più aperta flessibilità organizzativa, l'evoluzione normativa dell'art. 2112 c.c. abbia subito un'impegnata riformista, determinando un'evidente "eterogenesi dei fini"⁹, che ha trasformato la normativa codicistica da sistema di tutela della continuità occupazionale in strumento volto anche, e soprattutto, ad agevolare i processi di esternalizzazione di segmenti aziendali¹⁰.

Vero è, come è stato precisato, che è errato "pensare che l'art. 2112 c.c. sia una norma dettata nell'esclusivo interesse dei lavoratori, chè, anzi, è vero piuttosto il contrario giacchè in origine essa tutela principalmente l'interesse economico del cedente e, soprattutto, del cessionario: sancendo che il contratto di lavoro si trasferisce indipendentemente dal consenso del terzo contraente, cioè del lavoratore ceduto, quel che si intende proteggere è soprattutto il valore di scambio dell'azienda (nell'interesse del cedente) e la piena funzionalità del complesso produttivo, anche sotto il profilo della professionalità dei lavoratori impiegati (nell'interesse del cessionario)". Mentre "il lavoratore resta tutelato nel suo interesse alla conservazione dell'impiego..."¹¹.

Sebbene, quindi, originariamente già forgiato anche sull'interesse datoriale alla libera circolazione dell'azienda¹², secondo tale orientamento dottrinario, a partire dal secondo millennio, sarebbe comunque lecito parlare di "uso capovolto dell'art. 2112 c.c.", dal momento che da una fase di più intensa tutela del lavoratore si passa storicamente ad una fase di maggiore attenzione al mutato interesse imprenditoriale sottostante alla norma, con l'evidente paradosso di invocare "la forma giuridica che tutela l'integrità del complesso aziendale per operare la sua smaterializzazione"¹³.

Infatti, proprio per assecondare le nuove richieste di flessibilità, il d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, proseguendo l'adeguamento del diritto interno alla normativa comunitaria, già arricchitasi della Dir. 98/50/CE, ha dato una veste completamente rinnovata alla disciplina nazionale, innanzitutto modi-

⁹ MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, p. 588. Nonché v. PERULLI, *op. cit.*, p. 476; SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzione e prospettive*, in *QDLRI*, 2004, pp. 20 e ss.

¹⁰ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda ...*, in BROLO (a cura di), *cit.*, p. 1459.

¹¹ PERULLI, *op. cit.*, p. 476.

¹² SALIMBENI, *op. cit.*, p. 209.

¹³ PERULLI, *op. cit.*, p. 477. V. anche SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2003, I, p. 202.

ficando la rubrica dell'art. 2112 c.c., che da "Trasferimento d'azienda" è stato trasformato in "Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda"; dettato che avrebbe potuto fare ipotizzare un'accentuazione delle garanzie per i lavoratori, ma che, invece, ha di fatto spostato il baricentro delle tutele verso i contrapposti interessi datoriali.

Le principali novità della novella consistono, infatti, oltre che nell'individuazione di una più chiara e netta definizione del concetto di azienda, nell'esplicita previsione dell'applicazione della norma anche ai trasferimenti parziali dell'azienda stessa.

Tale ampliamento della portata applicativa della norma, non più incentrata esclusivamente sull'aspetto materiale dell'azienda, quanto piuttosto su quello organizzativo, ha in sostanza traghettato la disciplina del trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda verso una definizione più "lavoristica" (e meno "commercialistica") della materia, consentendo una più agevole libertà di circolazione di attività economiche organizzate e del personale addetto, ed escludendo definitivamente la fattispecie in oggetto dall'ambito di applicazione dell'art. 1406 c.c. (che, invece, richiederebbe – come già chiarito – il consenso del contraente ceduto)¹⁴.

L'automatismo del passaggio dei lavoratori al cessionario ha, di contro, rappresentato una definitiva, dichiarata volontà legislativa di modificare il DNA della normativa originaria, piegando apertamente la stessa alle esigenze imprenditoriali, dal momento che, a seguito delle modifiche introdotte nel 2001, la norma è immediatamente apparsa più sintonica all'interesse del cedente a liberarsi agevolmente del fattore umano del segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza l'obbligo di affrontare i costi del licenziamento collettivo¹⁵.

¹⁴ Sul punto cfr. tra gli altri DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda...*, in BROLLO (a cura di), *op. cit.*, p. 1457.

¹⁵ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento...*, cit., p. 571; sul punto, SALIMBENI, *op. cit.*, pp. 209 e 210, chiarisce come: "... il passaggio automatico al cessionario dei lavoratori afferenti al ramo ceduto, da un lato, favorisce processi di smembramento aziendale molto utili all'imprenditore, non solo quando si tratta di genuine esternalizzazioni con passaggio a terzi di attività estranee al *core business* aziendale (e successiva riappropriazione dei risultati dell'attività ceduta attraverso contratti stipulati con il cessionario) ma anche quando, attraverso fittizie cessioni di rami aziendali, ci si libera di lavoratori eccedenti, dall'altro, non sempre costituisce per i lavoratori (e/o viene percepito come) una garanzia di stabilità del rapporto e della sua disciplina, soprattutto se il nuovo datore di lavoro è dotato di una struttura meno solida e affidabile di quella del cedente che continua ad operare".

Benchè fortemente connotata da un maggiore *favor* per il datore di lavoro, la riforma del 2001 ha però introdotto una specifica caratterizzazione tipologica dell'oggetto del trasferimento parziale¹⁶, individuato come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...) *preesistente* al trasferimento [stesso]...", connotazione, quest'ultima, che, secondo numerosi autori, ha rappresentato un vero e proprio presidio di garanzia della genuinità dei processi di decentramento, idoneo ad ostacolare operazioni fittizie, finalizzate a liberarsi di alcuni lavoratori attraverso la creazione *ad hoc* di rami d'azienda al medesimo addetti¹⁷.

Dopo solo due anni dal precedente intervento legislativo, l'art. 32 del D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 ha nuovamente ridisegnato la fattispecie della cessione del ramo d'azienda, puntando ad agevolare ulteriormente i processi di scomposizione e smaterializzazione delle imprese, favorendo i processi di *outsourcing* e le operazioni di cessione contrattuale.

In particolare, per ciò che ci riguarda, con una ridefinizione del ramo d'azienda, la riforma Biagi ha eliminato dalla formulazione normativa precedente ogni riferimento esplicito al requisito della "preesistenza" al trasferimento (oltre che alla conservazione dell'identità nell'operazione di cessione).

Un "alleggerimento"¹⁸ della fattispecie (da vincoli di destinazione originaria e successiva) che "ha allargato ulteriormente le maglie della disposizione normativa, rendendo l'art. 2112 c.c. capace di accogliere nel suo schema regolatorio anche operazioni di "assemblaggio" estemporaneo di attività e personale non sempre controllabili"¹⁹.

Una così netta scelta legislativa ha inevitabilmente determinato una vera e propria scissione in dottrina, tra quanti hanno attribuito all'eliminazione del connotato della preesistenza una pericolosa accelerazione verso processi di dissolvimento dei complessi aziendali e di rarefazione occupazionale²⁰, con un evidente *vulnus* alla tutela dei lavoratori²¹, e chi ha considerato la mo-

¹⁶ Cfr. ancora SALIMBENI, *op. cit.*, p. 210.

¹⁷ SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *DPL*, 2001, 12, p. 779; CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 2001, p. 505.

¹⁸ SALIMBENI, *op. cit.*, p. 211.

¹⁹ DE LUCA TAMAJO, SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *Commentario del codice civile*, in GABRIELLI (diretto da), *Dell'impresa e del lavoro*, CAGNASSO, VALLEBONA (a cura di), Utet, p. 590 ss.

²⁰ Cfr. sul punto tra gli altri CAMPANELLA, *Outsourcing e rapporti di lavoro. La dimensione giuslavoristica dei processi di esternalizzazione dell'impresa*, in CAMPANELLA, CALVARINO, *Processi, caratteristiche, sviluppi. Il caso TE.SS., Il sole 24 ore*, 2004, p. 115.

²¹ Cfr. *amplius* sul punto PERULLI, *op. cit.*, p. 476 e ss. Sul tema delle ripercussioni del tra-

difica della disciplina un opportuno superamento di un'inutile restrizione alla circolazione di attività produttive²², capace di garantire anche un decisivo supporto chiarificatore per gli interpreti.

3. *Il "de profundis" della preesistenza*

Come già chiarito, l'art. 32 del d.lgs. 276/2003, pur confermando il connotato dell'autonomia funzionale del ramo da cedere, ne postula, invece, la sussistenza esclusivamente "al momento del trasferimento", eliminando così il requisito della preesistenza.

Una impostazione, quella del legislatore del 2003, che ha dato vita a due opposti orientamenti dottrinari, diversificati sin dal fondamento interpretativo, che di volta in volta viene attribuito all'eliminazione del connotato della preesistenza.

Volendo semplificare al massimo l'evoluzione esegetica della normativa, è possibile distinguere tra quanti hanno optato per una interpretazione della nozione di ramo di azienda imperniata su una considerazione "retrospettiva" dell'oggetto del trasferimento, considerando la preesistenza del ramo l'unico requisito obiettivo per identificare la posizione dell'impresa oggetto di cessione (opinione questa, che peraltro – come si chiarirà in seguito – trova il proprio principale fondamento in una lettura più rigorosa delle direttive comunitarie – in particolare, dir. 98/50/CE e dir. 2001/23/CE –, in osservanza delle quali viene richiesta la conservazione dell'identità del ramo ceduto nel trasferimento); e chi, accanto a (o contro) tale impostazione, ha salutato l'intervento legislativo in un'ottica più ottimista, ritenendo che il nuovo comma 5 dell'art. 2112 c.c. imporrebbe di collocare l'oggetto del trasferimento in una dimensione "proiettiva", al punto da riconoscere piena prevalenza alla volontà delle parti, salvo il caso in cui l'acquirente sia soggetto sostanzialmente fittizio²³.

sferimento d'azienda sulla situazione giuridica dei lavoratori trasferiti si veda anche ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, 1993, p. 66 ss.

²² DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, 2002, p. 9.

²³ TOSI, *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *GI*, 2014, p. 1952.

Secondo tale ultimo orientamento dottrinario, “si tratterebbe di una scelta [quella dettata dalla legge Biagi, *nda*] condivisibile ed opportuna, dal momento che l’attributo della oggettiva preesistenza dell’autonomia funzionale rendeva il criterio selettivo impiegato dal legislatore di problematica applicazione e, tutto sommato presentava scarsa potenzialità garantistica”²⁴.

La valutazione di questi ultimi autori prende principalmente le mosse da un dato storico indiscutibile: la scelta del legislatore del 2003 è certamente il risultato dello scenario economico/organizzativo della realtà dell’epoca, che cominciava a fare i conti con una condizione di crescente crisi dell’impresa medio-grande, a fronte di un consolidamento dei processi di scomposizione dei contesti produttivi²⁵.

“Il riferimento è a quelle dinamiche di decentramento, caratterizzate dall’esistenza di una prima fase, di cosiddetta “esternalizzazione”, nella quale l’impresa cede ad un terzo un intero segmento aziendale (estraneo al proprio *core business*, ossia al proprio nucleo di competenze specifiche ed eccellenti) – costituito da impianti, macchinari, *know how* e personale addetto – e di un secondo momento, nel quale la medesima impresa, mediante un contratto di appalto o altro contratto commerciale, riacquisisce dal cessionario-appaltatore il bene, il semilavorato, o il servizio prodotti nel ramo ceduto, onde riaggregarli nel proprio complessivo processo produttivo”²⁶.

Proprio questa progressiva sostituzione della produzione interna con l’acquisto dall’esterno di beni o servizi realizzati da terzi ha rappresentato un fenomeno pressante che – secondo i richiamati autori – avrebbe indotto l’intervento legislativo del 2003.

In questo quadro storico, infatti, il trasferimento del ramo, “epurato” dalla penosa zavorra della preesistenza, avrebbe consentito una concreta (quanto ragionevole) agevolazione dei rapporti economici legati ai fenomeni di esternalizzazione, risollevando così le sorti di molte aziende in crisi ancorate ad una normativa troppo stringente.

La riforma Biagi, inoltre, postulando la sussistenza dell’autonomia funzionale del ramo d’azienda solo “al momento del trasferimento”, avrebbe inteso attribuire – secondo i sostenitori della novella – l’onere dell’identificazione della porzione da trasferire “contestualmente” solo al cedente e al

²⁴ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 575.

²⁵ DE LUCA TAMAJO, *Commentario*, cit., p. 603.

²⁶ *Ibidem*.

cessionario²⁷, sciogliendo, in tal modo, anche numerosi problemi creatisi a livello interpretativo, a causa della difficoltosa identificazione del criterio selettivo dell'autonomia funzionale intrinseca del pre-requisito della preesistenza.

Prima di tale intervento normativo, infatti, la disciplina del 2001 “aveva l'effetto di escludere dall'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. (“degradandole” a mere cessioni di singoli beni o contratti) le vicende che interessano segmenti del ciclo produttivo per i quali non è agevole scorgere una evidente e attuale autonomia funzionale presso il cedente; una impostazione questa che oltretutto finiva per accollare alla magistratura una delicata e controvertibile indagine su profili organizzativi a loro volta fluidi e di non facile identificazione o trasposizione in categorie giuridiche (“autonomia” *versus* “integrazione” funzionale)”²⁸.

Al di là di questo dato “pratico”, ad ulteriore supporto della opportunità dell'ultimo intervento legislativo, diversi autori hanno, infine, chiarito che “non sarà certo “l'autonomia funzionale preesistente” a garantire la realizzazione della tutela dei lavoratori ceduti”²⁹.

Nulla esclude, infatti, che un datore di lavoro possa mettere in atto una preventiva operazione di “delimitazione” del ramo da trasferire, facendo confluire – in maniera surrettizia – nel medesimo ramo tutto il personale esuberante e/o sgradito.

Una simile (deprecabile, seppure realistica) ipotesi, secondo tale opinione, non sarebbe pertanto scongiurata dal mero requisito della preesistenza, che, modificando soltanto il dato temporale dell'identificazione della porzione di azienda da trasferire, risulterebbe comunque inidoneo e insufficiente a proteggere i lavoratori da operazioni fraudolente di tal fatta.

Meglio, perciò, il superamento di un requisito di incerta applicazione e comunque non decisivo, puntando piuttosto ad individuare una clausola generale antifraudolenta (come quella contenuta nell'art. 1344 c.c.), più adatta a colpire qualsiasi utilizzo indiretto dell'ersternalizzazione finalizzata esclusivamente allo “smagrimento dell'organico”³⁰.

²⁷ *Idem*, p. 605, che precisa come “nella versione oggi in vigore, il 5° comma dell'art. 2112 c.c. attribuisce quindi rilievo prevalente alle opzioni organizzative di coloro che pongono in essere il trasferimento (cedente e cessionario) a discapito di posizioni di tipo ontologico che tanto hanno affannato gli interpreti”.

²⁸ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 576.

²⁹ Tra tutti, cfr. DE LUCA TAMAJO, *Il trasferimento ...*, cit., p. 1475.

³⁰ *Idem*, p. 1476. In particolare sul punto DE LUCA TAMAJO, *La disciplina ...*, cit., p. 577,

Questo approccio, così favorevolmente deciso alla difesa della normativa del 2003, si è però trovato di fronte ad un muro difensivo, eretto da una parte della dottrina, ma soprattutto dalla giurisprudenza nazionale.

Benchè, infatti, la ragionevolezza di molte delle tesi descritte sia volta a spingere gli interpreti ad accogliere con minor timore le “genuine esigenze di dinamismo, flessibilità e specializzazione dei processi produttivi”, passando “da un approccio diffidente e repressivo nei confronti dei processi disgregativi dell’unità aziendale, ad una valorizzazione dell’ottica antifraudolenta”³¹, sta di fatto che numerosi autori hanno chiarito che una scelta interpretativa diversa da quella testè presentata non sia necessariamente “ascrivibile ad una ideologia giuslavoristica *retro*, prigioniera di una visione patologica del decentramento produttivo, che si oppone sistematicamente alle esigenze della flessibilità produttiva tipiche dell’attuale fase post-fordista...”³².

Si tratterebbe, piuttosto, di una scelta consapevole dettata tanto da esigenze di certezza del diritto, quanto di tutela del lavoratore.

La risposta di questa parte della dottrina è fortemente guidata dall’esigenza di individuare dei “criteri ermeneutici di governo della discrezionalità aziendale”³³; ritenendosi che per evitare un rischioso ed eccessivamente libero “decisionismo economico-gestionale” sarebbe necessario un “radicamento oggettivo della nozione di ramo d’azienda in funzione antifraudolenta”³⁴.

Ipotesi, che, al contrario, è stata travolta dalla riforma del 2003, che – secondo tale impostazione – ha annullato quel *discrimen* oggettivo (la preesistenza, appunto), che la legge del 2001 aveva posto come condizione di effettività dell’articolazione dell’impresa.

Volendo seguire tale opzione interpretativa, il legislatore del 2001, per-

chiarisce che: “In fondo, se un gruppo di lavoratori opera in un segmento aziendale oggetto di trasferimento a terzi non è significativa a fini garantistici la piena e preesistente autonomia funzionale del medesimo segmento o altri requisiti di tipo commercialistico, dal momento che autonoma o meno quella parte di azienda è comunque passata nella titolarità di altri, sottraendo agli addetti la stessa possibilità materiale di svolgimento della prestazione lavorativa. Rileva, invece, che la cessione non sia apparente o fittizia (e quindi che i poteri direttivi della manodopera occupata siano effettivamente nelle mani del cessionario) che essa sia dettata da esigenze industriali (intese in senso ampio) e non dal mero intento di ridurre senza costi l’organico e che nella traslazione forzata non vengano artatamente coinvolti lavoratori addetti (esclusivamente o prevalentemente) ad altri settori, magari mediante previ trasferimenti”.

³¹ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina* ..., cit., p. 577.

³² PERULLI, *op. cit.*, p. 480.

³³ PERULLI, *op. cit.*, p. 479.

³⁴ *Ibidem*.

tanto, ponendo nel requisito dell'autonomia funzionale della porzione aziendale ceduta l'elemento della preesistenza come criterio di attinenza "*naturaliter*" a detta fattispecie³⁵, avrebbe inteso la preesistenza quale criterio "fisiologico", in grado di tutelare i lavoratori coinvolti nelle nuove forme di scomposizione e smaterializzazione dell'impresa, valorizzando e favorendo la conservazione dell'unità economica dell'azienda (elemento certo di garanzia contro azioni di frammentazione e disgregazione fraudolenta).

Ugualmente critici nei confronti dell'ultima riforma, altri autori hanno proposto interpretazioni finalizzate a ridurre il notevole spazio offerto dalla legge Biagi all'autonomia individuale dei protagonisti dell'operazione di trasferimento.

Secondo la nuova disciplina, infatti, cedente e cessionario possono individuare un segmento dell'impresa che, pur avendo le caratteristiche organizzative necessarie a produrre un bene o un servizio, sia del tutto nuovo e non abbia alcuna relazione con quanto esisteva in precedenza³⁶.

Contrari (o quanto meno perplessi di fronte) a tanta libertà, tali autori hanno ritenuto che gli stessi cedente e cessionario si potrebbero trovare dinanzi ad una più limitata capacità di azione se, per esempio, si attribuisse al termine "identificare" un'accezione non equiparabile al precedente "costituire" il ramo d'azienda; di guisa che il medesimo ramo debba (continuare ad) essere "qualcosa di già esistente"³⁷.

Un'interpretazione – quest'ultima – che annullerebbe, sulla base di una mera interpretazione letterale della nuova normativa, la forza espansiva della frammentazione aziendale determinata dall'eliminazione del requisito della preesistenza, fattore che così risulterebbe, invece, comunque "intrinseco alla nozione di articolazione funzionale autonoma"³⁸.

Linea comune a tutti i principali critici della riforma è certamente rappresentata dal confronto della legislazione nazionale con le direttive europee, con cui secondo numerosi autori la legge Biagi entrerebbe in rotta di collisione.

Le direttive CE, infatti, parlando di "conservazione dell'identità" del ramo nell'ambito del trasferimento, sembrerebbero presupporre logicamente

³⁵ Ancora PERULLI, *op. cit.*, p. 481.

³⁶ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 27.

³⁷ BAVARO, *Il trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, 2006, *passim*.

³⁸ *Ibidem*, p. 250.

la preesistenza del ramo medesimo, “non potendosi conservare l’identità di ciò che non ha identità prima del trasferimento. Il concetto di conservazione dell’identità richiede invero che l’elemento da conservare esista già e non sia invece costituito *ad hoc* proprio in occasione del trasferimento”³⁹.

Pur non individuando espressamente il criterio della preesistenza, le sentenze della Corte Europea “lasciano chiaramente intendere che ciò che deve essere trasferito deve preesistere già da tempo, perché fanno riferimento ad un’attività che “prosegue” o “riprende”. Al contrario ciò che viene costituito *ad hoc* immediatamente prima dell’operazione economica è un’organizzazione che inizia *ex novo* la produzione di un bene o di un servizio e non “continua” quanto già realizzato in precedenza”⁴⁰.

Questo ineludibile conflitto con la fonte europea è ancora più evidente nel confronto con la giurisprudenza nazionale, che sembra da sempre restia ad aprirsi alla nuova normativa, rifiutandosi di abbandonare le direttive imposte a livello comunitario.

4. *Gli interventi della giurisprudenza: dalle Direttive CE alla Cassazione italiana*

Non è un mistero che la marcia riformatrice del legislatore italiano rispetto all’istituto del trasferimento d’azienda sia stato fortemente sollecitato a livello europeo da tre Direttive, che nel tempo hanno imposto un percorso (a tappe forzate) al fine di adeguare la nostra normativa ai nuovi orientamenti comunitari.

Già dopo il primo intervento della Direttiva 77/187/CE, ma soprattutto a seguito di quelle 98/50/CE e 2001/23/CE, la Corte di Giustizia europea ha immediatamente espresso l’esigenza – improrogabile in tutta Europa così come in Italia – di disciplinare il crescente (se non dilagante) fenomeno delle esternalizzazioni dei processi produttivi.

La finalità delle direttive, benchè emanate in tempi e momenti storici diversi, ha avuto – pur con le dovute differenziazioni – come minimo comun denominatore il chiaro intento di improntare l’intera disciplina del trasferi-

³⁹ PERULLI, *op. cit.*, p. 482, nonché PASSALACQUA, *Successione nell'appalto, trasferimento d'azienda e definizione legale della fattispecie*, in *MGL*, 2001, p. 501. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, 2003, pp. 49 e ss.

⁴⁰ SPEZIALE, *op. cit.*, p. 28.

mento d'azienda al principio del *favor* per il lavoratore, allo scopo di garantire la protezione dei dipendenti trasferendi e la tutela dell'occupazione, con l'obiettivo di garantire la continuazione del rapporto presso il cessionario, tramite il mantenimento della stessa posizione contrattuale ed organizzativa delineatasi presso il precedente datore di lavoro.

Infatti, pur senza imporre vincoli stringenti, le direttive comunitarie hanno posto una serie di principi di carattere generale, che di fatto hanno finito per condizionare profondamente i processi interpretativi interni, influenzati non solo dall'autorevolezza del precedente europeo, ma dall'opportunità di utilizzare di volta in volta le pronunce comunitarie eventualmente anche quale elemento di integrazione del testo nazionale⁴¹.

Mentre con la prima direttiva la Corte europea ha puntato innanzitutto ad individuare i connotati dell'impresa idonei a garantire la prosecuzione delle tutele dei lavoratori, sottolineando la necessaria presenza di "elementi materiali, obiettivi e misurabili, quali mezzi organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento di un'attività economica", ottenendo così un restringimento del campo di applicazione della disciplina in oggetto⁴²; con i successivi interventi, la medesima Corte ha mirato piuttosto "alla ricognizione della fattispecie concreta (entità economica) attraverso l'individuazione di una serie di indici presuntivi da valutarsi nel loro complesso e con riguardo al tipo di impresa"⁴³.

Tale più recente operazione di recupero del concetto di "entità economica organizzata" ha dato il via – secondo alcuni autori – ad una maggiore "duttilità e attenzione ai meccanismi reali dell'organizzazione produttiva"⁴⁴, pur continuandosi a valorizzare la finalità della direttiva volta a proteggere i lavoratori in occasione del cambio del titolare dell'impresa.

Pertanto, l'attenzione posta (a livello europeo) al punto di vista organizzativo dell'autonomia funzionale potrebbe in tal senso prestarsi a supportare un'interpretazione del concetto di "mantenimento dell'identità" dell'azienda in senso funzionale e relativo alla natura concreta dell'impresa o

⁴¹ *Ibidem*, pp. 5-6, in cui l'autore, sottolineando la consolidata prevalenza dell'ordinamento giuridico europeo su quello italiano, evidenzia tale "supremazia" affermando che: "Il "vincolo comunitario" per il legislatore italiano deve essere coordinato con la possibilità di modificare in *melius* la direttiva ... in tale ambito ... la valutazione della deroga migliorativa dovrebbe essere soltanto in relazione ai livelli di tutela previsti dalla direttiva ...".

⁴² SALIMBENI, *op. cit.*, p. 206.

⁴³ *Idem*, p. 207.

⁴⁴ *Ibidem*.

di parte di essa⁴⁵. Così “ad un’individuazione a monte dell’entità economica oggetto del trasferimento necessariamente calata nello specifico contesto produttivo di riferimento, corrisponde[rebbe], a valle, una ricognizione del mantenimento dell’identità che ben può prescindere dal perpetuarsi dell’organizzazione preesistente purchè vi sia continuazione di attività con utilizzazione, da parte del cessionario, dei fattori trasferiti, tra loro e nel nuovo contesto integrati”⁴⁶.

Le descritte sfumature più “pragmatiche” che alcuni autori hanno inteso cogliere nella giurisprudenza comunitaria non hanno trovato alcun riscontro nella giurisprudenza nazionale, la quale, al contrario, da sempre si è mostrata poco incline ad interpretazioni elastiche dell’art. 2112 c.c.; un rigore che, facendo perno su una lettura più garantista delle direttive europee, è rimasto inviolato anche all’indomani dell’entrata in vigore della legge Biagi.

Mentre, infatti, prima del 2003, l’orientamento restrittivo della giurisprudenza risultava confortato dalla normativa dell’epoca, che – ancor più a seguito dell’entrata in vigore della l. 18/2001 – assicurava il carattere necessario della preesistenza⁴⁷ a “presidio dell’autenticità del ramo al fine di evitare forme incontrollate di espulsione di frazioni non coordinate tra loro di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome unificate dalla volontà del datore di lavoro...”⁴⁸; rispetto a una fattispecie di ramo d’azienda completamente novellata dalla riforma del 2003, inesorabilmente disancorata dai requisiti della preesistenza e della conservazione dell’identità, la nostra giurisprudenza è sempre risultata totalmente impermeabile⁴⁹.

⁴⁵ In particolare, v., tra le altre, Cass. 10 gennaio 2004 n. 206; Cass. 17 giugno 2005 n. 13168, in *JD*, che evidenziano l’elemento dell’organizzazione inteso come “legame funzionale”. Sul punto cfr. anche *infra* par. 5.

⁴⁶ Ancora SALIMBENI, *op. cit.*, p. 208, secondo cui: “Pertanto anche le ipotesi in cui l’organizzazione produttiva caratterizzante l’entità economica ceduta si dissolve nell’impresa del cessionario, purché resti in vita un nesso funzionale tra i fattori produttivi trasferiti, rientra a pieno titolo nell’ambito applicativo della direttiva comunitaria”.

⁴⁷ In particolare v. Cass. 4 dicembre 2012 n. 21710, in *ADL*, 2013, I, p. 210, con nota di NUZZO, che si attestava su una rigida interpretazione del requisito della preesistenza dell’autonomia funzionale del ramo.

⁴⁸ Tra tutte cfr. Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842, in *JD*.

⁴⁹ Si ricorda in merito, che numerose pronunce hanno puntato ad assimilare il “ramo” ad una sorta di “piccola azienda”, in quanto tale idonea a funzionare in modo autonomo presso il cedente. Sul punto v. Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489, in *MGC*, 2008, p. 149; Cass. 10 gennaio 2004 n. 2006, in *RIDL*, 2004, II, p. 653; Cass. 14 dicembre 2002 n. 17919, in *DPL*, 2003, p. 14; Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105, in *MGL*, 2003, p. 13.

La preesistenza, infatti, non è mai stata messa da parte nelle pronunce successive alla legge Biagi, continuando ad essere invocata “quale indefettibile presupposto della conservazione dell'identità dell'entità economica, richiesta dalle Dir. 98/59/CE e 2001/23/CE...”⁵⁰.

Nonostante rari casi di pronunce che hanno tentato di discostarsi dall'orientamento consolidato⁵¹, il rigore della Cassazione è apparsa nel tempo costante, in quanto “...nonostante talune difformi opinioni basate sul dato letterale dell'assenza nelle Direttive comunitarie del concetto di preesistenza, l'entità economica trasferita deve in realtà ritenersi preesistente al trasferimento, non potendo conservarsi quel che non c'è... [il requisito del mantenimento della identità, infatti, *nda*] presuppone comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendosi conservare solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura creata *ad hoc* in occasione del trasferimento...”⁵².

5. *Stato attuale della giurisprudenza*

Più di recente la Corte di Cassazione, pur ponendosi sulla scia delle precedenti pronunce e confermando il costante richiamo al requisito della preesistenza, sembrerebbe aver fatto tesoro dei diversi orientamenti che si sono confrontati in dottrina, trovando quasi una “terza via interpretativa”, finalizzata principalmente a scongiurare forme incontrollate di espulsione di personale.

Il dato più ricorrente, infatti, resta il richiamo alla “preesistenza” del ramo di azienda, il quale, però, sembrerebbe letto non più come un prerequisito imprescindibile a garanzia della genuinità del trasferimento, quanto piuttosto come un elemento essenziale, che deve essere riscontrato a fronte del “...criterio selettivo della autonomia funzionale del ramo ceduto, letto conformemente alla disciplina dell'Unione... e la Corte di Giustizia, cui

⁵⁰ SALIMBENI, *op. cit.*, p. 217.

⁵¹ Cfr. tra tutte, Cass. 30 gennaio 2013 n. 2151, in *JD*, secondo cui: “... il baricentro della norma [art. 2112 c.c., *post* d.lgs. 276/2003] è ora costituito dall'identificazione di una parte dell'impresa ceduta al momento del trasferimento e solo indirettamente rileva il fatto che anche in precedenza sia sussistita tale organizzazione potenzialmente suscettibile di essere oggetto di un autonomo esercizio d'impresa...”.

⁵² Cass. 4 dicembre 2013 n. 21711, in *JD*.

compete il monopolio interpretativo del diritto comunitario vivente, ha ripetutamente individuato la nozione di entità economica come complesso organizzato di persone e di elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo e sia sufficientemente strutturata e autonoma"⁵³.

Infatti, secondo l'attuale Cassazione, il giudice, una volta riscontrata l'esistenza di un'attività imprenditoriale genuina del ramo d'azienda "prima" del trasferimento, "... in presenza di tale condizione", potrà considerare l'elemento dell'organizzazione quale "... requisito *indefettibile* della fattispecie legale tipica delineata dal diritto comunitario e dall'art. 2112 c.c...."⁵⁴.

In quest'ottica, la preesistenza sembra acquisire una valenza meno marcata rispetto ai precedenti giurisprudenziali, quasi declassata a mero connotato argomentativo, non più essenziale ai fini della corretta decisione del magistrato, ma richiamata solo in quanto criterio "... coerente con la disciplina in materia dell'Unione Europea"⁵⁵.

Pertanto, il giudicante – divenuto sostanzialmente orfano del criterio selettivo temporale – ha di fatto individuato nella nozione di "organizzazione" l'essenziale fondamento delle proprie motivazioni, purché tale organizzazione venga "... intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili, configurandosi altrimenti la vicenda traslativa come cessione del contratto di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso del contraente ceduto"⁵⁶.

Sembrebbe, dunque, che la Suprema Corte più di recente abbia consapevolmente posto l'accento maggiormente sull'autonomia funzionale dell'azienda, agevolando – per questa via – le istanze di quanti hanno ritenuto più opportuno attribuire agli interventi europei un'interpretazione più elastica, finalizzata sicuramente a evitare trasferimenti fraudolenti, ma anche a non impedire cessioni di parti di azienda, che, seppure create con una tempistica minima, trovano giustificazione nelle reali esigenze (di sopravvivenza) delle aziende stesse, in tal modo escludendo una netta identificazione del ramo aziendale con una "piccola azienda" preconstituita.

⁵³ Cass. 14 ottobre 2014 nn. 21503 e 22688, in *RIDL*, 2015, II, pp. 3 e ss.

⁵⁴ Cass. 27 maggio 2014 n. 11832, in *RIDL*, 2015, II, p. 97.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ V. ancora Cass. 27 maggio 2014 n. 11832, in *RIDL*, 2015, II, p. 97.

Se si volesse accogliere tale spiraglio interpretativo, per quanto angusto, si potrebbe ravvisare un nuovo intento della giurisprudenza nostrana, in accoglimento di un'interpretazione meno rigida delle Direttive europee, volto a cercare nuovi "indici" capaci di garantire quella "stabilità" dell'entità economica da trasferire, come richiesto a livello comunitario.

Il "mantenimento dell'identità" dell'azienda resta, infatti, connotato indispensabile quale criterio di garanzia della genuinità del passaggio di lavoratori dal cedente al cessionario, ma – contemporaneamente – potrebbe non identificarsi più in via esclusiva con la preesistenza del ramo.

Sta di fatto, però, che in mancanza di altri requisiti, altrettanto "rassicuranti", la Cassazione italiana non potrà che continuare a rifugiarsi nei vecchi schemi interpretativi, che si fondano sul dato testuale che "... il termine "conservi" [utilizzato dal legislatore europeo] implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve preesistere al trasferimento"⁵⁷.

Ciò nonostante, a più di dieci anni dalla legge Biagi, sembrerebbe che i giudici italiani siano più consapevoli dell'inadeguatezza di interpretazioni troppo rigorose, che finiscono per ignorare la realtà quotidiana di un mondo moderno e globalizzato in cui il fenomeno dell'esternalizzazione è diventato strutturale (ed endemico), con l'ulteriore evidente rischio di non riuscire a tutelare più neanche i lavoratori, che invece si confrontano ordinariamente con rapporti di lavoro connotati da meccanismi di triangolazione sempre più comunemente utilizzati.

⁵⁷ Cass. 27 maggio 2014 n. 11832, in *RIDL*, 2015, II, p. 90, secondo cui "... al fine di una corretta applicazione dell'art. 2112 c.c., l'oggetto del trasferimento deve consistere in una preesistente entità economica che oggettivamente si presenti dotata di autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni e servizi, non essendo sufficiente la sola volontà dell'imprenditore ad unificare un complesso di beni (di per sé privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica volta ad uno scopo unitario) al solo scopo di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo di azienda".

Key words

Trasferimento di ramo d'azienda, preesistenza, giurisprudenza europea e italiana, confronto, organizzazione, prevalenza.

Transfer of a part of an undertaking, pre-existence, European and Italian case law, comparison, organization, prevalence.

Judgment of the Court of Justice of the European Union 17 March 2015, C-533/13, *President V. Skouris – Rapporteur Ó Caoimh – Adv. Gen. Szpunar – Auto – ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry v. Öljytuote ry and Shell Aviation Finland Oy*

Reference for a preliminary ruling – Social policy – Directive 2008/104/EC – Temporary agency work – Article 4(1) – Prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work – Justification – Grounds of general interest – Obligation to review – Scope.

Article 4(1) of Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work must be interpreted as meaning that:

- *the provision is addressed only to the competent authorities of the Member States, imposing on them an obligation to review in order to ensure that any potential prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work are justified, and, therefore,*
- *the provision does not impose an obligation on national courts not to apply any rule of national law containing prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work which are not justified on grounds of general interest within the meaning of Article 4(1).*

★ ★ ★

Gábor Kártyás

The limiting interpretation of reviewing agency work's restrictions

Contents: 1. Introduction. 2. The Directive's aim. 3. The Directive on the review of restrictions or prohibitions. 3.1. Earlier drafts, disappeared obligations. 3.2. What restrictions shall be reviewed? 3.3. The justification of restrictions. 3.4. Exceptions: where no review is necessary. 3.5. Summary: soft obligations, soft interpretation. 4. The AKT case. 5. Aftermath of the decision.

1. *Introduction*

The European Court of Justice¹ in its first ever decision (the *AKT-case*²) concerning the agency work directive³ gave a soft interpretation on the obligation to review the restrictions and prohibitions of agency work. The Court assessed the scope of restrictions imposed by Member States and whether the Directive 2008/104/EC imposes an obligation on national courts not to apply unjustified restrictions. The paper explores the possible effects of the decision. The author argues that the Directive's dual aim to ensure the protection of agency workers and to establish a suitable framework for the use of agency work might lead to a similarly weakened interpretation of the provisions on equal treatment. While the EU level legislator could have chosen a huge variety of alternatives to give more strength to the provision on the review of restrictions, the paper examines the arguments which still could have led the Court to give a stricter interpretation.

2. *The Directive's aim*

From 1990 the regulatory attempts on agency work were based on a dual aim. Besides protecting agency workers and safeguarding their rights, guaranteeing the growth and development of the agency sector appeared as a coequal aim. The preamble of the Directive 2008/104/EC states – by referring to a

¹ Hereinafter: the Court.

² C-533/13. *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry vs. Öljytuote ry és Shell Aviation Finland Oy*.

³ Directive 2008/104/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work.

set of union documents – that temporary agency work meets not only undertakings' needs for flexibility and adaptability but also the need of employees to reconcile their working and private lives, it thus contributes to job creation and to participation and integration in the labour market and helps to reduce labour market segmentation⁴. Consequently the Directive's aim is:

- on one hand, to ensure the protection of temporary agency workers and to improve the quality of temporary agency work, and
- on the other hand, to establish a suitable framework for the use of temporary agency work with a view to contributing effectively to the creation of jobs and to the development of flexible forms of working⁵.

The leading aspect in the evaluation of the Directive is whether the parallel enforcement of the two aims was successful or the balance swung in favour of one or the other.

The Directive applies to all workers with a contract of employment or employment relationship with a temporary work agency who are assigned to user undertakings to work temporarily under their supervision and direction. Public, private and non-profit organisations – as agencies or user undertakings – fall under the scope of the Directive alike⁶.

3. *The Directive on the review of restrictions or prohibitions*

Article 4 reflects the aim to provide a suitable framework for the use of agency work. The sector' social partners emphasised their anticipation that the EU level regulation would diminish all legal barriers of the development of agency work which was not objective, not proportionate or discriminative⁷. Thus the Directive 2008/104/EC calls Member States to review their limiting regulations on agency work. However the final text contains only very soft provisions on this procedure, especially if compared to its earlier drafts. Nonetheless Article 4 has an important message not to be underestimated. It declares that agency work cannot be held as a harmful phenomenon which is to be restricted, but on the contrary, its spread shall not be

⁴ Directive 2008/104/EC, Preamble (8), (9), (11).

⁵ Article 2.

⁶ Article 1.

⁷ Eurociett/UNI-Europa Joint Declaration on the Directive on working conditions for temporary agency workers (2008). Available at www.eurociett.eu/index.php?-id=91.

limited without justified reasons⁸. Restrictions and prohibitions on the use of agency work shall be the exemption and not the rule⁹.

The Directive permits prohibitions or restrictions on the use of agency work only if justified on grounds of general interest. Member States were obliged – after consulting the social partners – to review any restrictions or prohibitions from this aspect and to inform the Commission of the results by 5 December 2011. If such restrictions or prohibitions were laid down by collective agreements the review could be carried out by the parties of such agreements themselves¹⁰.

3.1. *Earlier drafts, disappeared obligations*

During the debate of the Directive, the representatives of Member States disagreed on the possible content of Article 4¹¹, which transformed the Commission's proposal to a much more flexible wording. The Commission and the sectors' social partners wanted to make the review process periodical¹², while the Parliament would have been even more specific by requiring the review of limitations in every five years¹³. The final text however limits the review to a one-time process. It is also worth attention that the Commission's original proposal required reasoning for any upheld restriction, moreover, later the amended text explicitly obliged Member States to discontinue all limitations which could not be justified on grounds of general interest¹⁴. While such hard obligations were left out of the final text, some Member

⁸ Worth mentioning that a similar provision applies to part time work (Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997, Clause 1) but not to fixed-term employment. This shows that in EU law agency work stands closer to part time work which also serves workers' interests than to fixed term employment which is rather favourable to employers. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2006, p. 486.

⁹ DELFINO, *Interpretation and Enforcement Questions in the EU Temporary Agency Work Regulation: an Italian Point of View*, in *ELLJ*, 2011, 3, p. 293.

¹⁰ Directive 2008/104/EC, Article 4 (1-3), (5).

¹¹ ZAPPALÀ, *The Temporary Agency Workers' Directive: An Impossible Political Agreement?*, in *ILJ*, 2003, 4, p. 313.

¹² COM (2002) 149 final, Article 4 (1), Eurociett/UNI-Europa Joint Declaration on the Directive on working conditions for temporary agency workers (2008). Available at www.eurociett.eu/index.php?id=91.

¹³ The Parliament's proposal after the first reading is available at: www.euro-parl.europa.eu/-sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P5-TA-2002_0562+0+DOC+PDF+V0//EN.

¹⁴ COM (2002) 149 final, Article 4 (2); COM (2002) 701 final, Article 4 (2).

States called for an even softer wording¹⁵. Nonetheless the Commission's Legal Service made it clear early in the legislative process that in its interpretation Member States have to eliminate restrictions lacking the necessary justification on ground of general interest even if such explicit obligation does not appear in the Directive¹⁶.

The interpretation of Article 4 raises two issues: what constitutes a restriction and what is "general interest" which could justify it.

3.2. *What restrictions shall be reviewed?*

Turning to the first question, the Directive 2008/104/EC is about the prohibitions or restrictions "on the use of temporary agency work". Thus the review shall be conducted from the aspect of the user company. Such limitations embrace a high variety of rules, such as the ban on agency work in certain sectors of the economy or in a given geographical area or for certain undertakings. Some states limit the maximum length of assignments or the possible reasons to hire out agency workers. The prohibition to employ agency workers during strikes or similar collective actions is also common. There are also examples to limit the number of agency workers in the user company depending on the proportion of the directly employed workforce¹⁷. As a contrast, the UK applied almost no restrictions on the use of agency work, thus Article 4 required no action on their side¹⁸.

¹⁵ AHLBERG, *A Story of a Failure - But Also of Success. The Social Dialogue on Temporary Agency Work and the Subsequent Negotiations between the Member States on the Draft Directive*, in AHLBERG ET AL., *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, Peter Lang Publishing, 2008, p. 239.

¹⁶ AHLBERG, *op. cit.*, p. 243.

¹⁷ EUROCIETT, *Overview on national restrictions faced by Temporary Work Agencies in the EU Member States* (manuscript), 2009, pp. 1-4; ARROWSMITH, *Temporary agency work and collective bargaining in the EU*. European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 2008, pp. 25-29; Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the application of Directive 2008/104/EC on temporary agency work, COM(2014) 176 final (hereinafter: Implementation Report).

¹⁸ DAVIES, *The Implementation of the Directive on Temporary Agency Work in the UK: A Missed Opportunity*, in *ELLJ*, 2010, 3, p. 309. Denmark, Estonia, Ireland, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta and Slovakia also reported to the Commission that no restrictions or prohibitions were in place, however in the case of Luxembourg the Commission disagreed and found restrictions to be reviewed. Implementation Report, pp. 9-10.

Thus the review's targets are the limits on agency work as a service. The conditions to set up an agency or conditions on who can be an agency worker, also the protective measures of agency workers do not fall within this sphere. In theory, it also limits the use of agency work if the national regulation applies the principle of equal treatment to all working conditions and not only to the ones defined in the Directive. However such extended interpretation shall be rejected. First, it would clearly contradict the social aim of the Directive to enhance the protection of agency workers. Second, in my interpretation these do not strictly apply to "the use of temporary agency work", or in other words to agency work as a service. Finally, such "limitations" would be easy to justify as necessary for the sake of general interest.

3.3. The justification of restrictions

As for the interpretation of the term "general interest", the Directive 2008/104/EC mentions only vague and very diverse examples but not a definition¹⁹. Nor the Court's case law on the limitations of the four basic freedoms could be relied upon, as the Treaty's term "public policy"²⁰ is clearly not equivalent with general interest²¹. Moreover, the Directive does not regulate the elimination of cross-border agency work's limitations, but it calls for the review of restrictions applicable to the inner markets of Member States. Article 4 of the Directive concerns solely internal relations where Article 56 TFEU on the freedom to provide services has no relevance²². Con-

¹⁹ The Directive considers especially the following as "general interest": the protection of temporary agency workers, the requirements of health and safety at work or the need to ensure that the labour market functions properly and abuses are prevented. See Article 4 (1).

²⁰ Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter: TFEU), Articles 45 and 52.

²¹ To add one more term to the kaleidoscope of EU terminology, the part-time directive obliges Member States to eliminate the obstacles on the opportunities for part-time work where it is "appropriate" (Directive 97/81/EC, Clause 5 (1)).

²² In the AKT-case, Advocate General Szpunar also expressed that the Directive 2008/104/EC undoubtedly applies to internal situations nonetheless he concluded that the requirements regarding the justification of the restrictions referred to in Article 4 (1) shall be identical to those which apply to the application of Article 56 TFEU. He pointed out that the case law on the freedom to provide services also requires the abolition of any restriction which is liable to prohibit, impede or render less advantageous the activities of a provider of services established in another Member State where it lawfully provides similar services, even if it applies equally to domestic providers (Advocate General's Opinion C-533/13, par. 101, 105, 144-145).

sequently it is up to the Member States to define the term “general interest” and thus it is quite easy to justify their existing limitations²³.

At the end of the day, EU law obliges only to conduct a one-time review process, but its aspects could be determined on national level. As Member States enjoy high level of discretion, it is rather unlikely that the Commission would start infringement procedures on the grounds that it disagrees with the Member States interpretation of “general interest” and hold that the given limitation cannot be upheld on the grounds of the given nation's interest. I find it only probable if such national restriction contradicts of the very basics of Article 4, meaning that it is based on mere distrust towards agency work, or the debated restriction also contradicts the freedom to provide cross-border services²⁴.

3.4. *Exceptions: where no review is necessary*

There are a couple of exceptions to the review process. The first is contained in Article 4 itself: national requirements with regard to registration, licensing, certification, financial guarantees or monitoring of temporary work agencies may be upheld without reviewing²⁵. This exception was added on the proposal of the Parliament, considering that such administrative rules were applicable in most Member States²⁶. Such administrative conditions to

While this observation is right, I do not see any necessary links between the two separate pieces of legislation, as they apply to different situations. Nonetheless, the approach could be similar, like the Advocate General suggested, to use the proportionality test also in the application of Article 4 (Advocate General's Opinion C-533/13, par. 125-128). The Commission also remembered Member States to the freedom of services and the freedom of establishment concerning the implementation of Article 4. See Report of the Expert Group *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, August 2011 (hereinafter: Expert Group Report), p. 33.

²³ DELFINO, *op. cit.*, p. 294. As Robin-Olivier put it: “... justification [...] in the hands of the courts, are like shifting sand: risky and highly unpredictable”. ROBIN-OLIVIER, *A French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work*, in *ELLJ*, 2010, 3, p. 404.

²⁴ This issue has already been raised in quite many cases, see for instance: C-493/99, *Commission vs. Germany*; C-279/00, *Commission vs. Italy*; C-298/09, *Rani-case*; C-397/10, *Commission vs. Belgium*.

²⁵ Directive Article 4 (4).

²⁶ ARROWSMITH, *Temporary Agency Work in an Enlarged European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 2006, p. 25; CONTRERAS (ed.), *The Impact of New Forms of Labour on Industrial Relations and the Evolution of Labour Law in the European Union*. Study for the European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, 2008, available at www.europarl.europa.eu/activities/delegations/studies/down-load.do?file=23224, p. 43.

set up and run an agency are necessary and proportionate to the aim of protecting the workers. Besides the Court established in as early as 1980 that given agency work's sensitive impact on the relations on the labour market and the lawful interests of the workforce concerned, the Member State in which the services are to be supplied has unquestionably the right to require possession of a licence (while respecting also the freedom to provide cross border services)²⁷. Worth mentioning that the Commission's first proposal in 1982 followed a much stricter approach than the Directive adopted 26 years later: it prescribed that no agency may pursue its activities without obtaining authorisation from the competent authorities and it called for adequate state supervision²⁸.

Another exception is hidden in the preamble, declaring that Article 4 is without prejudice to national legislation or practices that prohibit workers on strike being replaced by temporary agency workers²⁹. This prohibition is essential to guarantee the effective exercise of the right to strike and it was already followed by many Member States before the adoption of the Directive³⁰. Uni-Europa, the trade union of the agency work sector, explicitly pushed to insert this exception to the main text³¹. Although such request could not be fulfilled, as strike is out of the legislative competence of the EU³². The Commission's Legal Service also warned the social partners negotiating over the draft directive that the prohibition on the use of agency workers during strike may appear only in the preamble³³. However, differing opinions argued that the issue here was not about strike's regulation but only a prohibition on the use of agency workers, for which the EU had regulatory competence³⁴.

²⁷ C-279/80, par. 18-20. This special character was also raised in the *Vicoplus and Martin Meat* cases, where the Court found compatible with EU law if EU15 countries required work permit for agency workers posted from EU10 Member States during the transitory period. See joint cases C-307/09, C-309/09 and C-586/13.

²⁸ COM (1982) 155 final, Article 2 (1).

²⁹ Directive 2008/104/EC, Preamble (20).

³⁰ STORRIE, *Temporary Agency Work in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2002, p. 10.

³¹ www.uni-europa.org/.

³² TFEU, Article 153 (5).

³³ AHLBERG, *op. cit.*, p. 209.

³⁴ BLANPAIN, *European Labour Law*, Tenth revised edition, Kluwer Law International, 2006, p. 424.

A third exception is contained in Directive 91/383/EEC concerning the safety and health at work of agency workers³⁵. It gives Member States the option of prohibiting agency workers from being used for particularly dangerous work and in particular for certain work which requires special medical surveillance³⁶. While some Member States made use of this possibility, in others a great number of agency workers are employed even in the most dangerous sectors³⁷.

3.5. Summary: soft obligations, soft interpretation

To sum it up, Article 4 means no real harmonisation of the possible restrictions on the use of agency work, as Member States enjoy broad discretion to uphold those with reference to the general interest. The Directive merely calls for a one-time review of the national law and to report its outcome to the Commission. Such softly worded text further weakened by exceptions calls only to change the out-dated hostile or cautious attitude towards agency work.

The vague wording made social partners to start firm lobbying for a beneficial interpretation of Article 4. Eurociett – the EU level organisation of agencies – emphasised that unjustified restrictions need to be eliminated³⁸, while trade unions took the opposite view and expressed that there is no such obligation stemming from the Directive³⁹. Nonetheless it seems that Member States followed the softer interpretation which led the Commission – with some reprimand – to conclude in the Implementation Report that most Member States provided only very general justifications for restrictive

³⁵ Council Directive 91/383/EEC of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship.

³⁶ Directive 91/383/EEC, Article 5 (1).

³⁷ ROYO, CONTRERAS, *Study to analyse and assess the practical implementation of national legislation of safety and health at work: Council Directive 91/383/EEC of 25 June 1991 supplementing the measures to encourage improvements in the safety and health at work of workers with a fixed-duration employment relationship or a temporary employment relationship. Final Report*, Labour Asociados S.L.L., 2006, pp. 45-47.

³⁸ Eurociett Position Paper on the Transposition of EU Directive 104/2008/EC on temporary agency work (2011). Available at www.eurociett.eu/index.php?id=91.

³⁹ WARNECK, *Temporary agency work-guide for transposition at national level*. European Trade Union Institute, Report 117, pp. 20-21; Expert Group Report, p. 31.

provisions on agency work in force, even when the Commission asked for complementary information⁴⁰. BusinessEurope and Eurociett complained that a substantial number of unjustified restrictions remained in place in some Member States, or had even been introduced recently. In the view of BusinessEurope, the Directive needed not revision, but proper implementation of its Article 4 in Member States where unjustified barriers to the use of agency work remain in place⁴¹.

The agency work sector closely watched the AKT-case which gave the possibility for the Court to close the unsettled debates on the interpretation of Article 4.

4. *The AKT case*

The facts of the case are the following. A Finnish trade union started court proceedings against an employer alleging it used agency workers in a way which was contrary to their collective agreement. The relevant agreement limited to use of agency workers to urgent or extraordinary situations, however the union argued that the employer employed agency workers permanently and continuously to perform the exact same tasks as performed by its own workers. The employer contended that the applicable collective agreement is not in conformity with Article 4 of the Directive 2008/104/EC as it contains prohibitions and restrictions of agency work which cannot be justified on the grounds of general interest, as prescribed by the Directive, thus it shall not be applied. The Finnish court turned to the Court, in essence referring the question whether Article 4 must be interpreted as laying down an obligation on the national courts not to apply any rule of national law containing prohibitions or restrictions on the use of agency work which are not justified on grounds of general interest.

Apparently, the issue at stake was whether the Court would satisfy the request of the agencies' organisations and follow the Legal Service's strict interpretation to accept that there is an inherent, not expressed obligation to discontinue unjustified restrictions, or stick to the soft wording of the text and understand it as a sole procedural provision. While the Advocate General

⁴⁰ Implementation Report, p. 10.

⁴¹ Implementation Report, p. 18.

went even further, and argued that Article 4 has a direct effect, the Court ruled otherwise. Nonetheless it is rather edifying to compare their contrary reasons.

Advocate General Szpunar launched his reasoning with the literal and teleological interpretation⁴². He understood the wording “restrictions [...] shall be justified only” meaning that unjustified limitations are prohibited and are incompatible with EU law. He also added that if the provision were silent on the compatibility of restrictions with EU law, the phrase of general interest would be devoid of meaning and the whole review process would lose its essence. Besides, the Advocate General referred to the dual aim of the Directive which are complementary and cannot be separated. He pointed out that Article 4 could not assist in the achievement of the objectives of the Directive if it did no more than impose a simple obligation on the Member States to identify obstacles to agency work, without stipulating in any way what consequences flow from those obstacles. Moreover, the Commission otherwise has the necessary competence to collect information on agency work's limitations in national laws, it would not require an explicit authorisation in the Directive⁴³. Finally, the Advocate General was on the opinion that restrictions on the use of agency work which are not justified on grounds of general interest shall not be applied by national courts.

The Court however found that Article 4 is addressed solely to the competent authorities of the Member States and not to national courts. The obligation to review the limitations and to inform the Commission of its results is imposed on the national authorities. Nonetheless, Member States could have been obliged to amend their national legislation on agency work if the review reveals unjustified restrictions. However, the fact remains that the Member States are, to that end, free either to remove any prohibitions and restrictions which could not be justified or, where applicable, to adapt them

⁴² See especially Advocate General's Opinion C-533/13, par. 27-28, 32, 36, 38-39.

⁴³ It is interesting how the Advocate General – to support his opinion – referred to the preparatory documents of the Directive and how he explained the elimination of stricter obligations from the text. He argued that Member States did not intend to soften the obligations concerning the review of restrictions. Instead, the Council removed those because the prohibition on unjustified restrictions already appeared in Article 4 (1), which remained unchanged (Advocate General's Opinion, C-533/13, par. 46-47). I disagree with this narrative as the long-drawn legislative process rather shows Member States' deliberate escape from unwanted obligations.

in order to render them compliant. In the Court's reading Article 4 (1) limits the scope of the legislative framework open to the Member States in relation to prohibitions or restrictions on the use of agency workers and not as requiring any specific legislation to be adopted in that regard. Consequently, the provision does not impose an obligation on national courts not to apply any rule of national law containing prohibitions or restrictions on the use of agency work which are not justified on grounds of general interest⁴⁴.

5. *Aftermath of the decision*

Even though the Court pointed out that Member States are obliged to modify or delete unjustified restrictions, the proper harmonisation can be questioned only by the Commission through an infringement procedure. National courts will still apply limits which are incompatible with EU law. As pointed out earlier, given the unclear meaning of "general interest", I find quite improbable – albeit important, as I argue below – that the Commission would use its limited resources to bring Member States to Court to find out whether assignments limited to six months or a ban on agency work in the building industry could be underpinned by the general interest or these are unjustified restrictions. Nevertheless, now the agency work sector can only limitedly rely on EU law to achieve further liberalisation of their business on national level.

Moreover, it is again only in infringement procedures where the Court could touch upon the merit of a case concerning Article 4. That is to establish if a restriction is necessary for the proper function of agency work or not. The present case raised the core question on agency work's role: to what end could it be used as a flexible work arrangement to cope with unexpected need of workforce or other extraordinary situations and when it is used solely to escape the obligations stemming from the traditional, open-ended employment relationship. Neither the Court could assess this question nor will the Finnish court⁴⁵. Nonetheless, I find it very important for the Com-

⁴⁴ C-533/13, par. 28-32.

⁴⁵ Nonetheless, the Advocate General in his opinion made some very important points on this question which I highly agree with. The opinion emphasised that agency work is not regarded as a substitute for stable forms of work and such relationships are maintained "temporarily" thus it is not appropriate in all circumstances where staffing needs are permanent.

mission to refer cases to the Court concerning the proper harmonisation of Article 4 to reach decisions which would highlight agency work's proper function as understood in EU law.

However, in my opinion there is nothing in the AKT-case for which the Court could be incriminated. One cannot blame jurisdiction for the faults of legislation. It is enough to think back the alternative – neglected – proposals for Article 4 which could have given more strength to the obligation to eliminate unjustified restrictions on the use of agency work. The softly worded text of the Directive simply did not able the Court to rule otherwise. However, the Advocate General's concerns on the efficiency of the Directive 2008/104/EC are still there to make one wonder. Now it seems that the whole review process has lost "its essence". Especially, the Directive's dual aim to ensure the protection of agency workers and to establish a suitable framework for the use of agency work might lead to a similarly weak interpretation of the provisions on equal treatment. Article 5 of the Directive contains alike vague concepts and terms as the provision on the review of restrictions. One might be concerned that if the Court wants to keep balance between the two pillars of the Directive, it cannot give more teeth to the principle of equal treatment than it did in the present case to Article 4. The Directive does not call for equality of agency workers as a principle, but instead such equality is rather limited. First, it applies only to basic employment and working conditions, second, a long list of possible derogations is offered to Member States to further limit its scope. Equality though cannot be constrained otherwise it is inequality. Still such limited equality rights might be further weakened by the Court's future interpretation. To mention some examples: what preventions are to be offered against misuse in Member States which apply one or more derogations, what is to be considered an adequate level of protection of workers if a collective agreement deviates from the principle of equality, what is to be understood as permanent employment and pay between assignments to put aside equality from the first day of assignment, etc.

The Commission concluded in its implementation report that Article 4 has served, in the majority of cases, to legitimate the status quo, instead of

The Advocate General concluded that the use of agency work must not have a detrimental effect on direct employment but must, on the contrary, be able to lead to more secure forms of employment (Advocate General's Opinion C-533/13, par. 110, 112, 120).

giving an impetus to the rethinking of the role of agency work in modern, flexible labour markets⁴⁶. After the AKT-case it seems even less likely that the Directive 2008/104/EC would lead to any more significant effects in this field.

Key words

Agency work, review, restrictions, prohibitions, obligations.

⁴⁶ Implementation Report, p. 19.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sesta sezione) – 11 dicembre 2014, C-576/13, Pres. Borg Barthet – Est. Biltgen – Avv. Gen. Szpunarm – Commissione Europea c. Regno di Spagna

Libertà di stabilimento – Restrizioni – Normativa nazionale che impone alle imprese di movimentazione di merci che operano nei porti d'interesse generale di registrarsi presso una società per azioni che gestisce gli scaricatori portuali, e che stabilisce restrizioni relative all'assunzione del loro personale – Inammissibilità – Giustificazione – Tutela dei lavoratori – Garanzia di sicurezza nelle acque portuali – Insussistenza (Art. 49 TFUE).

Obbligando le imprese di altri Stati membri che intendono esercitare l'attività di movimentazione di merci nei porti spagnoli d'interesse generale, da un lato, a registrarsi presso la società per azioni che gestisce gli scaricatori portuali («Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios») nonché, se del caso, a partecipare al suo capitale e, dall'altro, ad assumere con priorità lavoratori messi a disposizione da tale società, una minima parte dei quali è impiegata in modo permanente, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'articolo 49 TFUE.

★ ★ ★

María Isabel Ribes Moreno

La movimentazione delle merci nei porti in Spagna e il diritto dell'Unione Europea*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il regime spagnolo di movimentazione delle merci nei porti. 3. La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dell'11 settembre 2014, causa C-576/13. 4. Il sistema di movimentazione spagnolo è contrario alle norme internazionali ed europee? 5. Una riflessione finale.

1. Introduzione

L'applicazione dei principi di Diritto dell'Unione Europea (di seguito, UE) ai trasporti marittimi, nell'ottica di garantire l'esercizio della libera concorrenza applicata in questo settore in territorio europeo, ha preso piede a seguito della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 4 aprile 1974¹. Per essere più precisi, si affermò che anche l'attività di carico e scarico delle merci dalle navi all'interno dei porti deve essere assoggettata alle norme europee². A tal proposito, anche se in ambito comunitario ci sono stati diversi tentativi di regolamentare quest'attività in modo uniforme mediante una direttiva³, tali azioni non hanno ottenuto un risultato positivo. Attualmente, l'unica norma internazionale di regolamentazione del lavoro degli scaricatori di porto è prevista nella Convezione della Organizzazione Internazionale del Lavoro (di seguito, OIL) C 137 del 1973.

In Spagna la normativa in vigore sull'attività di movimentazione delle merci nei porti è sancita nel Real Decreto Legislativo 5 settembre 2011 n. 2, con il quale si approva il testo consolidato della Legge sui porti nazionali e

* Traduzione a cura di ALESSANDRO DI CASOLA e di ALEJANDRO MIGUEL CEIJAS CABRERA.

Ricerca svolta nell'ambito del progetto di ricerca finanziato dal Ministero dell'Economia spagnolo dal titolo "*Problemas actuales y perspectivas de futuro del desplazamiento de trabajadores transnacional: el caso de los trabajadores del transporte*" (Ref. DER2013-43423-R), in cui il ricercatore principale è la dott.ssa Fotinopoulou Basurko.

¹ In cui si faceva presente che le disposizioni del trattato vengono applicate anche al trasporto marittimo, v. sent. C. Giust. del 4 aprile 1974, causa C-167/73, Commissione *vs.* Francia, punti da 17 a 33.

² Cfr. sent. C. Giust. del 10 dicembre 1991, sull'adeguamento agli standard europei delle operazioni portuali nel porto di Genova.

³ Ci sono già state due proposte, poi naufragate, della Commissione Europea per l'elaborazione di una direttiva europea sui servizi portuali, negli anni 2001 e 2004.

la marina mercantile⁴ (di seguito LPNMM). Ciononostante, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dell'11 dicembre 2014, nella causa C-576/13 (Commissione Europea vs. Regno di Spagna), ha riportato all'attualità la questione dell'adattamento della legislazione spagnola sulla movimentazione delle merci ai dettami del diritto dell'UE. In questo lavoro si espone sinteticamente il quadro giuridico esistente, al fine individuare le ragioni per cui, secondo la Corte, tali norme violano il diritto dell'UE.

2. *Il regime spagnolo di movimentazione delle merci nei porti*

Per effettuare una valutazione corretta del contenuto della sentenza della CGUE, è necessario esporre, a grandi linee, il regime giuridico carico e scarico della movimentazione delle merci nel diritto spagnolo.

La movimentazione, vale a dire i servizi di carico e scarico delle merci, il trasbordo o il trasferimento tra navi, ovvero tra navi e la terraferma, è un'attività regolata dalla LPNMN ed è parte integrante dei servizi portuali⁵. Quest'attività è svolta da imprese che, per poter operare legalmente nei porti spagnoli d'interesse generale, devono essere opportunamente autorizzate conformemente a quanto previsto nella suddetta LPNMN⁶. Tale legge, in linea con la normativa precedente, definisce le attività che costituiscono il servizio portuale di movimentazione delle merci e quelle che invece non vi rientrano⁷.

⁴ BOE n° 253 del 20 ottobre 2011, che abroga la l. 26 novembre 2003 n. 48 (BOE n° 284 del 27 novembre 2003), relativa al regime economico e di prestazioni dei servizi dei porti d'interesse generale, modificata a sua volta dalla l. 5 agosto 2010 n. 33 (BOE n° 191 del 7 agosto 2010).

⁵ V. art. 108 LPNMN.

⁶ I porti di interesse generale sono contemplati nell'allegato I della LPNMN, in cui la stessa legge stabilisce i motivi specifici che giustificano tale qualificazione, come ad esempio le attività marittime internazionali, il fatto che la relativa area d'influenza commerciale incida su più di una Comunità Autonoma, oppure che l'importanza strategica, il volume e le caratteristiche delle attività, o le condizioni tecniche o geografiche costituiscano elementi essenziali per la sicurezza del traffico marittimo, v. art. 4 LPNMN.

⁷ La specifica delle attività incluse tra le operazioni di movimentazione, di quelle che sono esentate da suddetta qualificazione e le merci che non vengono considerate oggetto di traffico marittimo, è contenuta nell'articolo 130 LPNMN. V. anche BALLESTER PASTOR, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Tirant lo Blanch, 2014, pp.75-82. Per un confronto con la normativa precedente, v. CABEZA PEREIRO, *La relación laboral especial de estiba portuaria tras las*

L'attività di movimentazione è considerata dalla LPNMN come un servizio pubblico⁸, sebbene venga espletato da privati⁹, nel rispetto del principio di libera concorrenza. Tale prestazione di servizi deve avere copertura universale, svolgersi con continuità e regolarità e, nel suo esercizio, le imprese di movimentazione devono cooperare con l'Autorità Portuale e con l'Amministrazione Marittima, collaborare nella formazione del personale e sottostare al potere dell'Autorità Portuale in materia tariffaria¹⁰. Inoltre, per esercitare legalmente tale attività gli operatori devono ottenere dall'Autorità Portuale stessa una licenza¹¹, rilasciata qualora siano soddisfatte le particolari condizioni previste per i servizi portuali. Quindi, la licenza viene concessa ogni qualvolta l'operatore accetti e/o rispetti tali condizioni tra cui, tra le altre regole, figura l'obbligo di assumere una percentuale minima di lavoratori con rapporto di lavoro ordinario, i quali dovranno svolgere almeno il 25% dell'attività dell'impresa, su base annuale, nell'ambito di tali servizi¹².

Inoltre, la legge prevede inoltre l'esistenza della “*Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios*” (di seguito SAGEP)¹³, ovverosia una società costituita in ogni porto d'interesse generale e che si occupa del reclutamento, della formazione e della fornitura alle imprese operanti nel settore degli scaricatori di porto. Il regime giuridico della SAGEP viene anche regolato dalla LPNMN¹⁴, la quale configura tali società come società private,

modificaciones introducidas por la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, in Actualidad Laboral, 2004, 20, sección estudios, pp. 2429-2441.

⁸ In tal senso la LPNMN stabilisce che i servizi portuali costituiscono servizio pubblico e, quindi, anche la prestazione di movimentazione.

⁹ L'affidamento a operatori privati è stato introdotto dalla l. 5 agosto 2010 n. 33, che ha modificato la previgente *Ley de Puertos*, con il duplice effetto di incrementare la liberalizzazione raccomandata dalla Commissione Nazionale della Concorrenza e correggere eventuali posizioni dominanti. Inoltre, veniva conservata la competenza delle Autorità portuali relativamente alla vigilanza sull'effettivo rispetto della libera concorrenza.

¹⁰ V. art. 110 LPNMN.

¹¹ Viene concessa per un periodo di validità definito dalla legge, art. 114 LPNMN. Nel caso in cui non fosse possibile prestare i servizi in parola, a causa della mancanza di imprese private che concorrano a tal fine, eccezionalmente la stessa Autorità Portuale assume direttamente o indirettamente il servizio. In tal caso il servizio dovrà rispettare i requisiti previsti da l'art. 109 LPNMN.

¹² V. artt. 117 e 150 LPNMN.

¹³ Società per Azioni di Gestione di Lavoratori Portuali.

¹⁴ Articoli 142 e ss. In precedenza alla SAGEP, diversi enti, sebbene a partecipazione pubblica, avevano la responsabilità di queste funzioni: in primo luogo le cosiddette SSCS, società statali di carico e scarico; in secondo luogo, le APIE o Associazioni Portuali d'Interesse Econo-

il cui oggetto sociale è costituito dal mettere a disposizione degli azionisti i lavoratori (assunti da tale società) che gli stessi azionisti richiedano per lo svolgimento delle attività tipiche del servizio di movimentazione di merci: attività che “non possono essere realizzate utilizzando il personale in organico al porto”, in quanto necessitanti di una manodopera speciale¹⁵. Inoltre, a queste società devono occuparsi della formazione continua dei lavoratori allo scopo di assicurare una professionalità adeguata nella prestazione dei servizi di movimentazione di merci.

La norma stabilisce che tutte le imprese di movimentazione autorizzate ad operare in un porto d'interesse generale – ad eccezione di quelle titolari di licenza di “auto-prestazione” o di quelle che forniscono servizi commerciali¹⁶ – devono fare parte dell'azionariato della SAGEP, imponendo una quota di partecipazione per ogni operatore in funzione dei criteri fissati dalla stessa LPNMN¹⁷. Ciò significa che le imprese che intendano prestare il servizio di movimentazione di merci, e che ottengano la relativa licenza, dovranno far parte del capitale della SAGEP per l'intero periodo di validità della stessa. Le SAGEP potranno attuare unicamente l'oggetto sociale legalmente stabilito, e non potranno partecipare ad altre società, dal momento che sia la struttura interna, sia le regole di conclusione dei relativi accordi sono disciplinati dalla legge. La società si autofinanzia con i pagamenti dei servizi da parte degli azionisti e con i proventi che possono venire da altri

mico; in pratica tutte realizzavano la stessa attività oggi affidata alla SAGEP, seppure con un regime giuridico diverso. Sull'evoluzione storica, le attività e la configurazione delle SSCS, v. RODRÍGUEZ RAMOS, *La relación laboral especial de los estibadores portuarios*, Trotta, 1997, sulle APIE v. CABEZA PEREIRO, *op. cit.*, pp. 2430-2440.

¹⁵ Cfr. art. 142.1 LPNMN. Inoltre prevede che la SAGEP “potrà mettere a disposizione degli azionisti lavoratori per lo sviluppo d'attività commerciali soggette ad autorizzazione nella zona di servizio dei porti, a condizione che tali partner siano specificamente autorizzati a realizzarle”, senza che le attività commerciali vengano considerate un servizio portuale di movimentazione.

¹⁶ Questi due tipi di imprese, sebbene non debbano formare parte del capitale sociale della SAGEP, devono contribuire economicamente al sostegno dello stesso operatore e ricorrere necessariamente a personale della SAGEP, art. 143 LPNMN.

¹⁷ Il capitale sociale e la relativa distribuzione si calcola in base all'articolo 143 LPNMN. A tal fine, il 50 per cento del capitale viene distribuito proporzionalmente tra i titolari di licenze di prestazione del servizio di movimentazione di merci e il rimanente 50 per cento, sempre tra gli stessi titolari di licenza, ma in funzione del livello di utilizzo nel tempo dell'organico, calcolato in termini di fatturazione. Tale distribuzione viene periodicamente adeguata. V. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, pp. 100-103.

operatori, non titolari di azioni, ma che chiedono alla SAGEP la fornitura di scaricatori di porto.

Di conseguenza, la SAGEP è controllata, proporzionalmente e senza limitazione di accesso al suo azionariato, dalle imprese operanti in ciascun porto, ad eccezione di quelle imprese che hanno licenza commerciale. Anche se, come abbiamo visto, le SAGEP sono totalmente private, l'Autorità Portuale conserva un certo "controllo" su di esse. Ed infatti, l'Autorità del porto in cui si forniscono i servizi dovrà ricevere dalla SAGEP le informazioni che ritenga necessarie e che richieda, così come siederà all'organo di governo della società, attraverso un rappresentante designato nella qualità di consigliere indipendente¹⁸.

Questo regime giuridico particolare è caratterizzato dall'obbligo di ogni operatore portuale di far parte dell'azionariato della SAGEP e di ricorrere necessariamente per qualsiasi fornitura di personale a lavoratori formati dalla SAGEP e da essa dipendenti¹⁹. La società di gestione, quindi, forma e cede questi lavoratori agli operatori portuali o a coloro che hanno bisogno di questo servizio, mediante un sistema simile a quello delle società di somministrazione, configurandosi una relazione triangolare legalmente autorizzata.

Il diritto spagnolo considera il rapporto di lavoro degli scaricatori di porto, cioè il personale specializzato che presta i servizi di carico e scarico delle merci, come uno dei rapporti di lavoro speciale, in base all'art. 2.1, lett. h) della l. 10 marzo 1980 n. 8, Statuto dei Lavoratori (di seguito, SL). Questa particolare qualificazione implica che l'attività in esame necessita di norme *ad hoc*²⁰, e quindi viene regolata da una legislazione diversa da quella generale prevista dal richiamato SL. Tale normativa è stata modificata in diverse oc-

¹⁸ Art. 144 e 148 LPNMN.

¹⁹ La legge dispone all'articolo 149 che "il rapporto di lavoro dei lavoratori che operano nel servizio portuale di movimentazione di merci può esse costituito sia con le società per azioni di gestione degli scaricatori di porto (SAGEP), mediante rapporto di lavoro speciale ex art. 2.1h) del Real Decreto Legislativo 1/1995, del 24 marzo, che approva il testo unico della Legge sullo Statuto dei Lavoratori, sia direttamente con le imprese titolari di licenze del servizio portuale di movimentazione di merci, mediante rapporto di lavoro ordinario". Il regime giuridico dei rapporti di lavoro, sia ordinario sia speciale, viene descritto rispettivamente negli artt. 150 e 151 della stessa norma.

²⁰ Si tratta di una situazione comune a diversi Stati dell'UE, sebbene ciascuno con proprie peculiarità, v. RODRÍGUEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 44-50; per la situazione attuale nell'UE vedasi VAN HOOYDONK, *Port Labour in the UE*, disponibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/transport/modes-maritime/studies/doc/2013-01-08-ec-port-labour-study-vol1.pdf>, pp. 140-148.

casioni, al fine di adeguarsi al diritto dell'UE. I motivi che giustificano la qualificazione di tale rapporto di lavoro come speciale sono, da un lato, la specificità di tali servizi, che devono adeguarsi all'orario d'arrivo delle navi in un porto, circostanza che in linea generale richiede un regime di lavoro con periodi caratterizzati da una particolare intensità – con necessità di ore di lavoro straordinario e di turni intensivi – ed altri periodi in cui, viceversa, l'attività è praticamente inesistente. Allo stesso tempo, come si è già detto, il funzionamento dei porti costituisce un servizio pubblico che, in quanto tale, esige continuità e assenza di conflittualità sociale, e gli scaricatori di porto svolgono un ruolo importante su tali questioni²¹. Inoltre, per garantire la sicurezza dei servizi, si richiede che questi lavoratori abbiano una qualificazione adeguata.

Attualmente, il rapporto di lavoro degli scaricatori di porto è disciplinato anche dalla sezione II del capitolo VI, titolo VI, della LPNMN, che regola la qualificazione professionale dei lavoratori.

Pertanto, in base al sistema triangolare descritto, la SAGEP è il datore di lavoro degli scaricatori portuali ed intrattiene con gli stessi un rapporto di lavoro speciale per cui, quando è necessario, fornisce agli operatori portuali i lavoratori necessari. Inoltre, si può configurare un altro tipo di rapporto di lavoro, giacché gli operatori di movimentazione autorizzati devono assumere direttamente, come previsto nella licenza, un certo numero di lavoratori provenienti dalla SAGEP²². In tali casi, l'addetto portuale sospende – ma non estingue – il suo rapporto di lavoro speciale con la SAGEP, per entrare a far parte della pianta organica dell'operatore portuale in base ad un contratto di lavoro standard²³. Di conseguenza, il personale che presta i suoi servizi in

²¹ Questo problema ha comportato che venisse adottata la prima regolazione specifica sul punto con il Regolamento di Carico e di Scarico nei Porti, Ordinanza del Ministero del Lavoro del 6 settembre 1939, BOE n° 271 del 28 settembre 1939. Per un'analisi dell'evoluzione normativa in Spagna, v. RODRÍGUEZ RAMOS, *op. cit.*, pp.29-44. In Spagna, sebbene la sindacalizzazione del settore sia arrivata in epoca risalente, non era lo stesso nei paesi vicini. La prima organizzazione statale spagnola di lavoratori portuali fu creata ufficialmente nel 1929, con il nome *Federación Nacional de Entidades Obreras de los Puertos de España*; su questo tema e su altre questioni riguardanti l'evoluzione storica del sindacalismo settoriale in Spagna, v. IBARZ GELABERT, *Historia general de La Coordinadora (1978-1998): la construcción de un espacio sindical portuario*, Edición Coordinadora Estatal de Trabajadores del Mar, 1998, p. 21 ss.

²² Nelle questioni che devono regolarsi nelle licenze del servizio portuale di movimentazione vi è la percentuale minima di lavoratori che gli operatori devono assumere con rapporto di lavoro ordinario.

²³ Si stabiliscono deroghe a questo regime, dato che le imprese in regime di auto-presta-

quest'ambito sarà contrattualmente legato con la SAGEP (con un rapporto di lavoro speciale) o potrà essere assunto dalla società di movimentazione in regime ordinario, in base a quanto previsto della licenza, senza però estinguere il precedente rapporto con la SAGEP, che rimane sospeso.

3. *La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea dell'11 settembre 2014, causa C-576/13*

Com'è noto, la Commissione Europea, dopo un'istruttoria amministrativa, ha aperto un procedimento contro il Regno di Spagna²⁴, ritenendo che il suddetto sistema di movimentazione merci violasse la libertà di stabilimento, prevista dall'art. 49 TFUE, per due motivi. Da un lato, a causa l'obbligo generalizzato per gli operatori della movimentazione di far parte della SAGEP costituita nel porto spagnolo d'interesse generale in cui opera, e/o partecipare finanziariamente al suo capitale sociale. Dall'altro, perché le imprese devono utilizzare in primo luogo i lavoratori forniti dalla SAGEP, in base condizioni che sfuggono al loro diretto controllo. Ciò, secondo la Commissione, rendeva necessario che gli operatori di movimentazione – nazionali o stranieri – modificassero il loro organico e la loro strumentazione contrattuale²⁵.

Il Regno di Spagna nelle sue difese considerava adeguato il regime previsto dalla legge sulla base dell'obiettivo di garantire il buon funzionamento del servizio. A tal fine, in primo luogo, per giustificare che qualsiasi impresa che intendesse svolgere attività di movimentazione nei porti spagnoli di interesse generale doveva far parte dell'azionariato della SAGEP, e quindi contribuire finanziariamente alla stessa, sosteneva la necessità di assicurare l'espletamento e la continuità del servizio. In secondo luogo, sebbene avesse ammesso l'esistenza della suddetta restrizione alla libertà di stabilimento, ha sostenuto che l'obbligo di utilizzare personale della SAGEP aveva come

zione e quelle che esercitano all'interno dei porti altre attività a carattere commerciale, anche se hanno bisogno di avere una autorizzazione per operare, non sono obbligate a far parte dell'azionariato della SAGEP, ma devono rivolgersi ad essa quando devono assumere personale.

²⁴ Inviando lettera di diffida il 25 novembre 2011, in base all'art. 258 TFUE.

²⁵ Per un breve commento della sentenza v. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *El trabajo en la estiba portuaria: la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 11 de diciembre de 2014, asunto C-574/13*, in *Trabajo y Derecho*, 2015, 4, pp. 91-93.

obiettivo la tutela dei lavoratori assicurandone la formazione, il che costituisce una ragione imperativa di interesse generale²⁶.

Di contro, la CGUE nella Sentenza dell'11 dicembre 2014, C-576/13, ha stabilito che questi obiettivi, sebbene siano legittimi, non sono sufficienti sul piano della proporzionalità a giustificare la limitazione alla libertà di stabilimento. Così, la Corte suggerisce alla Spagna altre misure che, a suo giudizio²⁷, consentirebbero di garantire gli obiettivi esposti nel ricorso. A tal fine, propone che gli stessi operatori portuali, potendo assumere liberamente lavoratori a tempo indeterminato o determinato, si rivolgano agli uffici di collocamento per la fornitura della manodopera e per l'organizzazione della formazione di tali lavoratori, o, ancora, che si costituisca una riserva di lavoratori gestita da imprese private, che operino come agenzie di lavoro temporaneo e che mettano i lavoratori a disposizione degli operatori portuali.

Per quanto riguarda le allegazioni del ricorso, vale la pena evidenziare diverse questioni che, a parere di chi scrive, giustificano il regime giuridico in vigore²⁸. Da un lato, la stessa LPNMN prevede che le Autorità Portuali garantiscono la libera concorrenza, dato che ogni impresa – nazionale o straniera – può accedere liberamente all'offerta di attività di movimentazione, quantunque nel rispetto dei requisiti posti dalla normativa. A tal fine, occorre disporre della relativa licenza, sempre che siano soddisfatte le condizioni previste per il rilascio, tra cui la disponibilità di un minimo di mezzi materiali e di risorse umane in possesso della qualifica professionale necessaria a svolgere il servizio. Tali requisiti sono comuni a qualsiasi impresa che intenda stabilirsi in un porto d'interesse generale, senza distinzioni di sorta in base alla nazionalità. Ancora, dall'altro lato, sebbene sia vero che le imprese di movimentazione portuale possono ricorrere solo alla SAGEP per la fornitura di manodopera, potendo rivolgersi altrove esclusivamente in caso di indisponibilità di personale qualificato reclutato tramite quest'ultima, tali modalità creano un sistema rigido in grado di tutelare lavoratori tradizionalmente esposti alle fisiologiche instabilità dell'attività attraverso contratti a tempo indeterminato, stabilendo meccanismi di rotazione. Pertanto, l'ope-

²⁶ Sentenza C. Giust. *Internazionale Transport Workers' Federation c. Finnish Seamen's Union*, C-438/05, n. 77.

²⁷ Confermando nel paragrafo n. 55 della suddetta sentenza i punti evidenziati dalla Commissione.

²⁸ Manifestando un'opinione favorevole al vigente regime della LPNMN, opinione che si condivide, v. BALLESTER PASTOR, *op. cit.*, pp. 27-30.

ratore portuale assumerà una percentuale di personale stabile in ragione delle operazioni e delle giornate lavorate nel corso dell'ultimo anno, con una stima approssimativa delle movimentazioni annuali di ciascuno. Di conseguenza, si ritiene che questa non sia una decisione arbitraria, ma che si giustifichi nell'ottica di garantire il servizio. Un'altra questione messa in discussione dalla sentenza è la necessità che il lavoratore disponga di una qualificazione adeguata, assicurata tramite il sistema già descritto, nel quale le imprese di movimentazione forniscono – agli scaricatori portuali e mediante la SAGEP – la formazione necessaria alle loro esigenze operative. Tale qualificazione professionale viene descritta nella stessa LPNMN e deve essere fornita, come si è già spiegato, dalla SAGEP, per cui una parte dei suoi compensi dovrà essere riservata a questo scopo. In conclusione, la formazione si configura come una questione indispensabile per la professionalità dei lavoratori interessati e per l'effettuazione del servizio ad un livello adeguato di sicurezza.

4. *Il sistema di movimentazione spagnolo è contrario alle norme internazionali ed europee?*

Tenendo in considerazione quanto detto prima sembra ragionevole domandarsi se la LPNMN è contraria alle norme internazionali ed europee riguardanti il lavoro degli scaricatori portuali. La risposta a questa domanda richiede diversi chiarimenti.

In primo luogo, va considerato che la regolamentazione vigente in materia di movimentazione è conforme al contenuto della Convenzione 137 OIL, unica e specifica norma in materia²⁹. Ed infatti, da un lato, promuove l'impiego a tempo indeterminato dei lavoratori da parte della SAGEP; dall'altro lato, perché i lavoratori sono registrati presso la SAGEP e sono impiegati prioritariamente per il lavoro portuale, seguendo le disposizioni della Convenzione³⁰. Infine, perché il numero dei lavoratori è collegato alla domanda di lavoro del porto e ne è garantita, mediante disposizioni adeguate, l'igiene e sicurezza, il benessere e la formazione professionale.

²⁹ V. RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER, *Trabajo portuario y libertad de contratación de trabajadores*, in *RL*, 2002, 1, pp. 3-18, in cui è analizzata la compatibilità tra le proposte di direttiva poi non adottate e gli strumenti normativi dell'OIL, nonché l'adeguatezza della normativa spagnola vigente in quel momento rispetto alla suddetta Convenzione 137 OIL.

³⁰ Cfr. gli artt. 2-6 della Convenzione 137 OIL.

In secondo luogo, per quanto riguarda le disposizioni dell'UE, le restrizioni previste dalla legislazione spagnola non si basano sulle differenze di nazionalità dei lavoratori, né delle imprese di movimentazione. Gli operatori portuali autorizzati sono gli unici che possono svolgere nei porti d'interesse strategico le attività di movimentazione, ma è vero altresì che tutti gli operatori possono accedere al servizio, a condizione che rispettino le disposizioni legali. A tal fine, costoro dovranno avere una partecipazione azionaria della SAGEP ed assumere lavoratori portuali forniti dalla stessa sulla base del fabbisogno, mediante un rapporto di lavoro ordinario, o mediante un rapporto di lavoro speciale. Tali requisiti sono adeguati e non arbitrari, ed inoltre sono identici per tutti gli operatori. A parere di chi scrive, si tratta di limiti ragionevoli che consentono di favorire la stabilità del lavoro, con lavoratori assunti a tempo indeterminato, in un sistema di organizzazione in linea con l'attività, in un'ottica garantista dei diritti dei lavoratori. Queste limitazioni si giustificano altresì per l'intento di assicurare la sicurezza dei porti e la continuità del servizio: motivi, entrambi compatibili con i principi della libera concorrenza³¹.

Pertanto, le limitazioni introdotte dalla LPNMN sono adeguate, proporzionate e non discriminatorie. Si ritiene quindi che le stesse siano finalizzate a raggiungere l'obiettivo proposto di mantenimento del sistema di movimentazione in condizioni ottimali per il servizio e volte, inoltre, a proteggere la condizione dei lavoratori interessati.

5. *Una riflessione finale*

Tenuto conto di quanto precede si deve concludere che, nonostante l'adeguatezza della normativa in vigore alle norme sia internazionali sia europee, la sentenza della Corte di Giustizia relativa al sistema spagnolo di movimentazione comporterà, necessariamente, una revisione dell'attuale regolamentazione. Ciò si preannuncia come un'impresa ardua a causa della forte opposizione dei lavoratori interessati. Pertanto, la riforma del sistema

³¹ Si tratta infatti di una politica di occupazione compatibile con la libera concorrenza; sull'adeguatezza della norma precedente sia al Diritto dell'UE sia alle norme dell'OIL, v. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *La regulación española del trabajo en la estiba portuaria y los Tratados de la Unión Europea*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1999, 24, pp. 304-317. Tale riflessione suscita nuovo interesse alla luce della situazione attuale, nonostante avesse come riferimento la precedente natura pubblica delle imprese di movimentazione merci nei porti.

spagnolo di movimentazione, previsto dalla Legge sui porti nazionali e sulla marina mercantile sulla base di quanto disposto nella sentenza della Corte di Giustizia è considerato, come già detto, una sfida difficile.

La Corte di Giustizia, nella sentenza dell'11 dicembre 2014, ha “suggerito” al Regno di Spagna di mettere in pratica altri meccanismi, diversi da quelli previsti dalla normativa vigente, ritenuti più adeguati a garantire tanto il funzionamento dei porti, quanto la salvaguardia dei diritti dei lavoratori. Sarebbe quindi opportuno che l'UE elaborasse una direttiva sui servizi portuali, in cui si includessero anche disposizioni comuni sull'attività di movimentazione. Una direttiva sui servizi portuali impedirebbe potenziali conflitti tra le norme nazionali e il diritto dell'UE e uniformerebbe la normativa nei paesi UE, benché al momento non sembra ragionevole aspettarsi che ciò avvenga.

Anche se il presente commento è esclusivamente una breve analisi, occorre ricordare che in Spagna la normativa di regolazione del sistema di movimentazione portuale è stato il risultato di un consenso senza precedenti tra le forze politiche e le parti sociali, fatto che difficilmente potrà verificarsi nuovamente. Ci si augura che la riforma della legislazione risulti utile ai fini della sentenza e che, seppure agli operatori portuali dovrà essere garantito un accesso più facile a tale settore di attività, tale operazione non comporti una compromissione dei diritti sociali. È infatti rischioso liberalizzare completamente il settore e consentire che gli operatori organizzino le proprie attività nel modo in cui preferiscono, in quanto, prevedibilmente, si verificheranno punti di frizione tra le libertà economiche e il diritto del lavoro. Di conseguenza, si auspica che tali cambiamenti non abbiano effetti negativi sull'obiettivo di tutela dei diritti dei lavoratori ad esclusivo beneficio della crescita economica. Pertanto, non rimane altro da fare che aspettare la riforma per valutarne gli effetti reali sia sulle imprese di movimentazione portuale, sia sui diritti dei lavoratori del settore.

Key words

Libertà di stabilimento, scaricatori di porto, porti di interesse generale, assunzione di personale.

Freedom of establishment, longshoremen, ports of general interest, staffing.

Madia D'Onghia

La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università

Sommario: **1.** Premessa: oggetto dell'indagine. **2.** La cornice normativa. **3.** Il principio di pari opportunità negli Statuti Universitari. **4.** La rappresentanza di genere nelle Università. **4.1.** Gli organismi a tutela dell'uguaglianza. **4.2.** Le azioni positive realizzate. **5.** Alcune brevi riflessioni conclusive.

I. *Premessa: oggetto dell'indagine*

Il tema della parità di genere nelle pubbliche amministrazioni (con specifico riferimento alle Università) non compare spesso nel dibattito ed è diffusa l'idea che nel settore pubblico, a differenza che nel settore privato, il divario tra donne e uomini sia pienamente colmato. La pubblica amministrazione è generalmente considerata come una sorta di "isola felice", un punto di approdo sicuro e privilegiato per l'occupazione femminile a cui è in grado di garantire una serie di tutele e di *benefit* non facilmente fruibili nel mare del privato. Vari elementi sembrerebbero confortare questa visione. Di sicuro si tratta di uno dei settori lavorativi in cui la presenza femminile risulta più rilevante. Ma quali ruoli ricoprono le donne? Può dirsi, in generale, raggiunta la parità di genere?

Il presente Osservatorio si propone di valutare in concreto quale sia la posizione delle donne nelle Università statali italiane¹, di individuare, attraverso la disamina di una serie di indicatori, le principali criticità in termini

¹ Sono state considerate le 66 università statali, come catalogate dalla CRUI; i dati sono stati raccolti dal sito della CRUI (www.cru.it/) e dai siti di ciascuna università attraverso una *web analysis* che, pur avendo consentito di recuperare una significativa quantità di informazioni, tuttavia non sempre ha permesso di avere i dati completi e aggiornati.

di rappresentanza di genere e di funzionamento degli organismi sulle pari opportunità.

A questo fine è necessario partire da una sintetica ricostruzione del quadro normativo di riferimento, per poi passare ai dati e alle valutazioni conseguenti.

2. *La cornice normativa*

La ricostruzione della cornice normativa sulle pari opportunità nelle Pubbliche amministrazioni e sulla costituzione e il funzionamento degli organismi di parità risulta abbastanza ampia e affidata a strumenti diversi (leggi, circolari e altre fonti), che richiederebbero un'ampia disamina, non possibile in questa sede². Sinteticamente, è necessario, tuttavia, ricordare almeno quelle disposizioni che impongono una serie di adempimenti in capo al datore di lavoro pubblico, talvolta veri e propri obblighi provvisti di sanzione.

Si pensi alla Direttiva emanata dal Dipartimento della funzione pubblica nel 2007 (cd. Pollastrini-Niccolais)³, avente l'obiettivo, fra gli altri, di aumentare la presenza delle donne nelle posizioni dirigenziali e di "promuovere analisi di bilancio che mettano in evidenza quanta parte e quali voci del bilancio di un'amministrazione siano (in modo diretto o indiretto) indirizzate alle donne, quanta parte agli uomini e quanta parte ad entrambi. Questo anche al fine di poter allocare le risorse sui servizi in funzione delle diverse esigenze delle donne e degli uomini nel territorio di riferimento".

Importante anche la previsione, da parte del Codice delle pari opportunità (l. 11 aprile 2006, 198), dell'obbligo per le pubbliche amministrazioni di redigere Piani di Azioni Positive (PAP) triennali al fine di assicurare "la rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la piena realizzazione di pari opportunità di lavoro e nel lavoro tra uomini e donne" (art. 48). In base a questa indicazione, le amministrazioni devono orientare le politiche di ge-

² Si rinvia, *ex pluris*, a SCARPONI, *La disciplina in tema di parità e pari opportunità*, in CARINCI E, D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, II, Giuffrè, 2000, p. 1769 ss. e a DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2001, spec. p. 212 ss.

³ Si tratta della "Direttiva sulle misure per attuare parità e pari opportunità tra uomini e donne nelle amministrazioni pubbliche del 27 maggio 2007", disponibile in www.innovazionepa.gov.it/-media/277333/direttiva-pari-opportunita.pdf.

stione delle risorse umane e l'organizzazione del lavoro – sia a livello centrale che a livello decentrato – secondo linee di azione a favore della parità di genere. Il PAP è, dunque, un documento programmatico che aiuta l'amministrazione ad auto-valutarsi – tramite la lettura dell'organizzazione in prospettiva di genere – e a diffondere la cultura delle pari opportunità grazie alla realizzazione di iniziative specifiche al contesto di riferimento. Il PAP è, infatti, destinato principalmente ai vertici delle amministrazioni e, in particolare, ai responsabili del personale che devono orientare le politiche di gestione delle risorse umane e l'organizzazione del lavoro, secondo le linee di azione fissate. In caso di mancata attuazione del piano, la sanzione prevista è l'impossibilità di assumere nuovo personale, compreso quello appartenente alle categorie protette⁴.

Il legislatore ha anche accompagnato l'adozione delle norme in materia di parità (già a partire dagli anni '90) con la previsione di istituzioni *ad hoc*, sia a livello centrale che a livello di singola amministrazione⁵. In particolare, a livello decentrato, da ultimo, l'art. 21, l. 4 novembre 2010 n. 183 (cd. Collegato al lavoro), novellando l'art. 57 del d.lgs. 165/2001, ha previsto la costituzione (presso le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 2 del d.lgs. 165/2001) del “Comitato Unico di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni” (CUG), che sostituisce, unificandoli, i Comitati per le Pari Opportunità (CPO) e i Comitati Paritetici sul fenomeno del *mobbing*⁶, il tutto espressamente “senza nuovi oneri per la finanza pubblica”. Il CUG deve essere formato da un de-

⁴ Così è stabilito dall'art. 6, co. 6, del d.lgs. 165/2001. Per una puntuale analisi dei PAP e, più in generale, delle azioni positive nel settore pubblico, v. SCARPONI, STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in BARBERA M. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, p. 423, spec. p. 439 ss.

⁵ Sull'evoluzione dei Comitati per le pari opportunità nel corso del processo di contrattualizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, cfr. GOTTARDI, *Pari opportunità*, in CARINCI F. (a cura di), *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, 1997, p. 543 ss. Più in generale, sul ruolo delle istituzioni di parità, si rinvia a GUARRIELLO, *Le istituzioni e di parità*, in CALAFÀ, GOTTARDI (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio. Tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, 2009, p. 313 ss.

⁶ Per una completa disamina della novella si rinvia a CORAZZA, *Misure atte a garantire pari opportunità nelle amministrazioni pubbliche*, in NOGLER, MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, 2012, p. 143 ss. e a ZILLI, *Pari opportunità, discriminazioni e mobbing nella reductio ad unum dei Comitati nelle pubbliche amministrazioni*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsosa, 2011, p. 839 ss.

terminato numero di componenti designati da ciascuna delle organizzazioni sindacali rappresentative e da un pari numero di rappresentanti dell'amministrazione (dirigenti e non), assicurando la presenza paritaria di entrambi i generi. Ha poteri propositivi, consultivi e di verifica ed entro il 30 marzo di ogni anno deve redigere e trasmettere una relazione dettagliata, riferita all'anno precedente, ai vertici politici e amministrativi dell'ente di appartenenza. La mancata costituzione del CUG comporta la responsabilità dei dirigenti incaricati della gestione del personale, da valutare anche al fine del raggiungimento degli obiettivi. Le linee guida per il funzionamento del nuovo Comitato sono state tracciate da una direttiva ministeriale del 2011⁷.

Un breve cenno va fatto anche al nuovo sistema di misurazione e valutazione della *performance* organizzativa dell'amministrazione (introdotto dalla cd. Riforma Brunetta) che deve tenere conto, tra l'altro, anche del "raggiungimento degli obiettivi di promozione delle pari opportunità" (art. 8, lett. h, d.lgs. 150/2009)⁸. Non solo. Come noto, il d.lgs. 150 ha previsto l'istituzione di una Commissione Indipendente per la Valutazione e l'Integrità delle Amministrazioni Pubbliche (oggi Anac) che ha predisposto linee guida per la valutazione della *performance* individuale dei dipendenti, con l'obiettivo futuro di pervenire a meccanismi di valutazione anche in un'ottica di genere, finalizzati alla valorizzazione del lavoro femminile⁹. Nell'ambito di ciascuna amministrazione pubblica è stato istituito anche un Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) avente, tra gli altri, il compito di verificare "i risultati e le buone pratiche di promozione delle pari opportunità"¹⁰. Le tematiche di pari opportunità non sono più, quindi, relegate solo ad un ambito ristretto di mera problematicità e, dunque, di tutela: si introduce il concetto della trasversalità delle stesse tematiche.

⁷ Si tratta delle "Linee guida sulle modalità di funzionamento dei "Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni" (art. 21, legge 4 novembre 2010, n. 183), in Direttiva ministeriale a firma congiunta dei ministri per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione e per le Pari Opportunità del 4 aprile 2011.

⁸ Per un commento si rinvia, a OCCHINO, *La pubblica amministrazione alla prova della valutazione della performance: una sfida con molte incognite*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013, p. 202 ss.

⁹ Ai sensi dell'art. 14, co. 5, lett. e, d.lgs. 150/2009 l'ex Civit "favorisce la cultura delle pari opportunità con relativi criteri e prassi applicative".

¹⁰ Così l'art. 14, lettera h), d.lgs. 150/2009. Su tali organismi di valutazione v. ERBOLI, *I soggetti del processo di misurazione e valutazione della performance*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *op. cit.*, p. 300 ss.

Per quanto riguarda, poi, nello specifico la realtà universitaria, già il risulante Ccnl del personale tecnico amministrativo del 1987¹¹, all'art. 17, contemplava la necessità di definire "specifici interventi che si concretizz[assero] in vere e proprie 'azioni positive' a favore delle lavoratrici". Nello stesso articolo si prevedeva l'istituzione, con la presenza delle organizzazioni sindacali, di CPO. A distanza di qualche anno¹², si ribadiva la necessità, laddove non si fosse provveduto, di insediare tali Comitati entro termini tassativi e di fornire ai medesimi strumenti idonei al loro funzionamento. Inoltre, si introduceva il criterio dell'elettività delle rappresentanze del personale in seno ai Comitati, in sostituzione della nomina rettorale su designazione delle Organizzazioni sindacali. Tali disposizioni sono state riprese nei successivi Ccnl¹³, ancora vigenti.

In questa cornice, si inserisce la l. 30 dicembre 2010, n. 210 (c.d. Riforma Gelmini) in materia di riforma universitaria¹⁴, emanata in concomitanza all'entrata in vigore della legge sui CUG, che ha reso non facile e soprattutto non rapida l'attuazione da parte gli atenei italiani dei rispettivi obblighi di legge (fra cui anche la redazione dei nuovi statuti universitari).

3. *Il principio di pari opportunità negli Statuti Universitari*

A seguito della Riforma Gelmini, la definizione di norme in materia di genere nelle Università è stata delegata, di fatto, alla loro autonomia nelle fonti statutarie e regolamentari, dove il principio delle pari opportunità, unitamente all'impegno a garantire l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, è stato variamente declinato. Tutti gli Atenei lo richiamano nei primi articoli dello Statuto, con più o meno enfasi, all'interno o dei principi generali¹⁵

¹¹ D.P.R. 28 settembre 1987 n. 567.

¹² Prima con il d.P.R. 3 agosto 1990 n. 319 (art. 6), e poi con il Ccnl (art. 10) del Comparto Università per il quadriennio 1994-1997 (parte normativa), siglato il 18 novembre 1996.

¹³ Cfr. art. 14 del Comparto Università per il quadriennio 1998-2001 (parte normativa), del 9 agosto 2000, e per il quadriennio 2006-2009 (parte normativa).

¹⁴ Sulla nuova *governance* sottesa alla Riforma Gelmini, cfr. PICOZZA, POLICE (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Giappichelli, 2013 e BROLLO, DE LUCA TAMAJO, *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, Giuffrè, 2011.

¹⁵ Politecnico di Bari, Università di Bari, Calabria, Camerino, Cassino, Ferrara, Catania, Foggia, Genova, L'Aquila, Macerata, Messina, Perugia, Università del Salento, Università per Stranieri di Siena, Scuola Internazionale Superiore di Studi avanzati di Trieste, Università della Toscana, IMT di Lucca.

o dei principi d'indirizzo o principi ispiratori¹⁶, o tra le finalità istituzionali¹⁷, all'interno della propria *mission*¹⁸ o inserendoli tra le libertà e i diritti fondamentali¹⁹, limitandosi, in taluni casi, a richiamarli nella regolamentazione del Codice Etico²⁰, fra i principi di amministrazione e organizzazione²¹, tra le funzioni del Rettore²² e fra i criteri operativi del Direttore generale²³. Tuttavia, alcune Università dedicano una maggiore attenzione, con disposizioni *ad hoc*, ora rubricate “Pari opportunità”²⁴, ora “Uguaglianza delle opportunità”²⁵. Tre Atenei si impegnano anche ad adottare un linguaggio rispettoso dei generi, cioè, neutro dal punto di vista del genere, in tutte le comunicazioni e i documenti ufficiali²⁶.

Poche sono le Università che fanno anche un esplicito riferimento, tra i principi generali, alla valorizzazione degli studi di genere²⁷ e alla promozione della cultura e dei valori della parità, assicurando l'adeguamento dei programmi formativi²⁸. Taluni Statuti richiamano esplicitamente il principio di pari opportunità di genere anche con riferimento agli studenti²⁹ e al personale tecnico-amministrativo³⁰.

¹⁶ Università della Basilicata, Modena e Reggio Emilia, Padova, Pavia, Roma “La Sapienza”, Politecnica delle Marche, Università per Stranieri di Perugia, Roma “Foro Italico”, Roma Tre, Politecnico di Torino, Urbino “Carlo Bo”, “Ca Foscari” di Venezia, IUAV di Venezia.

¹⁷ Università di Cagliari, Napoli Federico II, Napoli “L’Orientale”, Palermo, Piemonte Orientale, Roma “Tor Vergata”, Teramo, Udine, Verona.

¹⁸ Seconda Università di Napoli, Università di Siena, Trento.

¹⁹ Università di Firenze, Politecnico di Milano, Pisa, Università del Sannio, Trieste.

²⁰ Università dell’Insubria, Molise, Napoli “Parthenope”, Parma, Scuola Normale Superiore di Pisa, Salerno.

²¹ Scuola Superiore Studi Universitari di Sant’Anna.

²² Università Mediterranea di Reggio Calabria.

²³ Università del Sannio e Trieste.

²⁴ Università di Bologna, Brescia, Camerino, Chieti-Pescara, Milano, Piemonte Orientale, Sassari, Torino, Verona.

²⁵ Università di Bergamo.

²⁶ Università di Chieti-Pescara, Siena e Torino.

²⁷ Università della Calabria, Foggia, Roma Tre, Scuola Internazionale Superiore di Studi Avanzati di Trieste.

²⁸ Università di Padova, Urbino “Carlo Bo”.

²⁹ Università di Bologna, Camerino, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, Roma “Tor Vergata”, Università per gli Stranieri di Siena, Udine.

³⁰ Università di Cassino, Firenze, Foggia, Macerata, Palermo, Pavia e Scuola internazionale Superiore di Studi avanzati di Trieste.

Quanto alla costituzione degli organi collegiali e monocratici e, dunque, l'accesso alle cariche, la garanzia della rappresentanza di genere è dichiarata, in via di principio, nella parte generale, in pochi Statuti³¹. In tre Atenei non ci si limita alla dichiarazione di principio, ma si forniscono anche indicazioni procedurali, laddove, ad esempio, si stabilisce che nel caso in cui per le elezioni venga prevista la presentazione di liste, debba figurare almeno un terzo di candidature di uno dei due generi³², pena l'inammissibilità della lista³³, o che nell'attribuzione di cariche elettive, ivi comprese quelle studentesche, in organi e strutture collegiali, ciascun elettore possa esprimere due preferenze a condizione che siano riferite a candidati di sesso diverso, pena l'annullamento della scheda. In questo caso, se si presentano liste, queste ultime indicano i candidati alternandoli per genere ed entrambi i generi devono figurare in misura pari alla metà, pena l'inammissibilità delle liste medesime³⁴.

Con particolare riferimento alla composizione del Consiglio di Amministrazione, tutti gli Statuti riproducono la previsione contenuta nella l. 240/2010 e, cioè, che nella sua composizione debba essere assicurato il principio costituzionale delle pari opportunità nell'accesso agli uffici pubblici (art. 2, co. 1, lett. l), prevedendo, in cinque Atenei, anche la garanzia di una sorta di 'quota' minima di presenza per entrambi i sessi³⁵. Quanto, invece, alla composizione del Senato accademico – su cui non vi è alcuna indicazione normativa – solo dieci Statuti richiamano il principio di pari opportunità³⁶.

Circa gli altri organi statutari, se con riferimento ai CUG, tutti gli Atenei

³¹ Università del Sannio, Perugia, Sassari, Siena, Trieste, Udine, Urbino "Carlo Bo".

³² Università di Modena e Reggio Emilia.

³³ Università di Palermo.

³⁴ Università di Urbino "Carlo Bo".

³⁵ Nello Statuto dell'Università di Bologna si prevede che "tra gli 8 membri nominati dal Senato accademico, devono essere presenti almeno 2 donne e almeno 2 uomini" (art. 7); in quello di Cagliari che il rispetto del principio di pari opportunità deve essere garantito "per una quota pari ad almeno 1/3 dei medesimi componenti" (art. 14); in quello dell'Università di Milano che "la presenza di ciascun genere nell'ambito degli otto componenti [...] non può essere inferiore a tre unità" (art. 27); in quello dell'Università del Piemonte Orientale che "entrambi i generi devono essere rappresentati da almeno due componenti" (art. 13); in quello del Politecnico di Torino che "qualora dopo l'accertamento del soddisfacimento dei requisiti il numero dei candidati [esterni e interni] per ciascun genere risulti inferiore al 30% dei nominativi, viene riaperto il relativo bando per una sola volta" (art. 12).

³⁶ Università di Bologna, Napoli "Parthenope", Padova, Piemonte Orientale, "Mediterranea" di Reggio Calabria, Politecnico di Torino, Siena, Sassari, Trento e Trieste.

riprendono la previsione normativa (art. 57, co. 2, d.lgs. 165/2001) di garantire nella composizione dell'organo la presenza paritaria di entrambi i generi, assolutamente residuale è, invece, la previsione della rappresentanza di genere nella scelta dei componenti del Nucleo di valutazione (organo tecnico istituzionale interno all'Ateneo, *ex art. 2, l. 240/2010*, con funzioni di verifica e valutazione, nonché funzioni propositive e consultive nei confronti degli organi di governo)³⁷ e nella composizione del Collegio di disciplina (organo che si occupa dei procedimenti disciplinari nei confronti dei docenti *ex art. 10, l. 240/2010*)³⁸.

Pochissime sono, poi, le Università che indicano il rispetto della parità di trattamento tra donne e uomini nell'accesso alle cariche accademiche³⁹, prevedendo in un caso che per ciascuna componente debba figurare almeno il 30% di candidature o nomine del genere meno rappresentato⁴⁰.

In un solo Statuto, vi è, poi, il riferimento esplicito a una più efficace conciliazione tra vita professionale e vita familiare per favorire le uguaglianze di trattamento e di opportunità⁴¹.

4. *La rappresentanza di genere nelle Università*

Passando all'analisi dei dati, occorre partire dalla popolazione studentesca, dove le donne, oltre a rappresentare la maggioranza degli immatricolati (56,5%) da tempo oramai, costituiscono oltre la metà dei laureati italiani (nel 1991, per la prima volta in Italia, le immatricolate hanno superato i loro colleghi uomini), attestandosi nel 2014 – come si evince dalla Tab. 1 – quasi al 60% del complesso dei laureati.

³⁷ Solo nello Statuto dell'Università di Bologna.

³⁸ Università dell'Aquila e di Milano.

³⁹ Università di Palermo.

⁴⁰ Università dell'Aquila.

⁴¹ Università di Milano.

Tab. 1 - Popolazione studentesca

	DONNE		UOMINI		
	Totale	%	Totale	%	Totale
ISCRITTI (a.a. 2013-2014)	948.191	56,5	728.765	43,5	1.676.956
LAUREATI (2013)	179.142	59,3	123.089	40,7	302.231
DOTTORATI DI RICERCA (2013)	4994	47,7	5480	52,3	10474
SCUOLE DI SPECIALIZZAZIONE (diplomati 2013)	2308	33,6	4551	66,4	6859
CORSI DI PERFEZIONAMENTO (2013/2014)	8595	27,3	22932	72,7	31527
MASTER 1° LIVELLO (diplomati 2013)	6005	30,4	13740	69,6	19745
MASTER 2° LIVELLO (diplomati 2013)	5020	43,3	6563	56,7	11583

Fonte: Miur - Ufficio Statistica

Da ricerche più dettagliate⁴² si ricava come la presenza femminile arrivi a incidere per oltre il 63% nei corsi magistrali a ciclo unico; le studentesse, di regola, si laureano prima e più di rado sono fuori corso; la percentuale di

⁴² Cfr. il Rapporto di AlmaLaurea, *Profilo dei laureati 2014. Rapporto 2015*, in www.almaLaurea.it/universita/profilo, maggio 2015.

donne che partecipa ai test di ingresso per i corsi di laurea a numero programmato è più elevata, così come è alta la percentuale di studentesse in mobilità Erasmus, in entrata (65,0%) e in uscita (56,9%).

Nonostante la maggiore mobilità e i migliori risultati delle studentesse, si osserva ancora il fenomeno di ‘segregazione orizzontale’, ovvero una forte differenziazione nella composizione per genere dei laureati per ambito disciplinare. che vede le donne maggiormente presenti nei settori umanistici. In particolare, le donne costituiscono la forte maggioranza dei laureati nelle discipline dell’insegnamento (94%): linguistico (85%), psicologico (83,5%) e letterario (71%); di converso, esse sono una minoranza dei laureati nelle cd. scienze dure, in particolare nel settore dell’ingegneria (25%). Un aumento più strutturale e significativo della loro presenza si registra nelle aree di scienze della vita e di medicina in cui si sta verificando un processo di femminilizzazione, pari al 34% nelle discipline delle scienze e al 49% in quelle delle scienze agrarie e veterinarie⁴³. Ciò riflette la permanenza di stereotipi sul genere che si riproducono in tutte le fasi della carriera delle studentesse – ricercatrici – docenti⁴⁴.

Passando al personale tecnico-amministrativo (PTA), esso presenta una discreta numerosità nel panorama delle risorse umane attive nelle Università. Il dato che emerge dalla Tab. 2 vede una maggioranza del PTA appartenente al genere femminile, con riferimento a tutte le categorie considerate (Cat. B, C, D, EP), sia fra il personale a tempo indeterminato, sia fra quello a tempo determinato, come, del resto, in tutte gli altri comparti pubblici. Tale tendenza si inverte guardando la classe dirigenziale, laddove si rileva una maggiore presenza maschile (quasi il 65%), denotando una sostanziale difficoltà delle donne a raggiungere le posizioni apicali.

⁴³ Cfr. il Rapporto di Almalaurea, *op. cit.* Per un’analisi più risalente, v. FRATTINI, ROSSI, Report sulle donne nell’Università italiana, in www.menodizero.eu/saperepotereanalisi/247-report-sulle-donne-delluniversita-italiana.html, 2012.

⁴⁴ Per un’analisi v. anche TOMIO, *Lavoro e carriere femminili negli anni di crisi. Gli Organismi di parità e le sfide per le Università*, in BIANCHERI, TOMIO (a cura di), *Lavoro e carriere nell’Università. Gli organismi di parità e la promozione dell’equità di genere*, ETS Pisa, 2015, p. 11 ss.

Tab. 2 - *Personale tecnico-amministrativo per area funzionale e tipologia di contratto (al 31 dicembre 2014)*

AREA FUNZIONALE	Contratto di lavoro a tempo indeterminato		Contratto di lavoro a tempo determinato		Altre tipologie contrattuali		Totale	%	%
	M	F	M	F	M	F			
Dirigenza amministrativa	144	93	55	17	2	1	312	64,4	35,6
Amministrativa ed amministrativa- gestionale	6312	17026	266	876	54	156	24690	26,8	73,2
Biblioteche	846	2187	16	57	0	5	3111	27,7	72,3
Servizi generali e tecnici	2216	1477	56	53	6	20	3828	59,5	40,5
Socio sanitaria, medico- odontoiatrica e socio sanitaria	1653	2441	0	7	5	1	4107	40,3	59,7
Tecnica, tecnico-scientifica ed elaborazione dati	10022	5553	322	309	58	38	16302	63,8	36,2
Area non individuata	9	10	77	82	259	396	833	41,4	58,6
TOTALE	21202	28787	792	1401	384	617	53183	42	58

Fonte: Miur

Il quadro non muta quando si passa al personale docente rispetto al quale pure si rileva una prevalenza del genere maschile che aumenta significativamente nei ruoli apicali della carriera accademica. Gli ordinari di sesso femminile rappresentano solo il 21,4% del totale del personale docente ordinario, le associate il 35,8%, e le ricercatrici rappresentano il 46,6% (Tab. 3). La figura geometrica che rappresenta la docenza femminile è sempre la piramide, molto schiacciata verso il basso, contro la forma della clessidra (% analoghe nelle tre fasce) che caratterizza, invece, la docenza maschile.

Tab. 3 - *Personale docente*

NUMERO TOTALE dei docenti di ruolo negli Atenei statali per qualifica al 31/12/2014	M	F	Totale	%	
				M	F
QUALIFICA	M	F	Totale	M	F
Ordinario	9879	2685	12564	78,6	21,4
Associato	10752	5984	16736	64,2	35,8
Ricercatore	10720	9328	20048	53,4	46,6

Fonte: Miur - Ufficio Statistica

La difficoltà delle donne docenti universitarie a raggiungere le posizioni di vertice della carriera accademica è noto, in letteratura, come effetto *glass ceiling*, un'espressione che sta a indicare situazioni in cui l'avanzamento di una persona in una qualsiasi organizzazione lavorativa o sociale, viene impedito per discriminazioni, prevalentemente di carattere razziale o sessuale. Nel 2014, l'indice di *glass ceiling*⁴⁵ si attesta al 1,87, un dato migliore rispetto agli

⁴⁵ L'indice misura le possibilità che hanno le donne, rispetto agli uomini, di raggiungere posizioni di vertice, confrontando la percentuale di donne fra gli ordinari con la percentuale di donne fra l'intero personale docente (ordinari, associati e ricercatori). Un indice di *Glass Ceiling*

anni precedenti (nel 2008 si attestava al 1,95), che, se per un verso, registra una lenta progressione verso il valore auspicato, pari a 1, allo stesso tempo rivela la persistenza della criticità.

Il permanere del c.d. “soffitto di cristallo”⁴⁶ (presente in tutte le pubbliche amministrazioni e nelle istituzioni politiche⁴⁷) è strettamente collegato al fenomeno del cd. *leaky pipeline* – il tubo che perde – metafora che si è affermata negli ultimi anni a sottolineare l’esistenza di pratiche discriminatorie (per lo più indirette) lungo tutto il percorso di carriera, proprio per quanto riguarda l’accesso alle posizioni apicali. Il problema è dato dal fatto che, una volta “entrate” nel mondo del lavoro, alle donne si presentano, a ogni livello del percorso di carriera, molteplici fattori di rischio di fuoriuscita dal sistema organizzativo, con una frequenza molto più elevata di quella maschile. In letteratura questo fenomeno è definito anche “effetto *revolving doors*”: porte girevoli che fanno sì che le donne possano entrare nel mercato, per poi fuoriuscirne in diverse fasi. Ciò può avvenire con la nascita di un figlio, per la difficoltà di conciliare vita familiare e lavoro durante il percorso di lavorativo, per la scarsità di riconoscimenti e opportunità di carriera o per dinamiche di esclusione e isolamento che portano le donne, più spesso degli uomini, a disinvestire dal versante lavorativo. E non si tratta di un fenomeno spiegabile neppure solo alla luce di un effettivo *gap* storico che, in ogni caso, va ‘naturalmente’ a esaurirsi: l’asimmetria, infatti, sembra sopravvivere anche al cambio generazionale e alla forte scolarizzazione della componente femminile.

Con riferimento ai singoli Dipartimenti, va segnalata anche la cd. segregazione disciplinare, per cui la maggiore presenza femminile si registra nei settori umanistici, anche se comincia ad esserci una significativa e più strutturale presenza di donne nelle aree di scienza della vita e di medicina.

pari a 1 indica che non vi è differenza fra donne e uomini per quanto riguarda le possibilità di avanzamento di carriera. Un valore inferiore a 1 significa che le donne sono sovra-rappresentate fra gli ordinari e un valore di Indice di *Glass Ceiling* superiore a 1 evidenzia che le donne sono sottorappresentate.

⁴⁶ Il soffitto di cristallo può essere definito come “quel luogo organizzativo invisibile, operante, che mantiene le donne al di sotto dei livelli più alti della gerarchia”, da BOMBELLI, *Soffitto di vetro e dintorni. Il management al femminile*, Etas, 2000. V. anche HYMOWITZ, SCHELLHARDT, *The Glass Ceiling: Why Women Can't Seem to Break the Invisible Barrier that Blocks Them from the Top Jobs*, in *The Wall Street Journal*, 1986, p. 1 ss.

⁴⁷ In proposito cfr. D'AMICO, *Rappresentanza politica e genere*, in BARBERA (a cura di), *op. cit.*, p. 347 ss. e LEONE S., *L'equilibrio di genere negli organi politici*, Franco Angeli, 2013.

La difficoltà delle donne nel raggiungere i livelli stabili e più elevati della carriera accademica, malgrado esse presentino un vantaggio in termini di massa critica nelle fasi iniziali della carriera, si riflette anche sulla retribuzione⁴⁸: il salario medio annuale dei professori ordinari di sesso maschile risulta essere più alto di quello delle donne, probabilmente a causa della minore anzianità di servizio di queste nel ruolo apicale, e della maggiore frequenza con cui i professori ricoprono ruoli che danno luogo a remunerazioni aggiuntive. Uno svantaggio questo che si riflette anche su tutte le prestazioni sociali calcolate sulla retribuzione, quale, in primo luogo, il trattamento pensionistico. La situazione è invertita con riguardo ai ruoli delle associate e delle ricercatrici, in ragione della maggiore anzianità delle donne in tali categorie.

La forbice nel genere del personale docente si rinviene anche quando si analizzano gli organi di governo degli Atenei, che riflette inevitabilmente la composizione delle fasce di docenza, posto che le difficoltà con cui le donne procedono nella loro carriera influisce sulla loro possibilità di accesso ai luoghi di decisione all'interno dell'Università. Un'analisi condotta nel corso del 2014 a livello nazionale⁴⁹ ha permesso di evidenziare che i Dipartimenti sono diretti per circa il 70% da uomini; solo in 6 casi la carica dei Rettori è ricoperta da donne⁵⁰; in Senato accademico la rappresentanza media delle donne è pari al 25% e analoghi valori medi nazionali si registrano quanto a presenza delle donne nei Consigli di Amministrazione (24%). Nella composizione del Nucleo di Valutazione, la presenza femminile si attesta intorno al 17%. La 'probabilità' che una donna acceda a cariche istituzionali è, poi, ancora più bassa nei settori scientifici⁵¹, mentre maggiori possibilità di accesso vi sono nel settore letterario e in quello giuridico. Gli unici organi che fanno eccezione sono – non a caso – i CUG.

⁴⁸ Sulle differenze salariali legate al genere, il cd. *gender pay gap*, v. fra gli altri, NUNIN, *Alcune riflessioni in tema di gender pay gap nel contesto italiano ed euorunitario*, in SCARPONI (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, 2014, p. 251 ss.; VILLA, *Il Gender Pay Gap (GPG). Come si misura, come si interpreta*, in DEL RE, PERINI, *Gender politics in Italia e in Europa. Percorsi di studi di genere per le lauree triennale e magistrali*, University Press, Padova, 2014, p. 203 ss.

⁴⁹ I risultati di tale analisi sono stati presentati a un convegno organizzato a Ferrara, il 17 ottobre 2014, su "Pari rappresentazione degli organi di Ateneo: teoria e prassi a confronto".

⁵⁰ Si tratta dell'Università della Basilicata, di Cagliari, dell'Aquila, di Milano Bicocca, L'"Orientale" di Napoli e l'Università per Stranieri di Siena.

⁵¹ In proposito cfr. ADDIS, *Lavoro e carriere delle donne nella scienza: i fatti e le teorie*, in BIANCHERI, TOMIO (a cura di), *op. cit.*, p. 55 ss. Più di recente, LOPEZ, *Scienza, genere, educazione*, Franco Angeli, 2015.

Facendo, poi, un raffronto fra piccoli, medi e grandi Atenei, è possibile effettuare un'altra valutazione, sempre in merito alla presenza delle donne negli organi di governo, ma anche a livello più generale: la presenza delle donne è maggiore negli Atenei più piccoli e di più recente istituzione. Ciò si spiega con il fatto che in questi ultimi, gli uomini, con una certa frequenza, si fermano soltanto pochi anni, rappresentando, per essi, una tappa intermedia (un modo per rendere più veloce la propria carriera), mentre le donne tendono a rimanervi più a lungo, anche perché, il più delle volte, i piccoli Atenei costituiscono l'unica opportunità che si offre loro.

Un dato interessante emerge osservando gli organismi non statutari ovvero le Commissioni o Gruppi di lavoro, variamente denominati (senza alcuna visibilità esterna e nessun tipo di riconoscimento giuridico e/o economico), costituiti presso i singoli Dipartimenti o a livello di Ateneo: la maggioranza dei componenti è sempre di sesso femminile.

I dati appena illustrati, mostrano, dunque, che, in linea generale, l'attività dei docenti presenta maggiore omogeneità tra i sessi all'inizio della carriera, tende, invece, a diversificarsi con la crescita di livello; inoltre, alcune indagini⁵² – invero, un po' risalenti, ma che trovano un riscontro ancora oggi – hanno anche rilevato come, col progredire nella professione, l'impegno delle donne si concentri soprattutto nella ricerca e sul lavoro interno dell'Università, quello degli uomini, invece, sulle attività di gestione e amministrazione, oltre alle attività di consulenza. Tale tendenza caratterizza soprattutto i docenti delle materie giuridiche, economiche o ingegneristiche, nell'ambito delle quali la libera professione è più diffusa, prestigiosa e remunerativa, tanto da essere competitiva con la stessa professione di docente.

Il quadro non è meno desolante se si guarda al dato complessivo europeo, dalla cui lettura in un'ottica di genere non viene fornita un'immagine incoraggiante. Basta leggere la recente proposta di Risoluzione al Parlamento Europeo (presentata il 20 luglio 2015) “sulla carriera professionale delle donne in ambito scientifico e accademico e sui ‘soffitti di cristallo’ incontrati”⁵³, per averne un chiaro riscontro. Nel documento, fra i vari considerando, si legge: “in ambito universitario la carriera delle donne continua a

⁵² ISTAT, *Donne all'università*, il Mulino, 2001. Si tratta di una pubblicazione, frutto dell'indagine condotta dal “Gruppo di lavoro su culture delle differenze e studi delle donne nell'istituzione universitaria”, costituito dal Miur il 29 luglio 1997.

⁵³ Si può leggerla in www.europarl.europa.eu/.

essere caratterizzata da una marcata segregazione verticale, per cui le donne che ricoprono le cariche accademiche più importanti rappresentano solo una percentuale molto ridotta; secondo i dati di *She Figures 2012*, “le donne costituiscono soltanto il 10% dei rettori universitari”. Si osserva, inoltre, come, nonostante i cambiamenti positivi degli ultimi anni, l’uguaglianza di genere nel mondo scientifico e accademico non sia ancora stata conseguita, con situazioni eterogenee nei vari Stati membri, settori della ricerca e gradi accademici; in particolare, si “mette in risalto la presenza estremamente ridotta delle donne nelle più alte posizioni accademiche e decisionali nelle istituzioni scientifiche e nelle Università, a conferma dell’esistenza di un soffitto di cristallo, ovvero di barriere invisibili fondate su pregiudizi che ostacolano l’ascesa delle donne a posizioni di responsabilità”. Ancora, si “deplora la comprovata presenza della segregazione di genere, di natura sia orizzontale che verticale, nelle gerarchie universitarie e scolastiche in Europa e in altre economie avanzate, e ci si rammarica per il fatto che, se da un lato le donne sono il 59% dei laureati nell’UE-28, dall’altro esse rappresentano soltanto il 18% dei professori universitari ordinari”, oltre al fatto che “le donne continuano a sperimentare una disparità di accesso alle posizioni di ricerca, ai finanziamenti e alle pubblicazioni, incluso un divario retributivo di genere non corretto in ambito scientifico e accademico, e devono altresì far fronte alla rigidità dei criteri in materia di promozioni e riconoscimenti e a una mancanza di finanziamenti o politiche adeguate a loro sostegno”, il che – si legge sempre nella proposta – “rende le prospettive delle giovani scienziate particolarmente fosche”. Tra le principali motivazioni individuate per rendere conto del permanere (e talvolta anche del radicarsi) di queste asimmetrie, nel documento europeo si fa riferimento, in particolare, alla persistenza di forti squilibri nella divisione del lavoro di cura all’interno delle coppie, per cui le donne “sono costrette a farsi carico di maggiori obblighi genitoriali o connessi alla famiglia rispetto alla controparte maschile”, oltre alla “persistenza di pregiudizi e stereotipi”⁵⁴.

⁵⁴ Fra gli stereotipi il documento europeo rileva “che la scarsa presenza di donne nei settori della scienza e della ricerca [abbia] portato a un approccio androcentrico alla R&S, in particolare: a) non esistono manichini femminili per le prove d’urto; b) la ricerca medica viene di solito effettuata su soggetti di sesso maschile; c) i calcoli sulle dosi di radiazioni si basano sul tasso di assorbimento di un maschio di mezza età; e d) nella maggior parte dei libri di anatomia le immagini raffigurano il corpo di un uomo”.

4.1. Gli organismi a tutela dell'uguaglianza

La transizione dai CPO ai CUG inizialmente non è stata vissuta positivamente dalle Università italiane, tant'è che si è cercata in tutti i modi di ostacolarla, sia proponendo il 'doppio binario' della compresenza di un CUG e di una Commissione per le Pari Opportunità, sia tentando di ottenere una deroga all'applicazione della nuova normativa visto che anche le Università, al pari dei Consigli giudiziari⁵⁵, esentati dall'istituzione dei CUG, avevano personale contrattualizzato (tecnico-amministrativo) e personale non contrattualizzato (docente)⁵⁶. Si temeva, in particolare, che gli ulteriori compiti di cui i CUG erano stati gravati (come quelli in tema di *mobbing* e benessere organizzativo) potessero sminuire la funzione primaria degli originari CPO, soprattutto il loro ruolo culturale, dentro e fuori gli Atenei. Né rassicurava quanto previsto al punto 3.1.1 delle Linee guida del 2011: "Le Università, nell'ambito dell'autonomia e delle specificità loro riconosciute, disciplinano nei rispettivi Statuti le modalità di costituzione e di funzionamento dei CUG, ai sensi dell'articolo 57 del d.lgs. 165/2001, come novellato dall'articolo 21 della legge 183/2010". Le Faq⁵⁷ chiarirono anche che l'istituzione dei nuovi organismi era da ritenersi vincolante per il personale contrattualizzato; per la componente non contrattualizzata vi era la possibilità di costituire "un diverso organismo", che operasse accanto al CUG, oppure, soluzione ritenuta

⁵⁵ Si riporta la risposta alla domanda n. 6 delle Faq (elaborate dal gruppo di lavoro interministeriale per la costituzione e sperimentazione dei CUG e consultabili in www.funzionepubblica.gov.it/media/1003756/12faq_cug.pdf): "Restano, pertanto, esclusi dalla sfera di applicazione dell'art. 21 della legge 183/10 i consigli giudiziari e, più in generale, le amministrazioni, in cui opera personale in regime di diritto pubblico, di cui all'art. 3 del d.lgs. 165/2001".

⁵⁶ Già nei mesi precedenti all'entrata in vigore della legge, dopo la pubblicazione delle Linee Guida, i due organismi che riuniscono i Comitati Pari opportunità universitari – la Conferenza nazionale Comitati Pari Opportunità e l'Associazione Nazionale Coordinamento Comitati (UniCpo) – espressero un profondo dissenso, chiedendo ai ministri interessati di prendere in considerazione l'opportunità di escludere dalle norme in questione i Comitati di Pari Opportunità all'interno delle Università, che si presentavano come organismi statutari in genere misti, cioè sia di natura elettiva che di nomina del Rettore, in rappresentanza di tutte le componenti presenti nelle Università (molti Atenei avevano adottato Statuti e Regolamenti che istituivano i CPO come Organi, un modello che appariva difficilmente compatibile con il nuovo modello disegnato dal legislatore per tutte le Pubbliche Amministrazioni). In merito, v. ZILLI, *La querelle sui Comitati Unici di Garanzia negli Atenei*, in BROLLO, DE LUCA TAMAJO, *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, Giuffrè, 2011, p. 287 ss. e TARICONE, BROCCOLI (a cura di), *Le politiche di pari opportunità nelle Università. Modelli per le nuove generazioni*, Caramanica Editore, 2012.

⁵⁷ Cfr., *supra* nota 55.

preferibile dal gruppo interministeriale, la creazione di un CUG unico, nel quale fossero rappresentate entrambe le componenti. Per quanto riguarda la rappresentanza studentesca era prevista la possibilità di estendere la partecipazione al CUG unico anche ad essa, limitandone tuttavia la possibilità di intervento, al fine di non alterare la composizione paritetica dell'organismo.

Fuorviante era l'affermazione – presente in un comunicato del Dipartimento pari opportunità – che i CUG avrebbero rappresentato “un interlocutore unico, più efficace e completo” al quale i lavoratori avrebbero potuto rivolgersi in caso di discriminazioni e per “porvi rimedio”⁵⁸. Era fuorviante perché suggeriva l'idea – del tutto errata – che il CUG avesse un ruolo attivo nel concreto contrasto ai comportamenti discriminatori e nella tutela ai dipendenti che avessero lamentato di essere vittime di *mobbing*, quando al CUG spettano – come si è già detto – funzioni preventive, formative e di sensibilizzazione.

In ogni caso, nonostante le diffidenze iniziali, ormai a 5 anni dalla sua introduzione⁵⁹, quasi tutti gli Atenei hanno provveduto alla sua costituzione (dotandosi del relativo regolamento di funzionamento, dalla cui analisi emerge un quadro abbastanza variegato circa la composizione, la modalità di scelta dei componenti e del Presidente) optando – salvo un caso⁶⁰ – per la scelta del CUG unico (riferito sia al personale tecnico amministrativo sia al personale docente). All'appello mancano solo 9 Atenei (di cui due hanno avviato le procedure di costituzione⁶¹) e in alcuni di questi il rettore ha nominato la Delegata alle Pari opportunità⁶², peraltro presente in molti degli Atenei in cui opera il CUG⁶³.

⁵⁸ In www.pariopportunita.gov.it/index.php/archivio-dossier/2010-carfagna-qstrumento-unico-contro-lediscriminazioni-al-lavoroq.

⁵⁹ In realtà, i CUG universitari – tenuto conto che dopo l'adozione della l. 183/2010, è stata approvata la “riforma Gelmini”, secondo cui, entro il termine del 29 luglio 2011, le Università dovevano elaborare i nuovi Statuti, anche con la previsione della costituzione e del funzionamento dei nuovi comitati – avrebbero dovuto essere costituiti dalle Amministrazioni universitarie non entro il termine perentorio di 120 giorni dalla data di entrata in vigore della legge istitutiva dei CUG, ma solo dopo l'adozione dei nuovi statuti da parte degli atenei. In molti casi e per ragioni diverse, questo termine è stato ulteriormente dilazionato. Nella maggior parte degli Atenei il CUG è stato costituito nel biennio 2013-2014.

⁶⁰ Università di Roma “La Sapienza”.

⁶¹ Si tratta delle seguenti Università: Catanzaro, Seconda Università di Napoli, Mediterranea di Reggio Calabria, Roma Foro Italico, Teramo, IMT Lucca e IUSS Pavia. È in corso di costituzione presso l'Università di Bari e di Siena.

⁶² Seconda Università di Napoli, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, Roma Foro Italico e Teramo.

⁶³ La delegata alle pari opportunità è presente in 22 delle 66 Università esaminate: Ber-

Alcune Università hanno comunque scelto di mantenere in vita il Comitato pari opportunità⁶⁴, talora con qualche variante nella denominazione (Consiglio di parità⁶⁵ o Commissione⁶⁶ o Commissione per la parità di genere⁶⁷), nella convinzione che la compresenza dei due organismi possa permettere una maggiore rappresentanza di tutte le componenti presenti in Ateneo.

In realtà, il ruolo dei CUG, oggi, risulta rafforzato rispetto a quello dei CPO: se è vero, infatti, che vi è un aggravio di lavoro, al contempo, le nuove responsabilità ad esso affidate per implementare nell'Amministrazione universitaria nuovi modelli organizzativi, lo dovrebbero porre al centro delle attività destinate a migliorare la *performance* degli Atenei, posto che le politiche di pari opportunità configurano – ai sensi della “riforma Brunetta” – “un significativo elemento d'innovazione” – si legge nelle Linee Guida del 2011 – e “una leva importante per il miglioramento dell'efficienza organizzativa e della qualità dei servizi resi”.

Costituisce, poi, un aspetto positivo, oltre alla previsione della pariteticità di genere (invero, non sempre rispettata, nella composizione dei CUG, dove, spesso, prevale la netta maggioranza femminile), l'auspicata collaborazione con altri organi dell'Ateneo che dovrebbe assicurare al CUG una centralità del tutto nuova. Si pensi, in particolare, ai rapporti con il Nucleo di valutazione e soprattutto con il responsabile del personale che, ad esempio, nella compilazione del *format* per il monitoraggio previsto dalla citata Direttiva del 2007 si dovrà “avvalere del CUG” (così si legge nelle Linee guida del 2011) e con il Presidente del CUG dovrà firmare la relazione annuale. Inoltre, la relazione sulla situazione del personale che il CUG deve presentare il 30 marzo di ogni anno, dovrebbe metterlo nelle condizioni di valutare di anno in anno l'efficacia di certe iniziative poste in essere dall'Ateneo e da esso stesso.

Invero, sul piano del reale assetto delle relazioni tra il CUG e le altre strutture dell'Ateneo, si registrano non poche criticità, mancando un vero e

gioco, Macerata, Ferrara, Roma “La Sapienza”, Foggia, Roma Tre, Macerata, Università del Salento, Padova, Salerno, Sannio, Politecnico di Torino, Camerino. In alcune Università, la Delegata coincide con la carica di Presidente CUG: Cassino, Palermo, Trento, Udine, Modena e Reggio Emilia, Siena e Trieste.

⁶⁴ Università di Padova e Genova; in quest'ultima, la presenza di entrambi gli organismi è prevista anche a livello statutario (art. 28 per il CPO e l'art. 28 *bis* per il CUG).

⁶⁵ Università di Ferrara.

⁶⁶ Università di Padova.

⁶⁷ Università di Camerino.

stretto coordinamento⁶⁸. Nelle *Linee guida* ministeriali si legge che l'Amministrazione è "invitata a consultare preventivamente il CUG ogni qualvolta saranno adottati atti interni nelle materie di competenza (per esempio, flessibilità e orario di lavoro, part-time, congedi, formazione, progressione di carriera ecc.)", aggiungendo poi l'auspicio che, sentito il CUG, le modalità di consultazione del Comitato siano predeterminate dai vertici dell'Amministrazione con atti interni. Seppure questa procedura sia stata normativizzata in quasi tutti i regolamenti di funzionamento del CUG, mancano riscontri nella prassi, a cui si aggiungono le difficoltà anche operative, legate al problema delle risorse economiche che, a fronte delle nuove funzioni assegnate, sono rimaste invariate. Il tutto con il rischio di ridurre i CUG a un mero adempimento formale, ovvero una mera 'burocrazia' di genere, senza riuscire ad andare molto al di là di una precaria opera di diffusione 'culturale' e di una costante rimodulazione di obiettivi e *desiderata*.

Vanno, poi, ricordati, oltre ai CUG, altri organismi istituiti in alcuni Atenei che, in diversa misura, si occupano pure di questioni di genere, fra cui la Commissione etica⁶⁹ e la Consigliera di Fiducia, presente in 18 Università⁷⁰. Su quest'ultima figura che continua ad avere molte difficoltà nell'essere riconosciuta all'interno delle istituzioni universitarie, si ricorda che trattasi di una professionista, esterna all'Ateneo, selezionata mediante avviso pubblico, alla quale si possono rivolgere le lavoratrici dell'Università che ritengano di essere vittime di *mobbing*, fenomeni di sopruso, discriminazioni arbitrarie, condotte prevaricanti, molestie sessuali o morali o di emarginazione sui luoghi di lavoro⁷¹.

4.2. Le azioni positive realizzate

Passando a monitorare le azioni positive realizzate nei singoli Atenei, va detto che sul piano formale, il grado di ottemperanza all'obbligo di redazione dei PAP non è molto elevato. Ad oggi, solo circa il 30% delle Università esa-

⁶⁸ Tali criticità sono emerse nel Corso di formazione su "Il ruolo dei CUG nelle Università italiane e nelle pubbliche amministrazioni", svoltosi a Messina, il 29 e 30 ottobre 2015.

⁶⁹ Università di Ferrara.

⁷⁰ Bologna, Ferrara, Politecnico di Milano, Padova, Parma, Pavia, Torino, Parma, Pavia, Piemonte Orientale, Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento Sant'Anna di Pisa, Roma "La Sapienza", Roma Tre, Università per gli Stranieri di Siena, Torino, Politecnico di Torino, Udine e Venezia Ca' Foscari.

⁷¹ A riguardo si rinvia ai contenuti del volume di DAVID, SPUNTARELLI, *Codici etici, di condotta e consiglieri di fiducia nelle Università italiane*, Eras Edizioni, 2009.

minate ha redatto un piano. Sul fronte, poi, dell'effettiva realizzazione dei piani stessi, la situazione si presenta ancora più complessa. Occorre ricordare, preliminarmente, che, per il controllo dell'attuazione degli indirizzi strategici indicati nei PAP, la già citata direttiva del 2007 prevede esclusivamente l'obbligo di predisporre una relazione di sintesi sulle azioni effettuate nell'anno precedente e quelle previste per l'anno successivo, fermo restando altre indicazioni fornite direttamente dai PAP. Solo alcuni Atenei si sono preoccupati di curare il controllo *ex post*, peraltro attraverso interventi del tutto eterogenei, lasciati alla diversa sensibilità e al diverso grado di sviluppo dell'amministrazione ai temi della politica di genere.

Il ricorso al cd. Bilancio di genere, ad esempio, non è stato particolarmente significativo⁷², nonostante, sul piano formale, la sua redazione sia sempre inserita nei PAP, considerata la sua funzione, per così dire, strategica, quale strumento di monitoraggio di tutte le politiche e le azioni dell'Ateneo. Esso serve a fotografare la diversa composizione di genere dei gruppi che operano all'interno dell'Università (popolazione studentesca, personale tecnico amministrativo e personale docente), la partecipazione di donne e uomini nei diversi organi di gestione, gli organi attivi per promuovere l'uguaglianza e le pari opportunità, il PAP adottato e le altre iniziative realizzate. Serve, in definitiva, a valutare l'impatto sugli uomini e sulle donne delle politiche attuate, il c.d. *gender mainstreaming*⁷³. Peraltro, è bene ricordare che nelle citate Linee guida del 2011, il Bilancio di genere è chiamato in causa laddove sono indicati i compiti "propositivi" del Comitato ed è, quindi, plausibile che nel contesto universitario italiano la diffusione di strategie di *gender mainstreaming* e della redazione del Bilancio di genere possa subire, nel prossimo futuro, una rapida accelerazione grazie proprio all'impegno dei CUG universitari e alla sua valenza nella relazione sulle *performance*⁷⁴.

⁷² Dalla *web analysis*, si ha notizia solo dell'Università di Ferrara che, peraltro, è già alla sua quarta edizione, e dell'Università di Napoli Federico II. Sono in corso di pubblicazione, in un volume collettaneo (PULEJO, BARRESI, MARISCA, COPPOLINO, *I processi di programmazione e di rendicontazione di genere delle università italiane*), i risultati di una ricerca promossa da un Gruppo di Studio per il Bilancio Sociale (GBS), sull'adozione del Bilanci di genere nelle Università.

⁷³ Per un approfondimento sulla funzione del Bilancio di genere, cfr. PULEJO, *Cos'è e come si redige un bilancio di genere?*, in COCCHIARA (a cura di), *Donne, politica e istituzioni. Percorsi esperienze e idee*, Aracne, 2009.

⁷⁴ L'art. 10, d.lgs. 150/2010, dispone che "Al fine di assicurare la qualità, comprensibilità ed attendibilità dei documenti di rappresentazione della performance, le amministrazioni pubbliche [...] redigono annualmente: [...] b) un documento, da adottare entro il 30 giugno, denominato

L'osservazione dei dati ha anche rilevato molte azioni di tipo culturale e formative, anche perché gli organismi di parità universitari, collocandosi all'interno di enti chiamati a svolgere un'essenziale funzione in ambito scientifico e didattico, assumono, più che in altri comparti pubblici, un insostituibile ruolo culturale, attraverso la promozione di attività di formazione e sensibilizzazione ai principi di pari opportunità. Quasi tutti gli Atenei si sono fatti carico di un ruolo decisivo di disseminazione della cultura della parità, non solo all'interno della realtà accademica, ma anche nei rapporti con le realtà territoriali, stimolando anche la crescita di forme di collaborazione tra Comitati, non solo universitari, ma anche in ambito locale. Fra i molti corsi, va ricordato quello su "Donne, politica, istituzioni", diretto a favorire l'accesso delle donne alla vita attiva e, in particolare, alle assemblee politiche ed alle cariche elettive, organizzato in molte Università e su più edizioni⁷⁵. Merita di essere segnalata anche la "Banca dati dei Talenti Femminili"⁷⁶, una piattaforma di incontro fra imprese e donne di talento, per agevolare il loro inserimento nelle posizioni di vertice di società controllate da pubbliche amministrazioni ed enti pubblici (in attuazione della l. 120/2011, che obbliga le società quotate e quelle a controllo pubblico a prevedere un equilibrio tra i generi all'interno dei consigli di amministrazione e dei collegi sindacali⁷⁷).

Vi sono, poi, le azioni a sostegno della diffusione degli Studi di genere, anche attraverso la creazione di appositi Osservatori⁷⁸ o Centri di documentazione sulla Cultura di genere e le pari opportunità⁷⁹. Alcune Università hanno promosso anche l'apertura di Centri di Ascolto, denominati ora Spor-

«Relazione sulla performance» che evidenzia, a consuntivo, con riferimento all'anno precedente, i risultati organizzativi e individuali raggiunti rispetto ai singoli obiettivi programmati ed alle risorse, con rilevazione degli eventuali scostamenti, e il *bilancio di genere* realizzato».

⁷⁵ Fra le altre, Università di Udine, Foggia, Bari, Messina, Macerata, Ferrara, Teramo, Trieste. Per un approfondimento, cfr. SERAFIN, BROLLO (a cura di), *Donne, politica e istituzioni: il tempo delle donne*, Forum, Udine, 2013.

⁷⁶ Si tratta della banca dati Pro-Rete PA, frutto dell'Accordo tra il Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Università di Udine nell'ambito del Progetto Operativo di Assistenza Tecnica (POAT-FESR), per la realizzazione di un percorso di accompagnamento specialistico alle Regioni dell'Obiettivo Convergenza. V. <http://talentifemminili.uniud.it/>.

⁷⁷ In proposito cfr. D'AMICO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, Franco Angeli, 2013.

⁷⁸ Università di Ferrara e Salerno.

⁷⁹ Università di Salerno.

tello Antidiscriminazioni⁸⁰ o per le pari opportunità⁸¹, ora Sportello di Accoglienza e Ascolto⁸², ora Sportello di Sostegno alla genitorialità⁸³, ora Servizio di *counseling*⁸⁴.

Nella logica di favorire la conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di cura, in alcuni Atenei sono stati predisposti servizi a tutela della genitorialità (anche avvalendosi di convenzioni con strutture pubbliche e private), quali Asili nido⁸⁵, Spazio gioco⁸⁶, Servizi di *Baby sitting* e *Baby transfer*⁸⁷ e Centri Estivi⁸⁸ (purtroppo, il tutto solo in via sperimentale e transitoria, non potendo contare sempre su risorse economiche certe). Alla medesima logica, rispondono anche le azioni a sostegno e sviluppo di progetti di telelavoro (sempre in forma di sperimentazione), che alcune Università hanno adottato per consentire al dipendente (invero sempre di sesso femminile) di svolgere parte della sua attività lavorativa presso il proprio domicilio, senza che si arrechino disagi alla funzionalità e alla qualità del servizio, e, nel contempo, si consente al lavoratore, senza riduzione di retribuzione, di organizzare al meglio i propri impegni familiari e professionali⁸⁹.

Di particolare pregio anche i progetti di promozione del linguaggio di genere, sia attraverso specifici percorsi formativi⁹⁰, sia invitando l'amministrazione universitaria (attraverso una "Raccomandazione sul linguaggio di genere") ad adottare un linguaggio neutro nella modulistica e nei regolamenti di Ateneo⁹¹, nella convinzione, di chi scrive, che la presa di coscienza del ruolo della lingua nella definizione dei modelli e, quindi, nella creazione

⁸⁰ Università di Ferrara.

⁸¹ Università della Calabria.

⁸² Università di Modena e Reggio Emilia, Politecnica delle Marche, Roma "Tor Vergata", Salerno.

⁸³ Università di Napoli "Parthenope".

⁸⁴ Università di Udine.

⁸⁵ Università di Brescia, Ferrara, Palermo, Parma, Scuola Normale Superiore di Pisa, Scuola internazionale Superiore di Studi avanzati di Trieste, Università IUAV di Venezia.

⁸⁶ Università di Parma, dove è stata stipulata una convenzione con un *Baby parking* e Università di Foggia.

⁸⁷ Università di Pisa che ha stipulato una convenzione con una cooperativa sociale.

⁸⁸ Università di Torino.

⁸⁹ Università di Pavia, Torino, Scuola internazionale Superiore di Studi avanzati di Trieste, Università del Salento.

⁹⁰ Università di Udine e Ferrara.

⁹¹ Università di Foggia.

di identità, sia fondamentale per una piena realizzazione di identità di genere paritaria⁹².

Infine, merita, di essere segnalata l'adozione, nel maggio 2014, di una delibera del Senato Accademico e del Consiglio di Amministrazione dell'Università di Ferrara⁹³, secondo cui tutti i regolamenti di Ateneo devono essere integrati di un articolo nel quale sia citato un esplicito impegno a garantire una presenza equilibrata dei generi nella costituzione degli Organi Accademici, con un richiamo esplicito alla norma statutaria.

5. *Alcune brevi riflessioni conclusive*

Procedere a qualche conclusione su questi temi non è operazione facile; certo l'analisi dei dati permette di asserire che i provvedimenti legislativi e le norme statutarie, per quanto ispirati a un nobile e sacrosanto principio antidiscriminatorio, da soli non bastano per superare le difficoltà persistenti delle donne, soprattutto nel raggiungere le posizioni di vertice della carriera accademica, analogamente a quanto avviene per il personale tecnico-amministrativo. È, dunque, necessario che intervengano fattori culturali e strutturali, con nuovi modelli organizzativi che portino a 'ripensare in termini di genere' tutta l'attività da svolgere.

Certamente è prioritario soddisfare quei bisogni sociali che riguardano la famiglia e i servizi alla persona e le condizioni di lavoro, con l'avvertenza di superare il cd. "subtesto di genere"⁹⁴ – che connota la maggior parte delle politiche di conciliazione – e, cioè, il presupposto implicito che la conciliazione sia una questione femminile. Spesso, infatti, tali politiche sono rivolte in misura prevalente, se non esclusiva, alle donne, e perseguendo il fine di aiutarle, in realtà generano il paradossale effetto di rinforzare la tradizionale divisione dei ruoli, sancendo la necessità che siano

⁹² In proposito si rinvia a IORIATTI FERRARI, *Linguaggio giuridico e genere*, in SCARPONI (a cura di), *op. cit.*, p. 51 ss. e ERCOLINI, JUNCK, *Strade Maestre. Un Cammino di Parità. Atti del II e III Congresso di Toponomastica Femminile* (Palermo, 31 ottobre-3 novembre 2013 e Roma 3-5 ottobre 2014), Roma, Universitalia, 2015 (in corso di pubblicazione).

⁹³ La delibera è consultabile all'indirizzo web: www.unife.it/progetto/equality-and-diversity/-delibere-ateneo/Attuazione%20art.%202%20 Statuto.pdf/view.

⁹⁴ BENSHP, DOOREWARD, "Covered by Equality: The Gender Subtext of Organizations", *Organization Studies*, vol. 19, n. 5, 1998, p. 787 ss.

le donne a doversi muovere con speciali equilibrismi tra lavoro e famiglia. In proposito, gli studiosi di organizzazione del lavoro parlano di un “patto perverso” tra donne e pubblica amministrazione: la possibilità di conciliare viene, infatti, offerta in cambio dell'esclusione dalle opportunità di carriera⁹⁵. Un patto che è a sua volta basato su un elemento di forte criticità dei modelli organizzativi dominanti, vale a dire la centralità nei sistemi premianti del criterio della presenza temporale, piuttosto che su quello dell'efficacia e del raggiungimento degli obiettivi⁹⁶.

Il tutto è aggravato, in questo momento storico, dalla crisi economica e dal ridimensionamento del sistema universitario pubblico. Un serio motivo di allarme per la presenza delle donne nella docenza è rappresentato, ad esempio, dall'applicazione della l. 240/2010 che, oltre a cambiare il sistema concorsuale, ha messo ad esaurimento i ricercatori⁹⁷: se le donne non verranno promosse a livelli più alti, resteranno solo come precarie nel ruolo di ricercatrici a tempo determinato e solo una minoranza di esse rimarrà nelle posizioni stabili dell'Università. A ciò si aggiunga, più in generale, l'utilizzo massiccio nel settore pubblico di lavoratrici e lavoratori atipici (soprattutto lavoratrici), per il blocco delle assunzioni in vigore da alcuni anni, per cui, di fatto, tutti i nuovi accessi si configurano come precari.

In questo contesto occorre insistere sull'adozione di strumenti che possano favorire il *gender mainstreaming* nelle politiche e negli interventi (si pensi, ad esempio, al bilancio di genere), accanto a un fondamentale ‘cambiamento di cultura’ che investa tutti gli attori in scena (a partire dalla donna stessa) e che porti, ad esempio, anche a un diverso approccio alla genitorialità e alla gestione dei tempi di vita e dei tempi di lavoro da parte delle donne e degli uomini⁹⁸,

⁹⁵ PIAZZA, *Il circolo virtuoso tra carriere e conciliazione nelle organizzazioni. Analisi e proposte emerse nella ricerca-azione, I quaderni di GELSO*, n. 4, Trento, 2006, consultabile all'indirizzo www3.unitn.it/gelso/quaderni.htm.

⁹⁶ Il modello prevalente risulta essere quello del *face time*, il tempo di facciata: la presenza fisica rappresenta, infatti, ancora in molte organizzazioni il principale criterio per valutare le persone. V. GHERARDI, POGGIO, *Donna per fortuna, uomo per destino*, Etas, Milano, 2003.

⁹⁷ Come noto, la l. 240/2010 disciplina il ricercatore a tempo determinato di tipo A (cosiddetto RTD-A o *junior*) con contratto triennale rinnovabile una sola volta per ulteriori due anni e quello tempo determinato di tipo B (cosiddetto RTD-B o *senior*) con contratto triennale non rinnovabile, con opzione di chiamata alla seconda fascia in caso di conseguimento dell'Abilitazione Scientifica Nazionale e di valutazione positiva dell'Ateneo chiamante.

⁹⁸ Cfr. SARACINI, *I congedi “familiari” tra diversità di genere e culturale*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO, SARACINI, *“Diversità” culturali e di genere nel lavoro tra tutele e valorizzazioni*, Franco Angeli, 2009, p. 379 ss.

con una maggiore attenzione al ‘valore’ generato dalle diversità, da non considerare in modo distortivo – come fattore discriminante – ma come un ‘valore’ appunto per le persone e per le organizzazioni pubbliche e private⁹⁹. Le “donne mancanti”, di cui parla Sen¹⁰⁰, non sono solo tutte quelle donne mai nate, ma anche tante donne che potrebbero contribuire efficacemente alla crescita del nostro Paese e della nostra cultura universitaria, non nell’interesse di una parte ma in quello generale di tutte le componenti la comunità accademica.

In definitiva, non si tratta semplicemente di abbattere le barriere che impediscono alle donne di assecondare le proprie legittime aspirazioni a progredire in carriera e a ricoprire ruoli di responsabilità, quanto affermare quella che può essere definita la ‘dimensione funzionale’ dell’equilibrio di genere¹⁰¹, equilibrio che non va percepito come fine a se stesso, ma come condizione per una migliore resa dei processi decisionali che coinvolgono tutti e tutte¹⁰².

Key words

Azioni positive, Università, pari opportunità, organismi di parità.

Affirmative action, University, equal opportunities, equality bodies.

⁹⁹ V. RUSCIANO, *Il valore della diversità (culturale e di genere) nel diritto del lavoro*, in SANTUCCI, NATULLO, ESPOSITO, SARACINI, *op. cit.*, Franco Angeli, 2009, p. 141 ss.

¹⁰⁰ SEN, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c’è crescita senza democrazia*, trad. G. Rigamonti, Mondadori, 2001.

¹⁰¹ In questi termini si esprimono i giudici amministrativi, per i quali l’equilibrio di genere “viene ad acquistare una ulteriore dimensione funzionale, collocandosi nell’ambito degli strumenti attuativi dei principi di cui all’art. 97 Cost.: dove l’equilibrata partecipazione di uomini e donne (col diverso patrimonio di umanità, sensibilità, approccio culturale e professionale che caratterizza i due generi) ai meccanismi decisionali e operativi di organismi esecutivi o di vertice diventa nuovo strumento di garanzia di funzionalità, maggiore produttività, ottimale perseguimento degli obiettivi, trasparenza ed imparzialità dell’azione pubblica” (così Tar Lazio, 25 luglio 2011 n. 6673, v. anche Tar Sardegna, 2 agosto 2011 n. 864 e Tar Lazio 21 gennaio 2013 n. 663, tutte in *Bancadati Pluris*).

¹⁰² Da qualche tempo lo si afferma con forza in ambito comunitario: nella Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2012 (2011/2244(INI)) si legge che “la partecipazione attiva e la piena inclusione delle donne nel mercato del lavoro europeo [ha] non solo effetti positivi sulle imprese, ma anche sull’economia e sulla società nel suo insieme”, deplorandosi il fatto che le stesse continuino ad “essere sottorappresentate negli organi decisionali del settore economico”.

notizie sugli autori

Edoardo Ales

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Cassino

Fabrizio Amendola

Magistrato, Corte di Cassazione - Sezione Lavoro

Arianna Avondola

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Paola Bozzao

Associata di Diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma

Maurizio Cinelli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Macerata

Madia D'Onghia

Associata di Diritto del lavoro, Università di Foggia

Maximilian Fuchs

*Professor für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches
Arbeits und Sozialrecht, Katholischen Universität Eichstätt-Ingolstadt*

Gábor Kártyás

Assistant professor of Labour Law, Pázmány Péter Catholic University of Budapest

Maria Isabel Ribes Moreno

Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo, Universidad de Cadiz

Mario Rusciano

Emerito 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>AJIM</i>	American Journal of Industrial Medicine
<i>AL</i>	Actualidad Laboral
<i>ALINC</i>	Accademia dei Lincei
<i>ALR</i>	Administrative Law Review
<i>Amm.</i>	Amministrare
<i>AOME</i>	Academy of Management Executives
<i>AP</i>	Archivio penale
<i>AR</i>	Arbeit und Recht
<i>Arb.</i>	Arbeitsrecht
<i>AS</i>	L'assistenza sociale
<i>ASI</i>	Affari sociali internazionali
<i>ASL</i>	Ambiente e sicurezza sul lavoro
<i>ASoc</i>	Le assicurazioni sociali
<i>ASQ</i>	Administrative Science Quarterly
<i>AVIO</i>	Actuele Voorinformatie Overlegoganen

<i>Banca</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>BB</i>	Betriebs-Berater
<i>BCE</i>	Bulletin des Communautés européennes
<i>BDGInfoutet</i>	Banche dati giuridiche Infoutet
<i>BJIR</i>	British Journal of Industrial Relations
<i>BL</i>	Biblioteca della libertà
<i>BRDA</i>	Bullettin rapide de droit des affaires
<i>BT</i>	Bollettino tributario
<i>Bull. civ.</i>	Bullettin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bullettin de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bullettin Joly sociétés
<i>Bund</i>	Bundesarbeitsblatt
<i>C&CC</i>	Contratti e contrattazione collettiva - Mensile di approfondimento di Guida al lavoro
<i>CA</i>	Corriere amministrativo
<i>CC</i>	La civiltà cattolica
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CDI</i>	Comuni d'Italia
<i>CDS</i>	Chroniques de Droit Social
<i>CG</i>	Corriere giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>CIL</i>	Contemporary issues in law
<i>CIS</i>	Cuadernos de información sindical
<i>CJE</i>	Cambridge Journal of Economics
<i>CJEL</i>	Columbia Journal of European Law
<i>CJF</i>	Courrier juridique des finances
<i>CLJ</i>	Cambridge Law Journal
<i>CLLPJ</i>	Comparative Labor Law & Policy Journal
<i>CLP</i>	Current Legal Problems
<i>CLR</i>	Columbia Law Revue
<i>CLR</i>	Connecticut Law Review
<i>CM</i>	Critica marxista
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>CNS-EP</i>	cns-Ecologia Politica
<i>Contr.</i>	Contrattazione
<i>CP</i>	Corti pugliesi
<i>CPen</i>	Cassazione penale
<i>CPS</i>	Comparative Political Studies
<i>CRL</i>	Cuaderno de Relaciones Laborales
<i>CS</i>	Consiglio di Stato

<i>CSoc</i>	La critica sociologica
<i>CTrib</i>	Corriere Tributario
<i>CU</i>	Il corriere dell'Unesco
<i>CYE</i>	Cambridge Yearbook of European Law
<i>D&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&G</i>	Diritto e giustizia
<i>DG</i>	Diritto e giurisprudenza
<i>DGA</i>	Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente
<i>DI</i>	Il Diritto industriale
<i>DIC</i>	Diritto immigrazione e cittadinanza
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>DLab</i>	Derecho laboral
<i>DLMarche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DM</i>	Il diritto marittimo
<i>DML on-line</i>	Rivista elettronica de "Il diritto del mercato del lavoro"
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DO</i>	Droit ouvrier
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPA</i>	Diritto processuale amministrativo
<i>DPCE</i>	Diritto pubblico comparato ed europeo
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPLOro</i>	Diritto e pratica del lavoro Oro
<i>DPP</i>	Diritto penale e processo
<i>DPS</i>	Diritto e pratica delle società
<i>DPTr</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DR</i>	Danno e responsabilità
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>DSoc.</i>	Diritto e società
<i>DT</i>	Derecho del trabajo
<i>DU</i>	I diritti dell'uomo

<i>DUE</i>	Il diritto dell'Unione europea
<i>EDP</i>	Europa e Diritto privato
<i>EGI</i>	Enciclopedia giuridica italiana
<i>EGL</i>	Enciclopedia giuridica del lavoro
<i>EHRLR</i>	European Human Rights Law Review
<i>EI</i>	European Integration on line
<i>EID</i>	Economic and Industrial Democracy
<i>EIRR</i>	European Industrial Relations Review
<i>EJIR</i>	European Journal of Industrial Relations
<i>EJLE</i>	European Journal of Law & Economics
<i>EJPR</i>	European Journal of Political Research
<i>EJSS</i>	European Journal of Social Security
<i>EJWST</i>	the European Journal of Women's Studies
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>ELJ</i>	Employment Law Journal
<i>ELLJ</i>	European Labour 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>EurLR</i>	European Law Review
<i>FA CDS</i>	Foro amministrativo - Consiglio di Stato
<i>FA TAR</i>	Foro amministrativo - Tribunale amministrativo regionale
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FD</i>	Famiglia e diritto
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>FP</i>	Foro padano
<i>FSS</i>	Foro de Seguridad Social
<i>GA</i>	Giurisdizione amministrativa
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GAI</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>GASicilia</i>	Giurisprudenza amministrativa della Sicilia
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>GcCc</i>	Giurisprudenza completa della Cassazione civile

<i>GCom</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GD</i>	Guida al diritto - Il Sole 24 ore
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GEL</i>	Guida agli enti locali - Il Sole 24 ore
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>GL</i>	Guida al lavoro - Il Sole 24 ore
<i>GM</i>	Gewerkschaftliche Monatshefte
<i>GME</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GN</i>	Guida normativa - Il Sole 24 ore
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>IAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>IJPL</i>	Italian Journal of Public Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILR</i>	International Labour Review
<i>LRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal
<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal

<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISE</i>	Istituzioni e sviluppo economico
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>GNap</i>	Giurisprudenza napoletana
<i>Governance</i>	Governance: An International Journal of Policy and Administration
<i>GP</i>	Giurisprudenza piemontese - Il Sole 24 ore
<i>GPE</i>	La Giustizia penale
<i>GS</i>	Gaceta Sindical
<i>Hand</i>	Handelsblatt
<i>HBR</i>	Harvard Business Review
<i>HLR</i>	Harvard Law Review
<i>HRMJ</i>	Human Resource Management Journal
<i>LAJ</i>	Les informations administratives et juridiques
<i>IC</i>	Industria e Cultura
<i>ID</i>	Informatica e diritto
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IJCL</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IJDL</i>	International Journal of Discrimination and the Law
<i>ILJ</i>	Industrial Law Journal
<i>ILLEJ</i>	Italian Labour Law e-Journal
<i>ILMRT</i>	Iab Labour Market Research Topics
<i>ILO, CWES</i>	ILO, Conditions of Work and Employment Series
<i>ILP</i>	Impresa lavoro e previdenza
<i>ILRR</i>	Industrial and Labour Relations Review
<i>IMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>IP</i>	Informazione previdenziale
<i>IPen</i>	Indice penale
<i>IRJ</i>	Industrial Relations Journal

<i>IRLJ</i>	Industrial Relations Law Journal
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e sicurezza del lavoro
<i>ISoc</i>	Impresa sociale
<i>ISV</i>	Informatore Svimez
<i>ITI</i>	Itinerari di impresa
<i>IU</i>	Infoutet, banche dati giuridiche, Torino, 2003
<i>JAB</i>	Journal of Asian Business
<i>JAR</i>	Jurisprudentie Arbeidsrecht
<i>JBE</i>	Journal of Business Ethics
<i>JCM</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JCP</i>	Juris-Classeur Périodique
<i>JEL</i>	Journal of Economic Literature
<i>JEP</i>	Journal of Economic Perspectives
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JIE</i>	Journal of International Economics
<i>JJ</i>	JJurimetrics Journal
<i>JLS</i>	Journal of Legal Studies
<i>JME</i>	Journal of Monetary Economy
<i>JMWP</i>	Jena Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>JPP</i>	Journal of Political Philosophy
<i>JSP</i>	Journal Social Policy
<i>JSWFL</i>	Journal of Social Welfare and Family Law
<i>JTI</i>	Juristischer Teil
<i>KJ</i>	Kritische Justiz
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>Labour</i>	Labour, Review of Labour Economics and Industrial Relations
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>L&G</i>	Legge&Giustizia: www.legge-e-giustizia.it
<i>LG</i>	Il lavoro nella giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LIEI</i>	Legal Issues of European Integration
<i>LP</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>LPR</i>	Low Pay Review
<i>LQR</i>	Law Quarterly Review
<i>LR</i>	Le Regioni

<i>LRI</i>	Lavoro e relazioni industriali
<i>LS</i>	Labour and Society
<i>Mass. FI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. GC</i>	Massimario di Giustizia Civile
<i>Mass. GI</i>	Massimario della Giurisprudenza italiana
<i>MCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>Mer</i>	Il Merito
<i>MGCP</i>	Massimario della giurisprudenza civile patavina
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>MJECL</i>	Maastricht Journal of European and Comparative Law
<i>MLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MLR</i>	Modern Law Review
<i>MoLR</i>	Monthly Labor Review
<i>MS</i>	Le Mouvement Social
<i>NA</i>	Nuove autonomie
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NI Cgil</i>	Note informative Cgil
<i>NIER</i>	National Institute Economic Review
<i>NJIL</i>	Nordic Journal of International Law
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NL</i>	Notiziario del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NLCGS</i>	Newsletter CgS
<i>NLR</i>	New Left Review
<i>NLT</i>	Notiziario del lavoro Telecom
<i>NOT</i>	Notariato
<i>NR</i>	Nuova rassegna di legislazione e rivista amministrativa per i Comuni
<i>NRL</i>	Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza
<i>NT</i>	Nuove tutele
<i>NTSR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht
<i>NZA</i>	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>OA</i>	Office Automation
<i>OE</i>	Orizzonti economici
<i>OGI</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PC</i>	Public Choice
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>PI</i>	Politica internazionale

<i>PL</i>	Personale e lavoro
<i>PLaw</i>	Public Law
<i>PR</i>	Personnel Review
<i>PS</i>	Previdenza sociale
<i>PSA</i>	La previdenza sociale nell'agricoltura
<i>PSI</i>	Prospettiva sindacale
<i>PSL</i>	Psicologia e lavoro
<i>PSS</i>	Prospettive sociali e sanitarie
<i>QBT</i>	Quaderni Banca Toscana
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QDPE</i>	Quaderni di diritto e politica ecclesiastica
<i>QEL</i>	Quaderni di Economia e Lavoro
<i>QF</i>	QQuaderni fiorentini
<i>QFA</i>	Quaderni della Fondazione Aristeia
<i>QFPC</i>	Quaderni della Funzione pubblica Cgil
<i>QFSPGM</i>	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno
<i>QG</i>	Questione giustizia
<i>QI</i>	Quaderni Isfol
<i>QIS</i>	Quaderni di industria e sindacato
<i>QISv</i>	Quaderni di informazione Svimez
<i>QL</i>	Questione Lavoro
<i>QP</i>	Quaderni del Pluralismo
<i>QR</i>	Quaderni regionali
<i>QS</i>	Quale Stato
<i>QRIDL</i>	Quaderni della Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QRS</i>	Quaderni di Rassegna sindacale
<i>RA</i>	Rivista amministrativa
<i>Racc. CG</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia ce
<i>RADC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>RADP</i>	Rassegna di diritto pubblico
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RArb</i>	Rivista dell'arbitrato
<i>RArbeit</i>	Recht der Arbeit
<i>RASDPE</i>	Rassegna di Diritto pubblico europeo
<i>Rase</i>	La responsabilità amministrativa delle società e degli enti
<i>RCD</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>RCI</i>	Responsabilità Comunicazione Impresa
<i>RCCG</i>	Rivista della cooperazione giuridica internazionale

<i>Rcoop</i>	Rivista della cooperazione
<i>RCP</i>	Responsabilità civile e previdenziale
<i>RCS</i>	Rassegna del Consiglio di Stato
<i>RD</i>	Raccueil Dalloz
<i>RDA</i>	Rivista di diritto agrario
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDCom</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDE</i>	Rivista di diritto europeo
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDICL</i>	Rivista di diritto internazionale e comparato del lavoro
<i>RDInt</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>RDIPP</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>RDL</i>	Rivista di diritto del lavoro
<i>RDN</i>	Rivista del diritto della navigazione
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RDPE</i>	Rassegna di diritto pubblico europeo
<i>RDPU</i>	Rivista di diritto pubblico
<i>RDS</i>	Rivista di diritto sportivo
<i>RSDI</i>	Rivista di storia del diritto italiano
<i>RDSoc</i>	Revista de derecho social
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>RDT</i>	Revue de droit de travail
<i>RDT</i>	Rivista di Diritto tributario
<i>RDUE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>RE</i>	Rassegna economica
<i>RECONWP</i>	RECON Online Working Papers, www.reconproject.eu
<i>REDT</i>	Revista española de derecho del trabajo
<i>Rep. FI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>Rep. GC</i>	Repertorio della Giustizia civile
<i>Rep. GI</i>	Repertorio della Giurisprudenza italiana
<i>RevDP</i>	Revue de droit public
<i>RevE</i>	Revue Europe
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDUC</i>	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
<i>RG</i>	Redazione Giuffrè
<i>RGA</i>	Rivista giuridica dell'ambiente
<i>RGCT</i>	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti

<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RGL Veneto</i>	Rassegna giuridica lavoro Veneto
<i>RGM</i>	Rivista giuridica del Mezzogiorno
<i>RGPolizia</i>	Rivista giuridica della Polizia
<i>RGQServ.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>RIS</i>	Rassegna italiana di sociologia
<i>RISG</i>	Rivista italiana di scienze giuridiche
<i>RISP</i>	Rivista italiana di scienza politica
<i>RIT</i>	Revue internationale du travail
<i>RivPS</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RL</i>	Relaciones laborales
<i>RLav</i>	Rassegna lavoro
<i>RMC</i>	Revue du Marché commun et de l'Union européenne
<i>RP</i>	Ragion pratica
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RPE</i>	Rivista di politica economica
<i>RPEc</i>	Rivista di diritto pubblico dell'economia
<i>RPP</i>	Eti - Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RPS</i>	Revista de Política Social
<i>RQM</i>	Revue du Quart Monde
<i>RS</i>	Rassegna sindacale e Nuova rassegna sindacale
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RSPI</i>	Rivista di studi politici internazionali
<i>RT</i>	Revista de trabajo

<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPE</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>RTDPRc</i>	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
<i>RTSA</i>	Rivista trimestrale di scienza amministrativa
<i>RU</i>	Risorse Umane
<i>SC</i>	Social Compass
<i>SD</i>	Sociologia del diritto
<i>SE</i>	Studi emigrazione
<i>SI</i>	Studium iuris
<i>SJEG</i>	La Semaine Juridique Edition Générale
<i>SK</i>	Socialrechtelÿke kroniken
<i>SL</i>	Sociologia del lavoro
<i>SM</i>	Stato e mercato
<i>SMR</i>	Sloan Management Review
<i>SO</i>	Studi Organizzativi
<i>Società</i>	Le Società
<i>SP</i>	Sanità pubblica
<i>SS</i>	Sicurezza sociale
<i>SU</i>	Studi urbinati
<i>TAR</i>	I tribunali amministrativi regionali
<i>ThIL</i>	Theoretical Inquiries in Law
<i>TE</i>	Travail et emploi
<i>Temi</i>	Temi
<i>TG</i>	Toscana giurisprudenza
<i>TL</i>	Temas Laborales
<i>TLG</i>	Toscana lavoro giurisprudenza
<i>TP</i>	Teoria politica
<i>Transfer</i>	Transfer, European Review of Labour and Research
<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor Vennotschappen Verenigingen en Stichtingen
<i>UA</i>	Urbanistica e appalti
<i>UCLR</i>	University of Chicago Law Review
<i>UPLR</i>	University of Pennsylvania Law Review
<i>VN</i>	Vita Notarile
<i>Wb JCLS</i>	Web Journal of Current Legal Studies
<i>WD</i>	World Development
<i>WESoc.</i>	Work, Employment and Society
<i>WP</i>	World Politics

<i>WP C.S.D.L.E.</i>	
<i>“Massimo D’Antona”</i>	Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp
<i>WP</i>	Olympus I Working Paper di Olympus
<i>WSIM</i>	wsi - Mitteilungen
<i>YEL</i>	Yearbook of European Law
<i>YLJ</i>	Yale Law Journal
<i>ZA</i>	Zeitschrift für Arbeitsrecht
<i>ZAF</i>	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

indice annata 2015

editoriale

- 257 FELICE ROBERTO PIZZUTI
Su economia e politica dei diritti
- 5 UMBERTO ROMAGNOLI
La ruga dello statuto dei lavoratori
- 457 MARIO RUSCIANO
I servizi essenziali nei beni culturali: reprimere o prevenire il conflitto?

saggi

- 467 EDOARDO ALES
Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?
- 489 FABRIZIO AMENDOLA
La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015
- 519 PAOLA BOZZAO
Gli ammortizzatori sociali nel sistema del Jobs Act: una visione d'insieme
- 543 MAURIZIO CINELLI
Sostenibilità economico-sociale e sindacato di legittimità costituzionale (ancora a proposito della sentenza n. 70 del 2015)
- 39 ANTONELLA DURANTE
I diritti sindacali nel circuito giurisdizionale multilivello. Un dialogo in lingue diverse
- 557 MAXIMILIAN FUCHS
Dove va il diritto del lavoro europeo?

- 319 MARCO LOZITO
Nuove regole di reclutamento del personale pubblico
- 67 GIUSEPPE MELI
Clausole sociali. Fair-outsourcing delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte II)
- 89 FEDERICA MINOLFI
Come cambia il sistema francese di relazioni industriali: prospettive e prerogative della contrattazione aziendale
- 115 MARCO PERUZZI
Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell'Unione europea
- 273 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
Il contratto aziendale "in deroga"
- 291 ANTONELLO ZOPPOLI
Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti
- 11 LORENZO ZOPPOLI
Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali

commenti alla giurisprudenza

- 587 ARIANNA AVONDOLA
La preesistenza nel trasferimento di ramo d'azienda: l'impatto degli orientamenti dottrinali sulla giurisprudenza
- 361 PAOLA BOZZAO
*Il pensiero della Consulta sul blocco pensionistico: adeguatezza "retributiva" o "redistributiva" della pensione?
(Commento a Corte costituzionale 30 aprile 2015 n. 70)*
- 187 MARIA TERESA DÍAZ AZNARTE
*Quando la crisi economica diventa argomento giuridico
(Commento a Tribunal Constitucional n. 119 del 16 luglio 2014 e n. 8 del 22 gennaio 2015)*
- 605 GÁBOR KÁRTYÁS
The limiting interpretation of reviewing agency work's restrictions

(Comment to Judgment of the Court of Justice of the European Union 17 March 2015, C-533/13)

389 MONICA MCBRITTON

L'accesso di extracomunitari al lavoro pubblico e al servizio civile

(Commento a Cassazione 2 settembre 2014 n. 18523, Cassazione 1° ottobre 2014 n. 20661, Corte costituzionale 25 giugno 2015 n. 119)

205 ANA MURCIA CLAVERÍA

Consultazioni sindacali e licenziamento collettivo: l'obbligo di buona fede datoriale nella giurisprudenza delle Alte Corti Regionali spagnole

(Commento a Tribunal Superior de Justicia de Asturias del 14 febbraio 2015)

619 MARIA ISABEL RIBES MORENO

La movimentazione delle merci nei porti in Spagna e il diritto dell'Unione Europea

(Commento a C. Giust. 11 dicembre 2014 C-576/13)

219 MARIA DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ

Applicazione della Carta Sociale Europea in Spagna: eccessi non permessi dalle magistrature del lavoro

(Commento a Juzgados de lo Social de Toledo del 27 novembre 2014, de Mataró del 29 aprile 2014, de Barcelona del 19 novembre 2013)

343 CARLA SPINELLI, COSTANZA SOLLECITO

La ricostituzione del tempo pieno contro la volontà del dipendente pubblico

(Commento a Corte di giustizia 15 ottobre 2014, C-221/13, Mascellani)

153 ANNA TROJSI

Il difficile bilanciamento tra diritto alla retribuzione dei dipendenti pubblici ed esigenze finanziarie

377 LORENZO ZOPPOLI

La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?

osservatorio

407 MASSIMILIANO DELFINO

Note su Jobs Act, flexicurity e ordinamenti sovranazionali

631 MADIA D'ONGHIA

La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università

- 419 PAOLA SARACINI
Il contratto a termine nel Jobs Act

lavoro e ... televisione

- 229 MARCO MARAZZA
Dalla fiction (House of cards) alla realtà: un immaginario raffronto tra l'America Works di Frank Underwood e il Jobs Act di Matteo Renzi

Quaderno della Rivista

Liberalizzazioni, istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo

FIRENZO LIGUORI, CARLA ACOCELLA (a cura di)

presentazione

- 9 FIRENZO LIGUORI, CARLA ACOCELLA

sezione prima

Attività liberalizzate e nuovo ruolo dell'amministrazione

- 13 MARCELLO CLARICH
Introduzione al tema
- 19 FIRENZO LIGUORI
L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post
- 63 CARLA ACOCELLA
Modelli organizzativi e gestionali dei servizi sociali e sanitari e logiche di mercato
- 129 FORTUNATO GAMBARDILLA
Partenariato pubblico-privato e profili di liberalizzazione: il contratto di disponibilità
- 179 RENATA SPAGNUOLO VIGORITA
Contratti pubblici: apertura del mercato e contrasto alla corruzione
- 197 SILVIA TUCCILLO
Le liberalizzazioni possibili nel settore edilizio e il ruolo dell'amministrazione

- 233 GIULIO NAPOLITANO
Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa
- 241 FRANCO GAETANO SCOCA
Notazioni conclusive su istituti giuridici e liberalizzazioni

sezione seconda

Il caso dei servizi di pubblica utilità

- 247 ALESSANDRO AULETTA
Determinazione dei costi minimi dell'autotrasporto di merci per conto terzi: una vicenda paradigmatica dei diversi volti della liberalizzazione
- 273 PÁL BELÉNYESI
Analisi dei servizi idrici in Ungheria alla luce del quadro regolamentare recentemente modificato
- 305 MARCO CALABRÒ
Riflessioni in tema di liberalizzazione e settore farmaceutico
- 321 BIAGIO GILIBERTI
Eterogeneità dei modelli legislativi: la gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza nel mercato
- 355 GIUSEPPE PIPERATA
Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato
- 369 ENRICO ZAMPETTI
Liberalizzazione e trasporto ferroviario: questioni ancora aperte

sezione terza

Il mercato del lavoro nell'età delle liberalizzazioni

- 391 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Libera circolazione dei servizi e diritto del lavoro alla luce della più recente giurisprudenza europea
- 421 MARTA GIACONI
La gestione dei servizi pubblici locali: esigenze di mercato e tutela delle istanze sociali

table of contents 2015

editorial

- 257 FELICE ROBERTO PIZZUTI
On Economics and the Rights Policy
- 5 UMBERTO ROMAGNOLI
The Wrinkle of the Workers' Statute
- 457 MARIO RUSCIANO
Essential Services in the Cultural Assets: Suppressing or Preventing Strike Action?

articles

- 467 EDOARDO ALES
Working Conditions in the Transfer of Undertaking: Maintaining or Changing?
- 489 FABRIZIO AMENDOLA
The Regulation of Employees' Tasks in Legislative Decree no. 81 of 2015
- 519 PAOLA BOZZAO
Social Security Cushions in the Jobs Act: An Overview
- 543 MAURIZIO CINELLI
Socio-economic Sustainability and Constitutional Legitimacy (Still Talking of the Judgment no. 70 of 2015)
- 39 ANTONELLA DURANTE
Trade Union Rights in the Multilevel Jurisdictional System. A Dialogue in Different Languages
- 557 MAXIMILIAN FUCHS
Where is European Labour Law Going?

- 319 MARCO LOZITO
New Recruitment to the Public Sector
- 67 GIUSEPPE MELI
Social clauses. The Public Services Fair-Outsourcing and the Proportionality Paradigm (Part II)
- 89 FEDERICA MINOLFI
Recent developments in French Industrial Relations: new Perspectives and Role of Collective Bargaining at Company Level
- 115 MARCO PERUZZI
Irregular, Undeclared and Illegal Work: the Question of the Definitions in the Perspective of the Italian and EU Legal System
- 273 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI
The Firm-level 'Derogative' Collective Agreement
- 291 ANTONELLO ZOPPOLI
Constitutional Relevance of Reinstatement and the Balance Test in the Contract with Increasing Protections
- 11 LORENZO ZOPPOLI
The Contract with Increasing Protection among the Other Employment Contracts

case law

- 587 ARIANNA AVONDOLA
Pre-existence in Transfer of Part of an Undertaking: The Impact of Doctrinal Stance on Case Law
- 361 PAOLA BOZZAO
*The Constitutional Court's belief on the Pensions block: 'Remunerative' or 'Redistributive' Adequacy of the Pensions?
(Comment to Constitutional Court's judgment 30 April 2015 n° 70)*
- 187 MARIA TERESA DÍAZ AZNARTE
*The Economic Crisis as a Basis for a Legal Argument
(Case note to judgement of the Tribunal Constitucional no. 119, 16 July 2014 n. 898)*
- 605 GÁBOR KÁRTYÁS
The Limiting Interpretation of Reviewing Agency Work's Restrictions

- (Comment to Judgment of the Court of Justice of the European Union 17 March 2015, C-533/13)
- 389 MONICA MCBRITTON
The Access of non-EU Nationals to Public Employment and to the National Civil Service
 (Comment to Cassazione 2 September 2014 n° 18523, Cassazione 1 October 2014 n° 20661 and Constitutional Court 25 June 2015 n° 119)
- 205 ANA MURCIA CLAVERÍA
Consultation and Collective Redundancies: Employers' duty of Good Faith in the Jurisprudence of the Spanish High Regional Courts
 (Case note to judgement of Tribunal Superior de Justicia de Asturias, 14 February 2014)
- 619 MARIA ISABEL RIBES MORENO
Cargo Handling in Spanish Ports and European Union Law
 (Comment to Judgment of the Court of Justice of the European Union 11 December 2014, C-576/13)
- 219 MARIA DOLORES SANTOS FERNÁNDEZ
The Application of the European Social Charter in Spain: Abuses not allowed by the Judges
 (Case note to judgement of the Juzgados de lo Social de Toledo, 27 November 2014, de Mataró, 29 April 2014, de Barcelona, 19 November 2013)
- 343 CARLA SPINELLI, COSTANZA SOLLECITO
The Reconstitution of Full-Time Work Against the Will of the Civil Servant
 (Comment to Court of Justice 15 October 2014, C-221/13, Mascellani)
- 153 ANNA TROJSI
The Difficult Balance between the Right to Remuneration of Civil Servants and the Financial Needs
- 377 LORENZO ZOPPOLI
The Court finally constitutionalises collective bargaining for public employment. What about the retribution?
 (Comment to Constitutional Court's judgment 24 June 2015 n° 178)

observatory

- 407 MASSIMILIANO DELFINO
Notes on Jobs Act, Flexicurity and Supranational Legal Systems
- 631 MADIA D'ONGHIA
Gender Representation and the Equality Bodies in the Universities
- 419 PAOLA SARACINI
The Fixed-Term Contract in the Jobs Act

labour and... Tv serial

- 229 MARCO MARAZZA
From fiction (House of cards) to reality: an imaginary comparison between the Underwood's America Works and the Renzi's Jobs Act

Magazine

Deregulated Activities and New Public Administration Role
FIRENZO LIGUORI, CARLA ACOCELLA (edited by)

presentation

- 9 FIRENZO LIGUORI, CARLA ACOCELLA

first section

Deregulated activities and new public administration role

- 13 MARCELLO CLARICH
Introduction to the subject
- 19 FIRENZO LIGUORI
Market access: from ex ante to ex post control
- 63 CARLA ACOCELLA
Management models for social and health-care services and market dynamics
- 129 FORTUNATO GAMBARDILLA
Public private partnerships and policy of liberalization: the contract of availability

- 179 RENATA SPAGNUOLO VIGORITA
Public contracts: market opening and fight against the corruption
- 197 SILVIA TUCCILLO
The achievable liberalization in building regulation and the role of public administration
- 233 GIULIO NAPOLITANO
Liberalization between market dynamics and strategies of administrative reform
- 241 FRANCO GAETANO COCA
Concluding remarks about legal institutes and liberalization

second section

The case of new public utilities

- 247 ALESSANDRO AULETTA
The determination of minimum cost in the road transport for hire and reward: a significant example of the diversified liberalization process
- 273 PÁL BELÉNYESI
An outlook to regulation of water services in the light of the recently modified regulatory framework in Hungary
- 305 MARCO CALABRÒ
Reflections on liberalization in the pharmacy sector
- 321 BIAGIO GILIBERTI
Heterogeneity of legislative models: waste management between public service obligations and competition in the market
- 355 GIUSEPPE PIPERATA
Liberalization and general interest: the integrated water service provision
- 369 ENRICO ZAMPETTI
Liberalization and railway transportation: pending issues

third section

Labour market in the age of liberalization

- 391 RAFFAELLO SANTAGATA DE CASTRO
Free movement of services and national labour law in the light of the most recent European case law

686 table of contents 2015

421 MARTA GIACONI

Local public services management: market efficiency and social needs

indice autori 2015

Carla ACOCELLA, 9, 63
Edoardo ALES, 467
Fabrizio AMENDOLA, 489
Alessandro AULETTA, 247
Arianna AVONDOLA, 587
Pál BELÉNYESI, 273
Paola BOZZAO, 361, 519
Marco CALABRÒ, 305
Maurizio CINELLI, 543
Marcello CLARICH, 13
Massimiliano DELFINO, 407
Maria Teresa DÍAZ AZNARTE, 187
Madia D'ONGHIA, 631
Antonella DURANTE, 39
Maximilian FUCHS, 557
Fortunato GAMBARDELLA, 129
Marta GIACONI, 421
Biagio GILIBERTI, 321
Gábor KÁRTYÁS, 605
Fiorenzo LIGUORI, 9, 19
Marco LOZITO, 319
Marco MARAZZA, 229
Monica MCBRITTON, 389
Giuseppe MELI, 67

Federica MINOLFI, 89
Ana Murcia CLAVERÍA, 205
Giulio NAPOLITANO, 233
Marco PERUZZI, 115
Giuseppe PIPERATA, 355
Felice Roberto PIZZUTI, 257
Maria Isabel RIBES MORENO, 619
Umberto ROMAGNOLI, 5
Mario RUSCIANO, 457
Raffaello SANTAGATA DE CASTRO, 391
Maria Dolores SANTOS FERNÁNDEZ, 219
Paola SARACINI, 419
Franco Gaetano COCA, 241
Giuseppe SANTORO-PASSARELLI, 273
Costanza SOLLECITO, 343
Renata SPAGNUOLO VIGORITA, 179
Carla SPINELLI, 343
Anna TROJSI, 153
Silvia TUCCILLO, 197
Enrico ZAMPETTI, 369
Antonello ZOPPOLI, 291
Lorenzo ZOPPOLI, 377

Finito di stampare nel mese di febbraio 2016
dalla Grafica Elettronica (Na)

